

Московский государственный институт международных отношений
(Университет) МИД России

Кафедра международного частного и гражданского права

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебник
в 2 томах

Том 1. Общая часть

Ответственные редакторы
профессор С.Н. Лебедев, доцент Е.В. Кабатова

*Рекомендовано Учебно-методическим объединением
по юридическому образованию высших учебных заведений
в качестве учебника для студентов высших учебных заведений,
обучающихся по направлению «Юриспруденция»
и специальности «Юриспруденция»*



УДК 341.9
ББК 67.412.2
М 43

Рецензенты:

д-р юрид. наук **Н.Г. Вилкова,**
канд. юрид. наук **А.Н. Жильцов**

М 43 Международное частное право: Учебник. В 2 т. Т. 1: Общая часть /
Отв. ред. С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – М.: Статут, 2011. – 400 с.

ISBN 978-5-8354-0767-5 (т. 1) (в пер.)
ISBN 978-5-8354-0766-8

В т. 1 настоящего учебника рассматриваются вопросы, традиционно относимые к общей части международного частного права: предмет и методы, история возникновения и развития международного частного права в России и зарубежных странах, источники, общие положения международного частного права, такие как коллизионные нормы, обратная отсылка, квалификация, установление содержания иностранного права, оговорка о публичном порядке, императивные нормы в международном частном праве и др. Он подготовлен с учетом современного законодательства, международно-правовых актов, практики и доктрины, с привлечением отечественных и зарубежных источников.

Авторы учебника – сотрудники кафедры международного частного и гражданского права МГИМО, а также приглашенные специалисты в области теории и практики международного частного права.

Для студентов, магистрантов, аспирантов, преподавателей, научных работников, занимающихся международным частным правом, а также практических работников.

*Издание подготовлено в рамках проекта сотрудничества
МГИМО – БиПи.*

УДК 341.9
ББК 67.412.2

ISBN 978-5-8354-0767-5 (т. 1) (в пер.)
ISBN 978-5-8354-0766-8

© Коллектив авторов, 2011
© А.Г. Долгов, алфавитно-предметный указатель, 2011
© Издательство «Статут», редподготовка, оформление, 2011

АВТОРСКИЙ КОЛЛЕКТИВ

А.И. Абдуллин – д-р юрид. наук, профессор, зав. кафедрой государственно-правовых дисциплин Казанского филиала ГОУ ВПО «Российская академия правосудия» (п. 2.1 гл. 2);

Н.М. Артемьева – канд. юрид. наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 3.1 и 3.4 гл. 3, в соавторстве);

Д.В. Афанасьев – советник Управления частного права Высшего Арбитражного Суда РФ (п. 4.7 гл. 4);

В.Ю. Бондаренко – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 3.1 и 3.4 гл. 3, в соавторстве);

Е.В. Кабатова – канд. юрид. наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 1.5 и 1.6 гл. 1, п. 3.2.1 гл. 3);

О.А. Кирилянова – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 3.1 и 3.4 гл. 3, в соавторстве);

Е.Б. Леанович – канд. юрид. наук, доцент кафедры международного частного и европейского права Белорусского государственного университета (п. 3.2.2 гл. 3);

С.Н. Лебедев – канд. юрид. наук, профессор кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (предисловие, п. 1.1–1.4 гл. 1);

А.И. Лобода – канд. юрид. наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 4.3, 4.5 гл. 4, в соавторстве);

Ю.В. Лобода – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 4.5 гл. 4, в соавторстве);

А.А. Мережко – д-р юрид. наук, профессор Университета экономики и права «КРОК» (Киев) (п. 2.2 гл. 2, п. 3.2.3 и п. 3.3 гл. 3);

Ю.Э. Монастырский – партнер фирмы «Монастырский, Зюба, Степанов & Партнеры» (п. 4.1 гл. 4);

А.И. Муранов – канд. юрид. наук, доцент кафедры международного частного права МГИМО (п. 4.10 гл. 4);

О.В. Новикова – аспирантка Государственного университета «Высшая школа экономики» (п. 4.8 гл. 4);

А.И. Поротиков – канд. юрид. наук, доцент Воронежского государственного университета (п. 4.4 гл. 4);

Е.А. Рубинина – аспирант кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 4.9 гл. 4);

О.В. Сироткина – канд. юрид. наук, зам. начальника отдела рассмотрения жалоб по гражданско-правовым вопросам Аппарата Уполномоченного Российской Федерации при Европейском суде по правам человека (п. 3.2.4 гл. 3);

Ю.А. Тимохов – канд. юрид. наук, ст. науч. сотр. Центра правовых проблем международных экономических отношений Института государства и права РАН (п. 4.6 гл. 4);

Р.М. Ходыкин – канд. юрид. наук, доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (п. 4.2 гл. 4).

ОГЛАВЛЕНИЕ

Предисловие	7
Глава 1. Предмет и природа международного частного права. Методы регулирования	9
1.1. Предмет и природа международного частного права	9
1.2. Унифицированные нормы	13
1.3. Состав норм международного частного права	16
1.4. Соотношение международного частного и международного публичного права	18
1.5. Коллизионный метод регулирования	21
1.6. Материально-правовой метод регулирования	30
Глава 2. История возникновения и развития международного частного права	37
2.1. История возникновения и развития международного частного права в России	37
2.1.1. Зарождение коллизионных проблем в России в X–XIII вв.	37
2.1.2. Становление науки международного частного права. Первые труды по международному частному праву – Д.И. Мейер, Н.П. Иванов	39
2.1.3. Основные концепции международного частного права в конце XIX в. – М.Н. Капустин, А.Н. Стоянов, К.И. Малышев	46
2.1.4. Идея «международного общения» Ф.Ф. Мартенса	48
2.1.5. Развитие международного частного права в начале XX в. – П.Е. Казанский, А.А. Пиленко, Б.Э. Нольде, М.И. Брун	51
2.1.6. Послереволюционный период развития международного частного права — А.Н. Макаров, И.С. Перетерский, А.Г. Гойхбарг, В.М. Корецкий, Л.А. Лунц	58

2.2. История возникновения и развития международного частного права в зарубежных странах	61
2.2.1. Истоки международного частного права в Древнем мире.....	61
2.2.2. Международное частное право в период Средневековья.....	67
2.2.3. Теория статутов в Италии и Франции	70
2.2.4. Голландская школа коллизионного права.....	75
2.2.5. Немецкая школа международного частного права.....	78
2.2.6. Итальянская школа международного частного права (теория Паскуале Манчини)	88
2.2.7. Французская школа международного частного права.....	90
2.2.8. Английская школа международного частного права.....	93
2.2.9. Коллизионное право США	95
Глава 3. Источники международного частного права.....	107
3.1. Национальное законодательство	107
3.1.1. Российское законодательство по международному частному праву.....	107
3.1.2. Законодательство зарубежных стран по международному частному праву	117
3.2. Международные договоры и иные международные документы	144
3.2.1. Международные договоры, унифицирующие коллизионные и материально-правовые нормы	144
3.2.2. Унификация права в странах СНГ	162
3.2.3. Принципы УНИДРУА. Lex mercatoria	170
3.2.4. Принципы европейского договорного права и Принципы европейского права	184
3.3. Международные обычаи	193
3.4. Судебная практика и судебный прецедент как источники международного частного права в России и в зарубежных странах	204

Глава 4. Общие понятия международного частного права.....	214
4.1. Коллизионная норма – цель, структура, виды	214
4.2. Коллизионные принципы в международном частном праве. Критерий наиболее тесной связи	228
4.3. «Прямой путь» определения применимого права.....	250
4.4. Проблема квалификации в международном частном праве	261
4.5. Обратная отсылка и дальнейшая отсылка (отсылка к праву третьего государства)	276
4.6. Установление содержания норм иностранного права.....	294
4.7. Оговорка о публичном порядке.....	314
4.8. Императивные нормы в международном частном праве.....	326
4.9. «Расщепление» привязки коллизионной нормы (<i>dépeçage</i>)	335
4.10. Взаимность в международном частном праве. Реторсии ...	341
4.10.1. Принцип взаимности в коллизионном регулировании.....	345
4.10.2. Принцип взаимности в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом	353
4.10.3. Принцип взаимности в международном гражданском процессе.....	371
Алфавитно-предметный указатель	384

ПРЕДИСЛОВИЕ

Международное частное право (далее – МЧП) сегодня привлекает к себе внимание как никогда раньше. Тому есть несколько причин. Прежде всего, современное МЧП, в отличие от классического, оперирует новыми инструментами, требующими весьма серьезного анализа и изучения. Возникают новые специальные коллизионные правила, вызванные к жизни появлением новых или большей специализацией уже существовавших общественных отношений, например, в сфере обращения ценных бумаг, культурных ценностей, экологической сфере и др. За последние несколько десятилетий МЧП как на национальном, так и на международном уровне пополнилось весьма большим числом новых актов. Появившаяся в последнее время в России и за рубежом литература по вопросам МЧП также требует изучения и осмысления. Современное МЧП ставит большое количество таких вопросов, которые никогда раньше не вставляли перед специалистами, в частности, связанных с источниками МЧП, характером применяемых регуляторов, оценкой результата применения тех или иных регуляторов. Эти и другие обстоятельства приводят к необходимости расширения круга специалистов, занимающихся МЧП.

Принятие Концепции развития гражданского законодательства Российской Федерации, одобренной решением Совета при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства от 7 октября 2009 г.¹, содержащей специальный раздел, посвященный МЧП, также заставляет лишний раз задуматься над привычными конструкциями МЧП, оценить возможность их использования в современных условиях или необходимость их модернизации.

Интегрирование России в международное экономическое и иное сотрудничество в свою очередь придает дополнительную важность и актуальность проблемам МЧП. Увеличивающееся число международных договоров, в которых участвует Россия, является дополнительным свидетельством этого процесса. Все это требует подготовки специалистов по международному частному праву, умеющих грамотно оперировать современным инструментарием МЧП.

Сближение правовых систем разных стран, происходящее в различных формах, приводит к появлению в российском МЧП новых положений, подходов, решений. Иногда можно встретиться на практике с определенным противостоянием этим явлениям. Новые поколения изучающих МЧП не должны бояться «ветра перемен», сохраняя при этом разумные и взвешенные подходы.

¹ Вестник ВАС РФ. 2009. №11.

Ведущиеся переговоры о вступлении России в ВТО также непосредственно связаны с необходимостью изучения МЧП и грамотного использования его институтов, что в большой степени может помочь в адекватном соблюдении интересов России в этом процессе.

Все это логичным образом ведет к неизбежному выводу о расширении преподавания курса МЧП, что и происходит в современной России.

Настоящее издание представляет собой первый том учебника, в котором излагаются вопросы, традиционно относимые к общей части МЧП. Особое внимание уделено вопросам истории МЧП в России, не излагавшимся столь подробно в аналогичных изданиях, а также вопросам, связанным с отдельными институтами общей части МЧП, – принципам формирования коллизионных норм, принципу тесной связи, международным регуляторами МЧП и др.

Одной из концепций подготовки настоящего учебника является привлечение молодых специалистов, только начинающих свой профессиональный путь. Помимо этого в подготовке данной работы принимали участие авторы из ведущих юридических центров России – Воронежа, Челябинска, Казани и др., а также Украины. Такое сотрудничество позволяет надеяться на введение в современное МЧП новых имен, что всегда является благотворным для развития любой области знаний. В этой связи нелишне напомнить, что самые первые работы в России по МЧП были подготовлены двумя молодыми магистрантами, защитившими свои магистерские диссертации в Петербургском университете в 1850 г.

Хотелось бы также подчеркнуть, что МЧП – это область права, существенно обновляющаяся в последние по меньшей мере 50 лет. В большой степени такое обновление происходит и на наших глазах. Для проведения в жизнь необходимых нововведений роль специалистов, начинающих заниматься МЧП, может быть очень большой. Разумеется, эта роль будет тем более успешной, чем больше такие специалисты будут чувствовать связь с исследователями, уже внесшими свой весомый вклад в развитие МЧП.

Авторский коллектив выражает глубокую благодарность рецензентам – профессору кафедры частного права Всероссийской академии внешней торговли, доктору юридических наук, заслуженному юристу РФ Н.Г. Вилковой и начальнику отдела сравнительного и международного частного права при Президенте РФ, заведующему кафедрой международного частного права Российской школы частного права, кандидату юридических наук А.Н. Жильцову.

Авторский коллектив также выражает искреннюю благодарность сотруднику кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России Н.К. Беляевой за ее постоянную помощь и поддержку.

ГЛАВА 1. ПРЕДМЕТ И ПРИРОДА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА. МЕТОДЫ РЕГУЛИРОВАНИЯ

1.1. ПРЕДМЕТ И ПРИРОДА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Вопрос о том, что представляет собой международное частное право как отрасль права и отрасль правове­дения, может быть решен лишь исходя из предмета регулирования и в конечном счете из природы регулируемых МЧП общественных отношений, а также учитывая методы их регулирования. 1

И.С. Перетерский еще на заре советской науки МЧП сформулировал исходную концептуальную позицию по этому вопросу¹, поддержанную и развитую впоследствии многими специалистами по МЧП. В наиболее полном виде она была изложена в трудах Л.А. Лунца². В соответствии с этой позицией МЧП есть сфера международных гражданских отношений, т.е. отношений гражданско-правового характера в широком смысле, возникающих в международной жизни³. Речь идет прежде всего об имущественных и связанных с ними неимущественных отношениях с участием юридических и физических лиц как субъектов внутреннего права, а не об отношениях, возникающих между государствами. Международный характер указанных отношений проявляется в наличии в их составе определенного международного или иностранного элемента. В науке и практике принято различать три категории такого рода элементов, служащих предпосылкой отнесения того или иного частноправового отноше- 2

¹ См.: *Перетерский И.С.* Очерки международного частного права РСФСР. М., 1924.

² Прежде всего необходимо назвать фундаментальный трехтомный «Курс международного частного права», изданный в 1959–1966 гг. и переизданный в 1973–1976 гг. и в 2002 г.

³ Под гражданско-правовыми отношениями в широком смысле или, другими словами, частноправовыми отношениями применительно к сфере МЧП понимаются и семейные, и трудовые отношения. Термины «гражданско-правовой» и «частноправовой» в настоящем контексте используются в качестве синонимов.

ния к сфере МЧП. Чаще всего в этой связи указывается на участие в правоотношении иностранного лица (отношения между субъектами права разных государств). Однако в сферу МЧП включаются и правоотношения, все участники которых принадлежат одному государству, если объекты (например, наследственное имущество и т.д.) правоотношений находятся за рубежом или если юридический факт, порождающий, изменяющий или прекращающий правоотношения (смерть наследодателя, деликт и т.д.), возник в иностранном государстве. Представляется очевидным, что любой из этих элементов, будучи сам по себе гражданско-правовым, не изменяет гражданско-правовой природы и отношения в целом.

- 3 С принятием части третьей Гражданского кодекса РФ, включающего раздел VI «Международное частное право», определение иностранного элемента получило легальную основу. В п. 1 ст. 1186 ГК РФ подчеркивается, что гражданско-правовые отношения осложнены иностранным элементом, когда в них участвуют иностранные граждане или иностранные юридические лица. Другой случай иностранного элемента в гражданско-правовых отношениях – когда объект гражданских прав находится за границей. Обращает на себя внимание отсутствие в данном тексте упоминания «юридического факта» как еще одной категории иностранного элемента. Однако наличие в законодательном тексте слов «в том числе в случаях» свидетельствует о том, что приведенное в статье перечисление не носит исчерпывающего характера и, следовательно, гражданско-правовые отношения могут быть осложнены иными иностранными элементами, не перечисленными в статье.

- 4 Наличие в составе частноправового отношения международно-го или иностранного элемента, не меняя юридического содержания отношения (договоры купли-продажи, перевозки и т.п., деликтные обязательства и прочие остаются таковыми и в случае разнонациональности сторон), предопределяет его связанность более чем с одним правовым порядком. В этом случае принято говорить о наличии проблемы коллизии отечественного закона и закона другого государства или государств, с которыми связан такой элемент (*col-lisio statutorum*), поскольку одни и те же вопросы могут по-разному регулироваться в этих законах. Разрешению такого рода проблем и посвящены *коллизионные* нормы, исторически составляющие основу МЧП. Возникновение таких норм, становление и развитие коллизионного права явилось реальным отражением интернационализации гражданского оборота, предполагающей необходи-

мость признания отношений, законно возникших под действием правовых норм одного государства, также и за его пределами, т.е. в других государствах. Решая проблему выбора права применительно к соответствующим видам отношений, каждая коллизионная норма, принятая данным государством, определяет в конечном счете, должно ли быть в данном случае применено право отечественное или иностранное, но всегда частное право, поскольку речь идет о регулировании именно частноправовых отношений. Указывая, что к договору, вещным правам, обязательствам из причинения вреда применяется право соответствующего государства, российский законодатель, безусловно, исходит из того, что предметом отсылки к соответствующей коллизионной норме служат законы, определяющие права и обязанности сторон по договору, деликту или иному правоотношению, – российские или иностранные.

Наконец, при всей ее специфичности сама коллизионная норма, образующая вместе с материально-правовой нормой, к которой она отсылает, подлинное правило поведения для субъектов регулируемого международного гражданского отношения, является гражданско-правовой нормой, а возможный спор между этими субъектами о применимом законе есть спор о праве гражданском.

В силу суверенитета каждое государство обладает исключительным правом законодательного регулирования в пределах своей юрисдикции любых частноправовых отношений, включая и установление коллизионных норм для тех из такого рода отношений, в составе которых имеется международный или иностранный элемент. Основываясь на такой прерогативе, каждое государство имеет в наше время свою систему коллизионных норм, что позволяет говорить, не более чем констатируя существующее положение вещей, о российском, польском, французском и т.д. коллизионном праве. Едва ли можно полагать, не переходя в область фикций, будто раздел VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса РФ явился не выражением суверенной воли российского законодателя, а результатом какого-то «молчаливого соглашения» со всеми другими государствами¹.

¹ По мнению, например, А.А. Тилле, основой установления правил о применении иностранного закона всегда является соглашение между государствами, которое «может быть молчаливым, может быть оформлено договором» (Тилле А.А. Время, пространство, закон. М., 1965. С. 129), хотя в другом месте (с. 199) автор констатирует, что практически по значению первое место (по сравнению с международными соглашениями) занимает «советский закон, что основным источником является советский закон».

7 В течение многих лет вопросы международного частного права изучались небольшим числом ученых и преподавались в необходимом объеме в ограниченном числе высших учебных заведений. В последние годы международное частное право привлекает значительное внимание как результат политических, социальных и экономических изменений, происходящих в России. Сегодня тысячи частных предприятий участвуют в международных экономических отношениях; миграционные процессы, иностранные инвестиции и другие виды деятельности, не известные в прошлом, – все это характеризует переход в XXI век. Международное частное право сегодня не только представляет чисто академический интерес, но и играет очень важную роль на практике, поскольку все большее число юристов в своей профессиональной деятельности сталкиваются с международными отношениями. В прошлом вопросы международного частного права рассматривались преимущественно в коммерческих арбитражах при Торгово-промышленной палате РФ (в настоящее время – Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия), сегодня они все чаще становятся предметом рассмотрения в государственных судах.

8 Увеличивающееся число книг, статей и иных публикаций по международному частному праву свидетельствует о новом интересе среди ученых и практиков к этому сложному предмету. Появляющиеся комментарии к разд. VI Гражданского кодекса РФ «Международное частное право», наиболее детальный из которых подготовлен известными юристами А.Л. Маковским и Е.А. Сухановым¹, становятся «важным событием в жизни общества», отражающим глубокие изменения, происходящие в обществе, и имеющие своей целью обеспечить устойчивость, определенность и большую защищенность сторон международных частных отношений². Комментаторы отмечают, что старые нормы модифицируются, новые создаются, в частности такие новые нормы общего характера, как *renvoi*³, квалификация⁴, сверхимперативные нормы⁵, равно как и нормы, регулирующие различные отношения.

¹ См.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / Под ред. А.Л. Маковского и Е.А. Суханова. М., 2002.

² См.: *Марышева Н.И., Звекон В.П.* Новая кодификация международного частного права // Экономика и жизнь. 2002. № 4, 5, 6.

³ См. п. 4.5 гл. 4 настоящего учебника.

⁴ См. п. 4.4 гл. 4 настоящего учебника.

⁵ См. п. 4.8 гл. 4 настоящего учебника.

Важнейшей инновацией является введение в российское международное частное право принципа тесной связи (ст. 1186 ГК РФ), который уточнен применительно к определению применимого права в международном коммерческом арбитраже. Это уточнение имеет целью сохранить применение ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже», основывающегося на Модельном законе ЮНСИТРАЛ 1985 г. «О международном коммерческом арбитраже»¹. Учитывались также современные доктрины и практика зарубежных стран.

1.2. УНИФИЦИРОВАННЫЕ НОРМЫ²

Осуществляя самостоятельно нормирование (коллизийное или материально-правовое) указанных отношений, как и нормирование иных отношений, безотносительно к их правовой природе, государство, безусловно, должно учитывать не только свои международные договорные обязательства, но и общеобязательные для всех государств нормы и принципы международного права (суверенитет, невмешательство во внутренние дела, недопущение дискриминации и т.д.). В сфере МЧП значение данного положения особенно явственно, поскольку речь идет здесь лишь об отношениях, возникающих в международном обороте; однако само по себе оно имеет общее значение. Вместе с тем очевидно, что интенсивное развитие экономических, научных, культурных и прочих международных связей, опосредуемых в различных гражданско-правовых формах, порождает необходимость сотрудничества государств в сфере регулирования таких форм.

В период глобализации международные факторы присутствуют в различных областях, в частности в сфере прав человека или коммерческой деятельности. Конвенции, разработанные государствами или международными организациями (типовые законы и др.), содержащие частноправовые нормы, являются важными источниками для государств. Участвуя в таких документах, государство принимает на себя обязательство обеспечить обязательность применения включенных в них норм в рамках своей юрисдикции

¹ Норма о том, что арбитраж может определять применимое право в соответствии с теми коллизийными нормами, которые он сочтет приемлемыми, а не только коллизийными нормами *lex fori*, была принята в результате длительных споров и дебатов в рамках ЮНСИТРАЛ.

² Более подробно см. п. 1.6 настоящей главы учебника.

по соответствующим правовым вопросам (и вправе требовать того же от других участников договора). Это обязательство исполняется государством таким образом, как это предусмотрено договором с учетом национального законодательства. В силу п. 4 ст. 15 Конституции РФ общепризнанные принципы и нормы международного права, а также международные соглашения, в которых участвует Российская Федерация, являются составной частью ее правовой системы. В соответствии с Конституцией РФ и другими нормативными актами, включая ст. 7 ГК РФ, в тех случаях, когда нормы, включенные в международный договор, отличаются от соответствующих норм национального законодательства, применяются нормы международного договора (принцип приоритета). Это правило применяется в случаях, включающих частноправовые отношения, независимо от того, регулируются они национальными или унифицированными нормами. Если для урегулирования унифицированных норм недостаточно (а это неизбежные ситуации), они дополняются национальными нормами.

12 Благодаря международно-договорной унификации в состав источников МЧП входят как нормы, установленные данным государством самостоятельно, так и нормы, происхождение которых обусловлено международными договорами, заключенными данным государством с другими государствами.

13 Международный договор по вопросам МЧП, как и любой договор между государствами, безусловно, относится к международному праву. Однако было бы по меньшей мере поспешно делать отсюда вывод о международно-правовой природе самого МЧП. Объектом подобного договора служат не гражданско-правовые отношения, т.е. отношения с участием юридических и физических лиц, а отношения между государствами по поводу установления определенного регулирования упомянутых гражданских отношений.

14 Правила международных договоров по вопросам МЧП, формирующиеся, как правило, в порядке обобщения внутригосударственных гражданско-правовых норм, предназначены для регулирования отношений, которые в случае отсутствия таких правил регулировались бы нормами гражданского права той или иной страны. Представляется очевидным, что сам вопрос о приоритетности применения тех или иных нормативных положений, упомянутый выше, возникает лишь тогда, когда они регулируют одни и те же – в данном случае гражданско-правовые – отношения.

В свое время С.Б. Крылов, считавший МЧП частью международного права в широком смысле слова, в поддержку этого взгляда выдвинул аргумент, что отношения в сфере МЧП, например отношения по сделке между разнонациональными контрагентами, имеют тенденцию «перерасти» в межгосударственные отношения¹. Однако, по нашему мнению, это положение нельзя принять за основу выяснения правовой природы отношений, регулируемых МЧП. В нормальных случаях защита прав, вытекающих из таких отношений, даже когда они регулируются правилами, имеющими международно-договорное происхождение, осуществляется национальным судом или арбитражем, т.е. в порядке, установленном для защиты гражданских прав вообще. «Конфликт» между государствами, к которым принадлежат контрагенты по сделке, может возникнуть лишь в случае нарушения норм международного права, обязательных для этих государств, например в случае акта дискриминации, допущенного в одном из государств по отношению к контрагенту, принадлежащему к другому государству, при применении (или при отказе в применении) правил, предусмотренных международным договором (анормальный случай). В подобных ситуациях международно-правовое отношение возникает как самостоятельное отношение между государствами, в то время как отношение сторон по сделке продолжает по-прежнему оставаться гражданско-правовым. Соответственно к существующим международно-правовым способам урегулирования споров могут прибегнуть лишь сами государства, а отнюдь не субъекты гражданско-правового конфликта. Юридические и физические лица могут добиваться применения норм международного договора в качестве норм, ставших частью национального законодательства данного государства.

В некоторых исключительно важных областях международного общения, например в области экономического сотрудничества, наблюдается в последнее время все более широкое и активное сочетание межгосударственных и гражданско-правовых отношений. Это сотрудничество реализуется, в частности, посредством комплекса международных торговых соглашений и внешнеэкономических контрактов гражданско-правового характера между юридическими лицами этих государств. Однако и в этих случаях не только теоретические, но и сугубо практические соображения (прежде всего необходимость правильного регулирования – как

¹ См.: Международное право. М., 1947. С. 30.

нормативного, так и оперативного) требуют строгого юридического разграничения межгосударственных отношений и отношений гражданско-правовых, недопущения их смешения или отождествления с учетом различной правовой природы, функциональной роли, различных принципов ответственности и т.д.

- 17 Нормы международного частного права и даже коллизионные нормы, установленные каждым государством самостоятельно, предназначены для регулирования гражданско-правовых отношений, возникающих в международном обороте. Опираясь на гражданско-правовыми категориями, такие коллизионные нормы могут вести к применению соответствующего законодательства любой страны. В условиях, когда в мире существуют страны с различными правовыми системами, коллизионное право каждой страны, чтобы действительно содействовать оформлению и обеспечению равноправных и взаимовыгодных деловых отношений в рамках международного оборота, не может не приспосабливаться к возникающим особенностям. Это проявляется, в частности, в том, что применяемые в коллизионных нормах, как бы обращенных «вовне», термины и понятия могут иметь иное содержание, чем в материально-правовых нормах внутреннего права данной страны. Это связано с наиболее сложной проблемой МЧП – проблемой «квалификации»¹.

- 18 Отмеченная специфика коллизионных норм, принятых государством самостоятельно, в еще большей степени присуща нормам МЧП, установленным в порядке международно-договорной унификации. Становясь составной частью национальной правовой системы, они, однако, сохраняют свое особое значение, обусловленное тем, что само их содержание определено согласованием воле государств – участников международного договора.

1.3. СОСТАВ НОРМ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

- 19 В работах специалистов по международному частному праву иногда высказывается мнение о том, что в состав международного частного права входят только коллизионные нормы, содержащиеся в национальном законодательстве и международных договорах. Таким образом, международное частное право приравнивается и сводится исключительно к коллизионному праву. Унифицированные материально-правовые нормы, согласно такому подходу,

¹ См. п. 4.4 гл. 4 настоящего учебника.

являются *lex specialis* в составе соответствующей отрасли национального права. Однако в соответствии с наиболее распространенным взглядом унифицированные материально-правовые нормы также входят в состав международного частного права, как, например, нормы Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Унифицированные материально-правовые нормы устраняют сам источник возникновения коллизии и тем самым необходимость ее регулирования (по вопросам, урегулированным унифицированными нормами).

Унифицированные материально-правовые нормы являются специальными (*lex specialis*) в системе внутрисударственного права, прежде всего с точки зрения гипотезы нормы, т.е. условий ее применения, ограничиваемого, как правило, именно международными гражданскими отношениями. Вместе с тем характеристика таких норм как специальных не может – с учетом их международно-договорного генезиса – ограничиваться тем смыслом, который обычно вкладывают при различении норм специальных и общих. Международно-правовой генезис предопределяет и особый *автономный* характер соответствующих (унифицированных) норм, в частности, с точки зрения их толкования. Такие нормы в отличие от других («обычных») норм специального действия не должны толковаться на базе общих гражданско-правовых принципов, концепций и т.д. данной страны.

В процессе подготовки проектов новых конвенций по вопросам МЧП представители разных стран стремятся на базе изучения и сравнения различных правовых систем к выработке общеприемлемых гражданско-правовых конструкций¹. После принятия конвенции важным становится обеспечение единообразного применения конвенционных положений. Таким образом, международно-договорное происхождение соответствующих норм МЧП проявляется именно в том, что здесь речь идет об установлении в каждом из государств – участников международного договора общих по содержанию правил в определенной области гражданских правоотношений, охваченных унификацией. Как подчеркивается во многих международных конвенциях, при их толковании необходимо учитывать их международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия.

¹ Подчас наблюдается и такое примечательное явление – правовое регулирование соответствующих имущественных отношений получает выражение сначала в международных отношениях, а затем уже в национальных законах.

- 22 Вместе с тем представляется очевидным, что по вопросам, не урегулированным или не полностью урегулированным в международном договоре, применению подлежат соответствующие нормы национального права, определенные на основе коллизионных норм соответствующего государства.

1.4. СООТНОШЕНИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО И МЕЖДУНАРОДНОГО ПУБЛИЧНОГО ПРАВА

- 23 Нередко отмечается, что международное право и МЧП имеют общие принципы. Это утверждение нуждается, если говорить о юридической стороне дела, в существенном уточнении. Не подлежит сомнению, что отношения между государствами (например, по международному договору) по вопросам МЧП, как и по любым иным вопросам, подчинены принципам и нормам международного права. Однако нельзя сказать, что те же самые принципы непосредственно определяют и гражданско-правовые отношения, регулируемые МЧП, например отношения между разнонациональными юридическими лицами по внешнеэкономической сделке.
- 24 Если мы говорим о недопустимости одностороннего отказа от такой сделки, то имеем в виду не принцип *pacta sunt servanda*, который установлен международным правом, а положение соответствующего гражданского закона. Едва ли нужно доказывать, что в данном примере вопрос об отказе от внешнеэкономической сделки будет решаться не на основании правил, установленных для международных (межгосударственных) договоров, а на основании применимых гражданско-правовых норм о сделках, будь то нормы, установленные данным государством самостоятельно или имеющие источником своего происхождения международный договор. Несмотря на внешнюю схожесть, принцип соблюдения международных договоров и принцип соблюдения гражданско-правовых сделок остаются, разумеется, совершенно самостоятельными юридическими положениями, относящимися к различным системам права и предназначенными для различных по своей природе отношений.
- 25 Исходя из гражданско-правовой природы отношений, регулируемых МЧП, и учитывая особенности как самих отношений, возникающих в международном обороте, так и их регулирования, в частности международно-договорное происхождение значительного числа источников с вытекающими отсюда последствиями, следует

прийти к выводу, что МЧП – это самостоятельная особая отрасль права, цивилистического по своему содержанию характера.

При этом речь может идти только об отрасли внутригосударственного права каждого государства, хотя, несомненно и тесно связанной, близко соприкасающейся, часто переплетающейся с международным правом. Констатация такой связи (ныне характерной, кстати, не только для МЧП, но и для других отраслей внутригосударственного права) не может служить основанием для зачисления МЧП, даже в порядке «присоединения» или «по совместительству», в состав международного права. Наличие, например, теснейшей связи между законом и процессом не приводит в общепринятой системе межотраслевой классификации к отождествлению гражданского и гражданско-процессуального права.

В правовой, во всяком случае международно-правовой, теории международное право рассматривается как «своеобразная, отличная от национальных правовая система»¹. «Международное право, – пишет Г.В. Игнатенко, – отличается от права внутригосударственного (национального) не только по предмету регулирования, но и по таким признакам, как характер участников международно-правовых отношений – субъектов права – и метод правового регулирования, включая способ нормообразования (нормотворчества) и механизм обеспечения международного правопорядка»². С этих позиций, основываясь на сущности общественных отношений, регулируемых МЧП, последнее не может рассматриваться как отрасль (часть, подсистема и т.д.) системы международного права, а может быть отнесено только к системе внутреннего права.

Что касается идей о «международном праве в широком смысле слова», то «в широком смысле» можно говорить не о международном праве, а только о международных отношениях, которые действительно не всегда укладываются в международно-правовые рамки. По существу, идеи о международном праве «в широком смысле слова» (как о включающем МЧП) представляют собой произвольное соединение в «одно целое», «в единую систему» и т.д. различных по своей природе правовых явлений, ведут к смешению предметов и методов регулирования, присущих международному праву, с одной стороны, и международному частному праву – с другой, к необоснованному стиранию граней между ними. Как справедливо пишет И.И. Лукашук, полемизируя со сторонниками концепций

¹ Международное право. М., 1974. С. 4.

² См.: Международное право. М., 1978. С. 7.

«мирового права», «попытки распространить действие той или иной системы права на принципиально отличные общественные отношения, которые не отвечают основным чертам данной системы, не могут дать положительного результата»¹.

29 Гражданско-правовой характер отношений, регулируемых международным частным правом, широко признается и в литературе по международному праву. Г.И. Тункин писал, что нормы международного частного права «регулируют гражданско-правовые, семейные и трудовые отношения с иностранным или международным элементом. Это особая, очень важная дисциплина. Международное право и международное частное право тесно связаны, особенно в области регулирования международных экономических отношений»². И.И. Лукашук отмечал: «Классическое определение этого права (международного частного права. – С.Л.) было дано такими авторитетами, как И.С. Перетерский и Л.А. Лунц. Международное частное право – отрасль права, регулирующая гражданско-правовые отношения, имеющие международный характер. Этому определению специалисты придерживаются и сегодня...»³

30 В учебнике по международному праву под редакцией В.И. Кузнецова подчеркивается: «Иногда предпринимались попытки включить международное частное право в систему международного права в целом, практически – в систему международного публичного права... Признавая, что между нормами, регулирующими, например, имущественные отношения, действующими в различных государствах, есть определенное сходство, современные авторы все же избегают относить международное частное право к какой-либо области международного публичного права. Чаще всего его рассматривают как составную часть внутренней правовой системы каждого государства, главным образом нормы, регулирующие международные имущественные отношения немеждоударственного характера, а также связанные с ними неимущественные отношения такого же характера»⁴.

31 Сказанное о природе и месте МЧП не умаляет важности учета и в теоретическом, и в практическом плане взаимосвязи и необходимости максимальной согласованности международно-правового и международно-частноправового регулирования. Важность

¹ Лукашук И.И. Международно-правовое регулирование международных отношений. М., 1975. С. 97.

² См.: Международное право: Учебник / Под ред. Г.И. Тункина. М., 1994. С. 10.

³ Лукашук И.И. Международное право. Общая часть: Учебник. М., 2001. С. 13–14.

⁴ Международное право: Учебник / Под ред. В.И. Кузнецова. М., 2001. С. 39–40.

такого согласования, являющегося необходимым элементом правильного решения проблемы соотношения международного права и внутригосударственного права вообще как двух самостоятельных систем, в сфере МЧП особенно значительна, поскольку нормативные предписания по вопросам МЧП, не только принятые на основе международных договоров, но и устанавливаемые государством самостоятельно, направлены на развитие широкого международного сотрудничества.

1.5. КОЛЛИЗИОННЫЙ МЕТОД РЕГУЛИРОВАНИЯ

Частноправовые отношения с «иностранным элементом» в силу своей специфики требуют особых способов или методов регулирования. Наличие в отношениях, регулируемых международным частным правом, иностранного элемента приводит к так называемой коллизии, или столкновению (лат. *collisio* – столкновение) двух или более правовых систем, нормы которых могут быть применены к этим отношениям. В разных правовых системах различные вопросы урегулированы по-разному, поэтому от выбора конкретной правовой системы зависит, каким образом будет урегулировано то или иное правоотношение. 32

Преодоление столкновений, или коллизий, осуществляется с помощью специальных норм, которые называются коллизионными. Основной целью и задачей этих норм является обеспечение решения одного вопроса: какое право подлежит применению в каждом конкретном случае? 33

Первые коллизионные нормы стали складываться в раннем Средневековье. Одним из первых примеров коллизионной нормы является приводимая в курсе Л.А. Лунца по международному частному праву со ссылкой на М.И. Бруна «гlossа Аккурсия»¹, относящаяся к началу XIII в., в которой излагались следующие обстоятельства: в городе Модена судится гражданин Болоньи. Какие нормы должны быть применены в данном случае – Модены или Болоньи? Итальянские юристы, опираясь на источники римского права, пришли к выводу, что гражданин Болоньи должен быть судим по законам Болоньи. Это решение вслед за М.И. Бруном можно считать первым решением коллизионной проблемы. 34

¹ См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 132–133.

- 35 Л.А. Лунц упоминал и более раннюю ссылку на решение коллизийной проблемы – текст магистра Алдрика конца XII в¹. 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»². С течением времени число коллизийных норм увеличивалось, постепенно складываясь в коллизийное право, а нахождение применимого права с помощью коллизийных норм получило название коллизийного метода регулирования в международном частном праве.
- 36 Справедливости ради надо сказать, что можно иначе подойти к решению вопроса о «первенстве» коллизийного метода при регулировании отношений с иностранным элементом. В этой связи стоит обратить внимание на то, каким образом решались споры в Римской империи между римлянами и чужестранцами, т.е., современным языком говоря, как регулировались отношения с иностранным элементом. Как известно, отношения римлян между собой регулировались *ius civile*. Наряду с римлянами существовала большая группа лиц, которые не признавались римлянами, хотя проживали на территории Римской империи, – это были лица, населявшие завоеванные Римом обширные территории. Формально они не являлись иностранными гражданами в современном понимании этого слова, однако, будучи изначально гражданами других государств, они оставались носителями иных правовых обычаев и норм. «Столкновение» этих норм с *ius civile* приводило к необходимости нахождения способов их урегулирования.
- 37 Споры, возникавшие между римлянами и не-римлянами, или перегинами, решались преторами, рассматривавшими такие споры, – *praetor peregrinus*. И здесь примечательно то, каким образом претор подошел методологически к решению вопроса об урегулировании «столкновения» норм *ius civile* и других норм, применявшихся на завоеванных территориях. Он не разрабатывал коллизийные нормы, а формулировал материально-правовые нормы, направленные на регулирование отношений с иностранным элементом. Так стало формироваться *ius gentium*, нередко переводим-

¹ См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. С. 132.

² Магистр Алдрик и предложенное им решение коллизийной проблемы упоминаются также в работе А.А. Рубанова «Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем». М., 1984. С. 152.

мое как «право народов». Таким образом, можно сказать, что первоначально, на самой заре появления отношений «с иностранным элементом», решение вопроса о применимом праве пошло по пути выработки и применения материально-правовых, а не коллизионных норм, которые появились гораздо позже¹.

Разработка и формулирование коллизионных норм, которые дают ответ на вопрос о применимом праве, осуществлялись в течение веков в разных странах на основе различных критериев. Как показывает история международного частного права, таких критериев немного: 1) гражданство или домицилий участников отношений – субъектный подход; 2) место возникновения, изменения или прекращения частноправовых отношений – территориальный подход; 3) наиболее тесная связь с правоотношением – гибкий подход. На разных этапах развития международного частного права этим критериям придавалось различное значение или они использовались в том или ином сочетании.

Как явствует из вышесказанного, коллизионная норма лишь указывает путь нахождения той правовой системы, которая должна урегулировать то или иное правоотношение. Это обстоятельство вызвало споры по поводу природы коллизионной нормы – она лишь техническое указание на правовую норму, подлежащую применению, или вместе с материально-правовой нормой она составляет определенное правило поведения. Представляется, что коллизионная норма – это и не техническое указание, и не правило поведения в чистом виде, а сочетание элементов того и другого. Это особенно справедливо в отношении современных гибких коллизионных норм, которые не устанавливают единственно возможный путь определения применимого права, а предлагают правоприменителю оценить всю совокупность обстоятельств и условий, чтобы определить адекватную правовую систему, могущую наилучшим образом урегулировать возникшие правоотношения. Видимо, приходится смириться с тем, что коллизионная норма не укладывается в жесткие существующие рамки определения ее природы, а является вполне самостоятельным и особым институтом права.

Применение коллизионной нормы нередко приводит к необходимости применения судами одного государства права другого государства. Это стало очевидным довольно давно – непризнание

¹ Об этом, в частности, упоминал и американский коллизионист Симеонидис. *Symeonidis S. Private International Law at the End of 20th Century: Progress or Regress?* Kluwer, 2000. P. 11. Более подробно см. п. 2.2.1 гл. 2 настоящего учебника.

правовых последствий тех или иных действий или событий за границами того государства, где они имели место, приводит к правовому хаосу. Если супружеская пара пересекает границу и в другом государстве не признается в качестве таковой в силу своих правовых установлений, то неблагоприятные последствия этого очевидны. Непризнание вещных прав при пересечении границы также приводит к весьма нежелательным последствиям для участников частноправовых отношений. Все это свидетельствовало о необходимости признания действия иностранных законов, но теоретические обоснования этому явлению вызвали массу трудностей, споров и дискуссий.

41 Итак, коллизионный метод позволяет ответить на вопрос: право какого государства, какой территории должно быть применено? Такого рода коллизии получили название *пространственных коллизий*, т.е. коллизий законов, одновременно действующих в разных пространствах, на разных территориях. В свою очередь пространственные коллизии подразделяются на международные (интернациональные) и межобластные (внутренние, интерлокальные).

42 *Международные (интернациональные) коллизии* – это коллизии между законами разных государств. Именно международные коллизии составляют основу международного частного права. *Межобластные (внутренние) коллизии* – это коллизии между законами различных административных образований в рамках одного государства, например в федеративных государствах. Наиболее яркой иллюстрацией государства, где возникают межобластные коллизии, являются США. В бывшем СССР между законами союзных республик также могли возникать межобластные коллизии, которые регулировались специальными нормами.

43 Основной вопрос, возникающий в связи с изучением международных и межобластных коллизий, заключается в следующем: существуют ли различия в подходе регулирования этих двух видов коллизий? В СССР в соответствии с доктриной и законодательством считалось, что международные и межобластные коллизии должны регулироваться различными правилами. В частности, в Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.¹ внутренним коллизиям была посвящена ст. 18 «Применение гражданского законодательства одной союзной республики в другой союзной республике», а международным – раздел VIII «Правоспособность иностранцев и лиц без гражданства. Приме-

¹ Ведомости Верховного Совета СССР. 1961. № 50. С. 525.

нение гражданских законов иностранных государств, международных договоров и соглашений». В Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.¹ (вошедших в силу с 1 января 1992 г. и заменивших собой Основы гражданского законодательства 1961 г.) также сохранилось разграничение на международные и межобластные коллизии, первые из которых были урегулированы в разделе VII «Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров», а вторые – в ст. 8 «Применение гражданского законодательства одной республики на территории другой республики»².

Сравнение норм, регулирующих международные и межобластные коллизии, позволяет увидеть много общего между ними. Основные коллизионные нормы, регулирующие вещные права, договорные и внедоговорные обязательства, вопросы личного статуса физических и юридических лиц и пр., схожи при регулировании международных и межобластных коллизий. Скорее можно говорить о различиях между правилами, «обслуживающими», по определению В.П. Звекова,³ коллизионные нормы. Речь идет о квалификации, обратной отсылке, отсылке к праву третьего государства. Помимо этого нужно иметь в виду правила применения иностранного права, определенного с помощью коллизионных норм, – оговорку о публичном порядке, «сверхимперативные» нормы и др. Сегодня доктрина и практика не склонны проводить кардинальное различие между международными и межобластными коллизиями, однако полная их идентификация также нецелесообразна.

В России регулирование гражданско-правовых отношений в соответствии с п. «о» ст. 71 Конституции РФ осуществляется на уровне Федерации. Статья 72 Конституции РФ устанавливает перечень вопросов, отнесенных к совместному ведению Федерации и субъектов Российской Федерации. В п. «к» данной статьи указано среди прочего семейное и трудовое законодательство. Но в любом случае законодательство субъектов Федерации не долж-

¹ Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26. С. 733. Основы гражданского законодательства 1991 г. утратили силу с 1 января 2008 г. в связи с введением в действие части четвертой ГК РФ.

² Практическая надобность в этой статье к моменту введения в действия Основ отпала, поскольку к этому времени СССР уже распался и межобластные коллизии превратились в международные.

³ См.: Звеков В.П. Международное частное право. М., 2004. С. 41.

но противоречить федеральным законам. Само федеральное законодательство может отсылать решение того или иного вопроса к законам субъектов Федерации. Например, в п. 2 ст. 13 Семейного кодекса РФ установлено, что порядок и условия вступления в брак до достижения возраста 16 лет (что допускается в исключительных случаях) могут быть установлены законами субъектов Российской Федерации.

46 Наряду с пространственными существуют интертемпоральные и интерперсональные коллизии.

47 *Интертемпоральные* коллизии, как явствует из названия, — это коллизии во времени, т.е. коллизии между законами, принятыми в разное время по одному и тому же вопросу. Эта проблема также называется «действие закона во времени» и является одной из сложнейших в теории права. Наиболее подробно эту проблему в связи с международным частным правом анализировал Л.А. Лунц в своем «Курсе международного частного права»¹. Проблема интертемпоральных коллизий подразделяется на три вопроса: 1) изменение материально-правового регулирования; 2) изменение коллизионно-правового регулирования; 3) изменение фактических обстоятельств правоотношений.

48 1. Отсылка к материальному праву той или иной страны может привести к вопросу о том, какие конкретно акты должны применяться в данном случае — законы, действующие на момент возникновения правоотношений, на момент рассмотрения спора или на какой-либо иной момент. Важность решения вопроса о том, с какого момента должно применяться новое регулирование, особенно в делящихся правоотношениях, таких как брачные, наследственные и др., трудно переоценить, поэтому этот вопрос, как правило, определяется в законодательных актах о введении в действие того или иного регулирования либо в самом законодательном акте. Например, в заключительных положениях Семейного кодекса РФ² (разд. VIII, ст. 168) установлена общая дата его введения в действие — 1 марта 1996 г. Однако, как уже упоминалось выше, брачно-семейные отношения — это делящиеся отношения, и в течение этого времени могут возникать различные права и обязанности. Для решения вопроса о том, какое регулирование — старое или новое — необходимо применить к правам и обязанностям, возникшим после

¹ См.: Лунц Л.А. Указ. соч. С. 190–196.

² Собрание законодательства Российской Федерации (далее — СЗ РФ). 1996. № 1. Ст. 16.

принятия Семейного кодекса РФ (хотя брак мог быть заключен до его принятия), в ст. 169 установлено: «Нормы настоящего Кодекса применяются к семейным отношениям, возникшим *после введения его в действие*. По семейным отношениям, возникшим до введения в действие настоящего Кодекса, его нормы применяются к *тем правам и обязанностям, которые возникнут после введения его в действие*» (выделено нами. – Авт.).

Отсылка к материальному праву той или иной страны означает отсылку ко всей совокупности законов, включая законы о действии правовых норм во времени. Еще в 1948 г. в своей работе «Международное частное право» М. Вольф писал: «Подчинение договорного обязательства определенной правовой системе означает не подчинение его правилам, действующим на момент заключения договора, а подчинение живому и изменяющемуся организму права»¹. То же самое верно в отношении не только договорных, но и иных обязательств.

2. Изменения коллизионных норм в праве того или иного государства регулируются так же, как и изменения материально-правовых норм. Поскольку коллизионные нормы вместе с материально-правовой нормой направлены на регулирование частноправовых отношений, то их изменение и порядок применения определяются на основе тех же принципов и подходов, что и в отношении материально-правовых норм, т.е. в соответствии со специальными законами о введении их в действие. Поскольку в российском праве основная часть коллизионных норм содержится в разд. VI части третьей ГК РФ «Международное частное право», то время введения их в действие определяется Федеральным законом «О введении в действие части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации»². В нем предусматривается введение в действие части третьей с 1 марта 2002 г. и никаких исключений для коллизионных норм не установлено (изъятия предусмотрены для материально-правовых норм наследственного права).

3. Последний вопрос, связанный с интертемпоральными коллизиями, – это влияние (или его отсутствие) изменения фактического состава правоотношения на применение коллизионных норм. В некоторых случаях законодатель отвечает на этот вопрос. Например, как влияет перемещение вещи на коллизионное регулирование права собственности? В российском праве установлено,

¹ Цит. по: Луниц А.А. Указ. соч. С. 191–192.

² СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4553.

что возникновение и прекращение права собственности на имущество определяется по праву страны, где это имущество находилось в момент возникновения или прекращения этого права. Таким образом, последующие перемещения вещи не будут влиять на коллизионный вопрос.

- 52 Особенно важно решить этот вопрос в отношении дядиных правоотношений, например семейных. В этой сфере нередко применяются коллизионные нормы, определяющие применимое право в зависимости от гражданства или места жительства лица. Зависит ли применение такой коллизионной нормы от изменения гражданства или домицилия лица? Л.А. Лунц писал: «Если в качестве коллизионной привязки в этой области (речь идет о семейных отношениях. – *Авт.*) используется гражданство членов семьи или одного из них, или их домицилий, то едва ли было бы целесообразно считать, что перемена гражданства или домицилия не должна порождать изменений в режиме отношений данной коллизионной привязки»¹. Таким образом, автор полагает, что в дядиных отношениях изменение их фактического состава должно учитываться. Однако здесь же Л.А. Лунц подчеркивал, что этот вопрос «нельзя считать вполне ясным». Представляется, что по общему правилу в дядиных правоотношениях необходимо учитывать изменение их фактического состава при определении коллизионного регулирования.

- 53 *Интерперсональные коллизии* – это коллизии законов, применимых к различным категориям лиц. Эта категория коллизий преимущественно сохраняется в развивающихся странах Азии, Африки и Латинской Америки. Большое влияние обычного и религиозного права в этих странах приводит к появлению коллизий между ними, с одной стороны, и гражданским правом – с другой. Например, в отдельных странах мусульманского права наряду с последним действует английское общее право, в других – французское гражданское право, что обусловлено колониальной историей этих государств. В доктрине не существует единого мнения о природе интерперсональных коллизий. А.И. Минаков², со ссылкой на венгерского ученого И. Саси, приводит различные подходы в оценке и анализе таких коллизий. Пути решения этих коллизий также различаются. В некоторых странах разрабатываются коллизионные нормы, регулирующие «столкновение» обычного пра-

¹ Лунц Л.А. Указ. соч. С. 195.

² См.: Международное частное право. Современные проблемы. М., 1994. С. 441.

ва и права бывшей метрополии, в других – проводится кодификация обычаев, в третьих – принимаются законы, определяющие сферы действия обычного права, например семейные и наследственные отношения.

Коллизионный метод регулирования, воспринятый во всех странах, обладает, как и любое явление, позитивными аспектами и не лишен определенных недостатков. Позитивным, безусловно, является выработка достаточно стабильных, известных заранее правил, помогающих определить применимое право. Например, к деликту, произошедшему на территории России с участием иностранных граждан, по общему правилу будет применяться российское право в силу коллизионной нормы, отсылающей к праву места совершения деликта; формальная действительность брака российских граждан, заключенного в Греции, определяется в силу российской коллизионной нормы о праве, применимой к форме брака, правом Греции – места его заключения; договор российской и иностранной организации регулируется правом, избранным самими сторонами. Эти и другие примеры показывают, что при наличии иностранного элемента в частноправовых отношениях их участники могут заранее определить применимое право с помощью коллизионных норм. Определенность и стабильность коллизионного метода являются его важными позитивными аспектами. Одной из основополагающих целей правового регулирования в любой сфере, включая международное частное право, является установление заранее известных и стабильных правил поведения, которыми руководствуются его участники. Возможность заранее определить ту правовую систему, которая будет регулировать отношения субъектов права, является важнейшим фактором эффективного функционирования коллизионного метода.

Однако, как уже отмечалось, коллизионный метод не лишен недостатков. Как не раз подчеркивалось, коллизионный метод помогает определить национальную правовую систему для регулирования тех или иных частноправовых отношений с иностранным элементом. Проблема заключается в том, что предметом регулирования любой национальной правовой системы являются внутренние отношения, не отягощенные никаким «иностраным элементом». Это означает, что частноправовые отношения, возникшие в рамках международного сотрудничества, различных международных контактов, должны регулироваться нормами права, не рассчитанными на регулирование таких специфических отношений.

Это означает, что специфика отношений с «иностранным элементом» не учитывается и, как следствие, не регулируется максимально адекватным и эффективным образом.

56 Коллизионный метод приводит к необходимости нередко применять иностранное право в национальных судах, что, несомненно, усложняет их деятельность. Применение иностранного права, связанного с установлением его содержания, порядка применения и толкования, представляет собой непростую задачу для суда или иного национального органа, обязанного применять иностранное право.

57 Коллизионные нормы вырабатываются на национальном уровне. Это означает, что каждое государство имеет свою систему коллизионных норм, которые могут существенно отличаться друг от друга. Нередко это приводит к различным, а иногда к противоположным результатам в регулировании конкретных правоотношений в зависимости от того, коллизионная норма какой страны применяется. Например, в сфере семейного, наследственного права разными странами используются привязки к праву гражданства либо места жительства лица. Это ведет и к таким негативным последствиям, как *forum shopping*¹. Для преодоления этого недостатка в конце XIX – начале XX в. стали предприниматься попытки унификации коллизионных норм разных стран (более подробно см. п. 3.2.1 гл. 3 настоящего учебника).

58 Однако это не привело к кардинальному решению проблемы. Во избежание негативных последствий стали предприниматься различные попытки избежать применения коллизионного метода (см. п. 1.6 настоящей главы).

1.6. МАТЕРИАЛЬНО-ПРАВОВОЙ МЕТОД РЕГУЛИРОВАНИЯ

59 Само наличие коллизионного метода в МЧП обусловлено различием в национальном регулировании частноправовых отношений. Логическим выводом из этого утверждения является следующее: приведение национального регулирования «к единому знаменателю» исключит коллизионную проблему. Достичь такого результата можно путем совместных усилий на международном уровне. Работа по созданию унифицированных материально-пра-

¹ Предъявление иска в суде той страны, регулирование которой, включая коллизионное, является наиболее благоприятным для конкретной стороны правоотношения.

вовых норм началась в XIX в., но особенно активной стала в XX в. Прежде всего, унификация стала осуществляться путем разработки и принятия международных конвенций. Впоследствии начали использоваться и иные формы унификации. Эти вопросы подробно исследовались в различных работах по российскому МЧП, в частности в работах М.М. Богуславского, В.П. Звекова, А.Л. Маковского, С.Н. Лебедева, Л.А. Лунца, О.Н. Садикова и др. Одним из последних опубликованных исследований в этой области является работа Н.Г. Вилковой «Договорное право в международном обороте»¹. В этих работах предлагается различная классификация унификации по МЧП, исходя в первую очередь из предмета унификации и способа унификации. Исторически первоначально предметом унификации стали коллизионные нормы в области семейного и наследственного права (более подробно об унификации коллизионных норм см. гл. 3 настоящего учебника).

Дальнейшее развитие международного сотрудничества привело к расширению унификации уже не коллизионных, а материальных норм. Особенно успешно этот процесс реализовался в области международного торгового оборота. Создание материально-правовых норм на международном уровне позволяет решить немало проблем: 1) создается единое регулирование, общее для участников международного общения; 2) унифицированные материально-правовые нормы создаются специально для регулирования отношений с «иностраным элементом»; 3) применение унифицированных материально-правовых норм не требует использования коллизионных норм для нахождения применимого права, т.е. исключает один из возможных «факторов неопределенности» (как будет показано впоследствии, выбор права с помощью коллизионных норм в определенной степени зависит от оценки обстоятельств конкретного дела судом (арбитражем), что несет в себе «фактор неопределенности»).

Помимо разработки международных конвенций используются и иные формы, виды международной унификации. В большой степени это объясняется определенными негативными аспектами разработки и использования международных конвенций. Различия, иногда существенные, национальных правовых систем осложняют поиски и формулирование унифицированных норм, что требует достаточно продолжительных сроков их подготовки. Немалое время уходит также на их подписание и ратификацию, принятие раз-

¹ См.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002.

личными государствами или присоединение. Как показывает практика, в среднем на это уходит 8–10 лет. Некоторые международные конвенции так и не вступают в силу, несмотря на большую и длительную работу по их подготовке, – в частности Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. Некоторые конвенции подписываются и используются небольшим числом стран, что приводит к очень скромному унификационному эффекту (например, Гагская конвенция 1955 г. о праве, применимом к купле-продаже движимых материальных вещей, в которой участвует лишь восемь государств).

62 Для того чтобы избежать хотя бы некоторых из названных сложностей, международная практика предложила такой метод унификации, как разработка модельных (типовых) документов. В отличие от международных конвенций модельный закон может использоваться каждым государством отдельно, путем принятия своего национального законодательства на основе такого модельного закона. Наиболее успешным примером такого документа является Модельный закон о международном коммерческом арбитраже, разработанный Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 1985 г. В силу высокого авторитета указанной международной организации, а также привлечения большого числа высокопрофессиональных специалистов из разных стран для подготовки данного Модельного закона он стал широко использоваться национальными законодателями для разработки соответствующего национального законодательства. В частности, Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» является примером такого национального законодательного акта, принятого на основе Модельного закона ЮНСИТРАЛ.

63 Такой метод ведет к принятию в разных странах схожего национального законодательства, что дает тот же результат – унификацию правового регулирования.

64 Еще одним методом унификации является «разработка правилительственными и неправительственными организациями документов частного характера, призванных регулировать отношения в рамках международных коммерческих контрактов»¹. Наиболее интересным примером такого рода документа являются Принципы международных коммерческих договоров, разработанные в 1994 г. Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА), действующие в настоящее время

¹ Вилкова Н.Г. Указ. соч. С. 86.

в редакции 2004 г.¹ Этот документ представляет собой свод общих принципов договорного права, применение которых в большой степени зависит от самих участников международного коммерческого оборота.

Такой метод унификации является современным подходом к разработке единообразных норм и в большой степени лишен недостатков классической унификации. Это, однако, не означает отсутствия проблем при его применении. Основная сложность состоит в определении правовой природы Принципов УНИДРУА и условий их применения, что более подробно рассматривается в гл. 3 настоящего учебника. 65

Еще одним примером неконвенционной унификации является разработка Международной торговой палатой правил толкования международных торговых терминов ИНКОТЕРМС 2000. Данный документ представляет собой свод международных обычаев, регулирующих распределение между продавцом и покупателем обязанностей, связанных с перевозкой груза, его страхованием, а также переход риска. 66

Описанные методы материально-правовой унификации свидетельствуют о широком наборе современных способов выработки и применения унифицированных правил в сфере международного общения. 67

Специфика и своеобразие МЧП заключаются в том, что в нем объединены нормы, различные по своему характеру, структуре, целям и способу возникновения и функционирования, – национальные коллизионные, унифицированные коллизионные и унифицированные материально-правовые. Кстати, отнесение к МЧП унифицированных материально-правовых норм потребовало специальной аргументации – наиболее подробно она была обоснована Л.А. Лунцем. 68

Нельзя не упомянуть дискуссию о том, относятся ли к МЧП внутренние материально-правовые нормы, регулирующие частноправовые отношения с иностранным элементом. При обсуждении этого вопроса такие нормы нередко разделялись и часть из них – регулирующая внешнеторговые отношения, статус субъектов – причислялась к МЧП, а часть – нет. Наиболее известные два автора в области МЧП, исследовавшие этот вопрос еще в середине XX в., – И.С. Перетерский и Л.А. Лунц придерживались прямо 69

¹ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М., 2006.

противоположных взглядов. В одном из известнейших трудов по МЧП, написанном И.С. Перетерским и С.Б. Крыловым¹, И.С. Перетерский отмечал, что к сфере МЧП необходимо отнести внутренние материально-правовые нормы, непосредственно регулирующие частноправовые отношения с иностранным элементом, в первую очередь нормы, регулирующие внешнеторговую деятельность. Л.А. Лунц категорически не соглашался с такой постановкой вопроса. В своем «Курсе международного частного права» он писал: «Внутригосударственный закон, определяющий права и обязанности по внешнеторговой купле-продаже или денежным обязательствам, вытекающим из международных расчетов, *не только не заменяет собой коллизионные нормы, а, наоборот, прямо предполагает наличие коллизионной нормы, отсылающей к этому закону и исключаящей в конкретном случае применение аналогичных иностранных норм*»². Материально-правовой метод в отличие от коллизионного метода имеет своей целью исключение необходимости обращаться к коллизионным нормам. Внутренние материально-правовые нормы не приводят и не могут привести к такому результату – их применение возможно только после того, как коллизионная норма укажет на применимое внутреннее право.

70 Л.А. Лунц также отмечал, что если внешнеторговая сделка регулируется советским правом, то на нее должны распространяться наряду со специальными нормами по внешней торговле «и общие нормы советского гражданского права, в частности, нормы общей части обязательственного права Гражданского кодекса». Доведение этого рассуждения до логического завершения неизбежно приводит к тому, «что граница между международным частным правом и гражданским правом была бы вовсе стерта»³.

71 М.М. Богуславский поддерживал точку зрения И.С. Перетерского о возможности включения в состав МЧП внутренних материально-правовых норм. В своем учебнике по международному частному праву, изданном в 1998 г., М.М. Богуславский, в частности, писал: «Возникает вопрос, относятся ли к области международного частного права внутренние материальные нормы, т.е. нормы внутреннего законодательства, которые непосредственно, без применения коллизионной нормы, регулируют отношения с ино-

¹ См.: Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959.

² Лунц Л.А. Указ. соч. С. 29.

³ Там же. С. 30.

странным элементом. ...По нашему мнению, исходя из характера регулируемых правом отношений, эти нормы также следует включить в состав международного частного права»¹. Автор, однако, специально подчеркивает, что имеет в виду «не общие нормы гражданского законодательства, а специальные нормы, непосредственно установленные государством для регулирования внешнеэкономических отношений или отношений по научно-техническому, культурному сотрудничеству»². Практически аналогичное утверждение содержится и в пятом, переработанном издании данного учебника³. В учебнике по МЧП В.П. Звекова, а также в учебнике, подготовленном под редакцией Н.И. Марышевой, отмечается наличие этой проблемы и ее различное решение в отечественной литературе⁴.

Присоединяясь к точке зрения Л.А. Лунца о невозможности отнесения к МЧП внутренних материально-правовых норм, регулирующих отношения с иностранным элементом, хотелось бы лишь добавить следующее. Сторонники включения таких внутренних норм в МЧП подчеркивают, что речь идет о специальных нормах, регулирующих внешнеторговые и связанные с ними отношения (банковские, «морские», в сфере иностранного инвестирования и др.), а также нормы, регулирующие правовое положение субъектов отношений с иностранным элементом. При этом никак не оценивается аргумент Л.А. Лунца о невозможности применять внутренние нормы, минуя коллизионные нормы.

В связи с этим можно было бы отметить, что с введением в российское МЧП концепции сверхимперативных норм (ст. 1192 ГК РФ) позиция о невключении внутренних материальных норм в МЧП получает дополнительный довод. Перечисляя материально-правовые нормы национального права, которые направлены на регулирование отношений с иностранным элементом, сторонники их включения в состав норм МЧП фактически говорят о нормах, которые должны применяться независимо от применимого иностранного права, а также о публично-правовых нормах, которые, как правило, также должны применяться независимо от применимого иностранного права. Можно предположить, что речь идет о таких

¹ См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право. М., 1998. С. 21.

² Там же.

³ См. там же. С. 27.

⁴ См.: *Звеков В.П.* Указ. соч. С. 47–49; *Международное частное право / Под ред. Н.И. Марышевой.* С. 24.

специальных внутренних материальных нормах, которые должны применяться независимо от действия коллизионных норм, т.е. независимо от применимого права, найденного с помощью коллизионной нормы. Сегодня такая ситуация может быть урегулирована с помощью концепции сверхимперативных норм.

74 Данная концепция нашла отражение в ст. 1192 ГК РФ и более подробно будет проанализирована далее (см. п. 4.8 гл. 4 настоящего учебника), здесь только отметим, что ее основная идея заключается в возможности применения национальных материально-правовых норм, так или иначе связанных с конкретным правоотношением, несмотря на применимое право.

75 Таким образом, нет нужды включать внутренние материально-правовые нормы, регулирующие отношения с иностранным элементом, в МЧП и необоснованно «стирать грань» между МЧП и национальным гражданским правом. Оставаясь в составе национального гражданского права, такие нормы могут быть «напрямую» применены к отношениям с иностранным элементом – для этого сегодня используется концепция сверхимперативных норм.

КОНТРОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ К ГЛАВЕ 1

1. В чем заключается специфика отношений, регулируемых МЧП?
2. Какие нормы входят в состав норм МЧП? Какие споры ведутся в связи с этим?
3. Каково соотношение международного частного и международного публичного права?
4. Каковы методы регулирования, используемые в МЧП?
5. Каковы цель и задачи унификации частного права?

ГЛАВА 2. ИСТОРИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И РАЗВИТИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

2.1. ИСТОРИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И РАЗВИТИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В РОССИИ

2.1.1. Зарождение коллизионных проблем в России в X–XIII вв.

В Киевской Руси, несмотря на ее интенсивно развивавшиеся отношения с государствами Западной и Восточной Европы, как, впрочем, и в феодальных княжествах X–XV вв., трудно найти какие-либо ориентиры, которые дали бы возможность утверждать, что в то время уже существовало в большей или меньшей степени развернутое учение о нормах международного частного права¹. Тем не менее встречающиеся в памятниках древнерусского права того времени отдельные нормы позволяют говорить о наличии ранних зачатков правового регулирования отношений с так называемым иностранным элементом, определенных первоначал международного частного права.

Так, например, известно, что в памятнике древнерусского права – договоре князя Олега с греками 911 г. содержится специальная норма, касающаяся наследственных отношений русских, находящихся на службе в Греции у греческого царя (ст. 13): «Если кто из них умрет, не завещав своего имущества, а своих родственников у него в Греции не будет, то пусть возвратят его имущество ближайшим родственникам на Руси. Если же он составит завещание, то пусть тот, кому он написал распоряжение наследовать имущество, возьмет имущество и наследует в нем»².

¹ См., например: *Грaбарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. М., 1958.

² См.: *Зимин А.А.* Памятники русского права. Вып. I. М., 1952. С. 13, 35–41, 128.

- 3 Как полагал Л.А. Лунц, приведенная норма, имевшая целью воспрепятствовать захвату имущества византийскими властями, очевидно, имела предпосылкой то, что наследование здесь происходило по обычаю русских¹.
- 4 Кроме того, непосредственные указания на обычаи русских можно встретить также в договоре князя Игоря с греками 944 г. (в частности, ст. 6, 9, 14)².
- 5 Если обратиться к другому древнему источнику – Русской Правде, то и там можно найти ряд норм, касающихся торговых сделок с так называемыми «гостями» – чужеземными купцами³. Так, например, в пространной редакции по первому Троицкому списку говорится о праве «гостя» получать удовлетворение из имущества несостоятельного должника преимущественно перед «домашними» кредиторами (ст. 55).
- 6 Можно также обратиться к правовой практике Новгорода Великого, возникшей в условиях развивавшейся торговли с Западом. В этой связи можно сослаться на договор 1189–1199 гг. Новгорода с Готским берегом и немецкими городами. В этом договоре среди прочего говорится о беспрепятственном проезде новгородцев в немецкие города и на Готланд и о таком же проезде готландцев и немцев в Новгород, а также и о том, что чужестранца нельзя сажать за долги в тюрьму⁴.
- 7 Как известно, в последующем все более развивающиеся связи Новгорода Великого с Западом привели к возникновению в Новгороде Немецкого двора с его уставом, а также к заключению ряда договоров Новгородом и другими русскими городами с городами Ганзы⁵.
- 8 Все эти положения древнерусских памятников, направленные на охрану права чужеземцев, являются, по справедливому определению Л.А. Лунца, ранними зачатками международного частного права⁶.

¹ См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. М., 2002. С. 121–122.

² См.: Зимин А.А. Памятники русского права. Вып. I.

³ См.: Юшков С.В. Русская Правда. М., 1950.

⁴ См.: Зимин А.А. Памятники русского права. Вып. II. М., 1952. С. 124 и сл.

⁵ См. об этом подробнее: Лунц Л.А. Курс международного частного права. С. 122.

⁶ См. там же.

2.1.2. Становление науки международного частного права. Первые труды по международному частному праву – Д.И. Мейер, Н.П. Иванов

Как известно, потребность в использовании коллизионных правил получила конкретное практическое значение в России с середины XIX в. по мере развития российской внешней торговли. В отечественной науке международного частного права соответствующие проблемы разрабатывались главным образом в духе традиций континентальных коллизионистов (в отличие от тенденций, которые с 40-х гг. XIX в. определили развитие англо-американского МЧП)¹. 9

Инициатива в изучении международного частного права в России, в разработке его основных положений часто связывается с именем крупного отечественного правоведа-международника Ф.Ф. Мартенса. Более того, сам Мартенс дал основание для такого суждения, заявив в 1883 г. в Предисловии к изданию второго тома своего «Современного международного права цивилизованных народов»: «В первый раз излагаются в этом томе, на русском языке, международное частное и уголовное право»². 10

Но уже более чем за 30 лет до Ф.Ф. Мартенса международное частное право, а также и международное уголовное право были предметом исследования в отечественной научной литературе. 11

Приоритет в этом отношении принадлежит двум молодым исследователям, защитившим в 1850 г. в Петербургском университете магистерские диссертации на эту тему: **Благовещенскому** – «О действии государственных и гражданских законов в международном праве» и **Фаддею Бобровскому** – «О действии законов гражданских и уголовных одного государства в другом». К сожалению, диссертации остались в рукописи, и о них, и об их авторах в научной литературе почти ничего не известно. Однако и в печатном виде работы по данной проблематике на русском языке имелись в литературе задолго до появления курса международного права профессора Ф.Ф. Мартенса³. 12

¹ См. об этом: *Грaбарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 463–472; *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970. С. 119.

² *Мартенс Ф.Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. Т. II. СПб., 1883.

³ См. об этом: *Грaбарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права

- 13 Становление науки международного частного права в России неразрывно связано с Казанским университетом, ученым которого довелось сделать первые шаги в этой области. Казанский университет, по образному выражению профессора В.Э. Грабаря, явился в середине XIX в. «очагом развития этой отрасли международного права»¹.
- 14 Первый очерк международного частного права содержится в лекциях выдающегося цивилиста, профессора Казанского университета **Дмитрия Ивановича Мейера** (1819–1856), изданных после его смерти, впервые в 1858 г., сначала – в «Ученых записках Казанского университета», а затем – отдельно и более известных нам как «Русское гражданское право» Д.И. Мейера².
- 15 Международное право Мейер читал в течение пяти лет – с 1845 по 1850 г. Будучи видным ученым-цивилистом, Дмитрий Иванович не мог не заинтересоваться и вопросами, связанными с международным частным правом. В своих знаменитых лекциях по русскому гражданскому праву Мейер, касаясь вопросов действия законов относительно времени, места и лиц, анализировал коллизионные нормы. Этому вопросу посвящены § 11 и 12 «Чтений» Д.И. Мейера³.
- 16 «Если иметь в виду одну определенную местность, – отмечает Д.И. Мейер, – то применение законов к юридическим отношениям не представляет затруднения: в каждой местности должны действовать те законы, которые для нее изданы, с исключением законов общих в случае столкновения. Но люди беспрестанно переходят из одной местности в другую; встречается много юридических отношений, которые возникают в одной местности, а следствия их происходят совсем в другой; есть много таких юридических отношений, которые начинаются в одной местности, продолжаются в другой

в России. С. 468; Международное частное право: современные проблемы / Отв. ред. М.М. Богуславский. М., 1994. С. 44.

¹ См.: *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 331.

² См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. (Чтения Д.И. Мейера). Общая часть. Вып. I. Казань, 1858. Следует заметить, что «Чтения» Д.И. Мейера до 1917 г. выдержали 10 изданий и были самым популярным и распространенным учебным пособием в России. Более того, и в настоящее время труды Мейера переиздаются и пользуются большой популярностью. Так, например, издаваемая кафедрой гражданского права МГУ им. М.В. Ломоносова и издательством «Статут» серия «Классика российской цивилистики» была открыта именно «Русским гражданским правом» Д.И. Мейера (*Мейер Д.И.* Русское гражданское право: В 2 ч. По испр. и доп. 8-му изд., 1902 г. М., 1997. Серия «Классика российской цивилистики»).

³ См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. (Чтения Д.И. Мейера). Общая часть. Вып. I. С. 56–63.

и оканчиваются в третьей. Между тем, различные местности могут состоять под господством различных законов, даже под влиянием различных территориальных властей и вопрос о применении закона относительно места утрачивает первоначальную простоту»¹.

Далее Д.И. Мейер детально рассматривает теорию трех статутов – *statuta personalia*, *statuta realia* и *statuta mixta*, используя для этого многочисленные работы западных ученых, включая и Савиньи. Рассматривая вопросы состояния лица, Мейер делает достаточно смелые для своего времени заключения. «Так, – пишет Мейер, – все европейские законодательства не признают рабства, все законодательства Западной Европы не признают крепостного права. Потому, негр-невольник, прибывший в Европу, не признается рабом, а обслуживается как лицо свободное; крепостной человек за границей не считается крепостным»². Согласитесь, сказать такое в начале 50-х гг. XIX столетия в России – смелый и решительный поступок, достаточно ярко характеризующий профессора Мейера.

Д.И. Мейер считает, что законы местонахождения вещей «применяются к юридическим отношениям, касающимся самих вещей, недвижимых и движимых»³.

Далее автор делает интересное замечание: «Но нет достаточного основания, по которому бы движимое имущество должно следовать другим определениям, чем недвижимое...»⁴

Д.И. Мейер выводит «основное правило» при разрешении столкновений между законами различных местностей: «...Юридические отношения, признаваемые законами в одной местности, признаются законами и в другой, если особым определением законодательства этой другой местности не объявлена незаконность того или другого данного отношения»⁵.

«Главное правило относительно применения законов к лицам то, что законы, – считает Мейер, – должны быть применяемы ко всем одинаково, на сколько сами законы не определяют различия. Нарушения этого правила есть вопиющее нарушение закона и справедливости...»⁶

¹ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. (Чтения Д.И. Мейера). Общая часть. Вып. I. С. 56.

² Там же. С. 57–58.

³ Там же. С. 59.

⁴ Там же.

⁵ Там же. С. 62.

⁶ Там же. С. 63.

- 22 Вот в нескольких чертах те основные моменты, которые затронул в своих лекциях по русскому гражданскому праву Д.И. Мейер, касаясь коллизионных вопросов. Хотя изложение некоторых отдельных проблем коллизионного права носило еще схоластический характер, оно имело большое значение, поскольку было первым изложением вопросов международного частного права в отечественной юридической литературе¹.
- 23 Много позже, отмечая вклад Д.И. Мейера в науку МЧП, известный правовед Б.Э. Нольде писал: «Мейер открыл русской науке конфликтное право, притом по лучшему образцу, существовавшему в то время в западной литературе. За Мейером надо считать еще и вторую заслугу. Он первый попытался разместить в систематику конфликтных норм некоторые статьи наших законов гражданских...»²
- 24 Вопросы международного частного права затрагивались Д.И. Мейером и в ряде других его работ, в частности в его труде «Юридические исследования относительно торгового быта Одессы», изданном в 1855 г.³
- 25 Первым изложил коллизионные вопросы в своих лекциях Д.И. Мейер, а заслуга первого изложения коллизионного права в целом, как самостоятельной отрасли юриспруденции, принадлежит ученику Мейера, воспитаннику Казанского университета **Николаю Павловичу Иванову** (1839–1903).
- 26 Получив хорошие знания и по гражданскому, и по международному праву, Н.П. Иванов был подготовлен к тому, чтобы заняться научными исследованиями актуальных проблем международного частного права, выдвинутых самой жизнью. Профессор В.Э. Грабарь и профессор Д.И. Фельдман высказали верное, на наш взгляд, предположение, что к изложению начал международного частного права Иванов был вдохновлен лекциями великих цивилистов, читавших в его время международное право в Казанском университете⁴.

¹ См. об этом: *Луниц А.А.* Международное частное право. С. 119; Факультет, на котором учился Ленин / Под ред. Д.И. Фельдмана. 2-е изд., перераб. и доп. Казань, 1990. С. 90.

² *Нольде Б.Э.* М.И. Брун (1860–1916) и наука международного частного права в России // *Вестник гражданского права.* 1917. № 3–5. С. 10.

³ См.: *Мейер Д.И.* Юридические исследования относительно торгового быта Одессы. Казань, 1855.

⁴ См.: *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 331; *Фельдман Д.И.* К истории науки международного права в Казанском университете (1804–1917 гг.) // *Учен. записки Казан. ун-та.* Т. 116. Кн. 13. 1956. С. 42–43.

Диссертация Н.П. Иванова «Основания частной международной юрисдикции»¹, защищенная им в декабре 1864 г., а в 1865 г. опубликованная в «Ученых записках Казанского университета» (Т. I. Вып. II. С. 136–188) и отдельной книгой, является первой работой в отечественной науке международного частного права, где дана самостоятельная теория коллизионного права. Нужно заметить, что Н.П. Иванов был первым ученым в России, употребившим сам термин «международное частное право».

Отличаясь ясностью изложения и точностью языка, книга содержит достаточно убедительную критику западноевропейских теорий МЧП того времени. Придя к выводу, что ни одна из этих теорий не может быть безусловно принята в науке права, Иванов выдвинул собственную теорию международного частного (гражданского) права.

Прежде всего работа Н.П. Иванова интересна по своей композиции. По сути, ученый предлагает свой взгляд на систематику международного частного права. Сочинение включает следующие главы: «Постановка вопроса и исторический очерк его решения в действительной жизни и в теории» (Глава I. С. 1–19), «Основные начала частной международной юрисдикции» (Глава II. С. 19–25) и «Применение основных начал частной международной юрисдикции к отдельным юридическим институтам» (Глава III. С. 25–53), а именно: А. «Юридическое состояние лица»; В. «Вещное право»; С. «Юридические обязательства»; D. «Внешняя форма юридических актов». Работу Н.П. Иванова завершает «Заключение» (С. 53–55).

Интересен тот момент, что Иванов совершенно четко разграничивает так называемые межобластные и международные коллизии и считает, что они должны быть разрешаемы на принципиально различных основаниях².

Автор рассматривает в своей работе «вопрос о решении коллизии» и определяет его в общей форме: «При местном различии законов, по какому именно закону надлежит разрешать случаи таких юридических отношений, которые или возникли в месте господства иного права, или же в которых участвует лицо, принадлежащее другой местности с особым правом?»³

¹ См.: *Иванов Н.П.* Основания частной международной юрисдикции. Казань, 1865.

² См. там же. С. 3–6.

³ Там же. С. 5.

- 32 Н.П. Иванов приходит к выводу, что при разрешении «международных коллизий государство должно руководствоваться началами всеобщей справедливости...»¹.
- 33 В работе дается четкое разграничение между международным публичным правом и международным частным правом. «Международное право публичное, – пишет ученый, – определяет юридические отношения между самими государствами, а международное право частное определяет юридические отношения между частными лицами, принадлежащими различным государствам или же возникшие за границей»².
- 34 Очень интересен следующий вывод Н.П. Иванова. «Бесспорно, – пишет он, – законодательная власть государства может и даже обязана признавать в известных случаях, внутри своих территориальных пределов силу иностранных законов – этого требует интерес взаимного общения наций». И далее: «Но судьба есть не более как орган только местной власти государства – и потому отечественный закон должен оставаться единственным обязательным правилом для его деятельности. Если же судьбе иногда приходится к данному отношению прилагать иностранный закон, то это может быть сделано им лишь в силу прямого или предполагаемого постановления об этом со стороны отечественного законодательства»³.
- 35 Раскрывая основные начала «частной международной юрисдикции», Иванов замечает: «В основании юридических международных отношений лежат два начала: начало государственной самостоятельности и начало взаимного общения наций. Самостоятельность есть выражение политической личности государства. Она заключает в себе понятие государственной независимости и служит конечной целью политического развития нации»⁴.
- 36 Но в то же время Н.П. Иванов резко обрушивается на те страны, политика которых сводится к изоляционизму. В этой связи он полагает, что «государство, которое стремится к отчуждению от всех других государств, есть всеобщий враг для человечества и недостойно самого имени государства»⁵.

¹ См.: *Мейер Д.И.* Русское гражданское право. (Чтения Д.И. Мейера). Общая часть. Вып. I. С. 6.

² Там же.

³ Там же. С. 18.

⁴ Там же. С. 19.

⁵ Там же. С. 21.

«Во имя прав человечества, – считает Н.П. Иванов, – государства обязаны как сами вступать во взаимные отношения, так и содействовать сношениям своих подданных»¹. 37

Как уже было отмечено выше, Н.П. Иванов был противником непосредственного применения отечественным судьей иностранного закона без прямого указания на то отечественного законодательства. Но интересно следующее замечание ученого: «Судья, как сознательный орган государственной власти, имеет право и даже обязан толковать самый дух и направление отечественного законодательства, а отсюда для судьбы открывается возможность прилагать иностранные законы и к таким случаям, о которых прямо не упоминается в законодательстве и где это приложение может быть введено лишь путем логических умозаключений...»² 38

Детально рассмотрена Н.П. Ивановым проблема применения основных начал международного частного права к отдельным юридическим институтам. Этому вопросу посвящена гл. III его исследования. 39

В «Заключении» Иванов, оценивая значение международных договоров европейских государств в области МЧП, выражает надежду на то, что «посредством трактатов между отдельными государствами... мало-помалу образуется даже единое частное гражданское право Европы... которое является жизненной потребностью европейской гражданственности»³. В этой своей идее Н.П. Иванов предвосхитил будущие тенденции к унификации и гармонизации частного права в Европе, которые нашли свое выражение уже в XX в. 40

Вот таково, в самых общих чертах, содержание первой в России оригинальной работы по международному частному праву. 41

Оценивая ее значение, профессор В.Э. Грабарь справедливо отмечал: «Это была первая работа на русском языке по данному предмету, положившая начало развитию русской науки международного частного права. Однако этого достаточно, чтобы вспомнить с благодарностью имя ее автора»⁴. 42

Известный российский правовед Б.Э. Нольде также писал по этому поводу: ««Основания» – дата в истории международного 43

¹ См.: Мейер Д.И. Русское гражданское право. (Чтения Д.И. Мейера). Общая часть. Вып. I. С. 21.

² Там же. С. 24, 25.

³ Там же. С. 54, 55.

⁴ Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России. С. 331.

частного права в России... Иванов первый в русской литературе ясно и подробно изложил саму постановку вопроса о конфликтах. Формулы его ясны и точны»¹.

2.1.3. Основные концепции международного частного права в конце XIX в. – М.Н. Капустин, А.Н. Стоянов, К.И. Малышев

44 В истории науки международного частного права в России особую роль играют 70-е гг. XIX в. Именно в этот период начинается активная разработка основных проблем МЧП, именно в это время такие крупные ученые, как М.Н. Капустин, А.Н. Стоянов и К.И. Малышев, в своих трудах обращаются к актуальным вопросам молодой российской науки международного частного права, продолжая и развивая традиции, заложенные Д.И. Мейером и Н.П. Ивановым.

45 В 1873 г. свои взгляды на частное и уголовное международное право в конспекте лекций «Международное право» изложил известный правовед, директор Демидовского лицея в Ярославле М.Н. Капустин.

46 **Михаил Николаевич Капустин** (1828–1899) в течение 18 лет занимал кафедру международного права Московского университета. В марте 1870 г. он был назначен директором Демидовского лицея в Ярославле. В 1873 г. Капустин издал свой краткий курс международного права². Это первая появившаяся в России система международного права, система «оригинальная и интересная»³.

47 После М.Н. Капустина вопросы международного частного права рассмотрел в своей работе «Очерки истории и догматики международного права» профессор Харьковского университета А.Н. Стоянов. Эта книга вышла в свет в 1875 г. и представляла собой издание лекций, прочитанных Стояновым в 1873/74 учебном году студентам юридического факультета Харьковского университета⁴.

¹ Нольде Б.Э. М.И. Брун (1860–1916) и наука международного частного права в России // Вестник гражданского права. 1917. № 3–5. С. 11.

² См.: Капустин М.Н. Международное право: Конспект лекций. Ярославль, 1873.

³ См.: Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России. С. 297, 298.

⁴ См.: Стоянов А.Н. Очерки истории и догматики международного права. Харьков, 1875.

Андрей Николаевич Стоянов (1831–1907) занимает почетное место в истории науки международного права в России. И право на это ему дает единственная его работа, посвященная международному праву. Сам Стоянов был в Харьковском университете профессором истории важнейших иностранных законодательств. После же смерти известного международного Д.И. Каченовского Стоянову пришлось некоторое время читать студентам курс международного права. Результатом этих лекций и стали «Очерки истории и догматики международного права»¹. Именно в этой работе и помещен очерк международного частного права. 48

После А.Н. Стоянова продолжается разработка основных вопросов науки международного частного права, а инициатива в этом переходит уже к цивилистам. 49

Следующим важным этапом стали труды крупнейшего русского цивилиста второй половины XIX – начала XX в. К.И. Малышева, и прежде всего т. I его «Курса общего гражданского права России», вышедший в свет в 1878 г.² Эта работа отличалась, как писал профессор Л.А. Лунц, «большим совершенством формы изложения и охватом обширнейшего материала русского и иностранного права»³. 50

Исследователь жизни и научной деятельности К.И. Малышева профессор Г. М. Колоножников отмечал: «В свое время имя этого научного работника пользовалось громадной популярностью и авторитетом в ученом и судебном мире... Между тем заслуги Кронида Ивановича... громадны»⁴. 51

Кронид Иванович Малышев (1841–1907) – воспитанник Казанской духовной академии и юридического факультета Петербургского университета. Малышев известен прежде всего своими работами в области гражданского права и гражданского процесса. Именно этому ученому предстояло внести чрезвычайно большой вклад в отечественную науку международного частного права. 52

Подводя некоторый итог данному периоду, хотелось бы остановиться на тех аспектах в проблематике международного частного права, которые разрабатывались в трудах российских правоведов в 70-е гг. XIX в. 53

¹ См.: *Грaбapь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 326.

² См.: *Малышев К.И.* Курс общего гражданского права России. СПб., 1878. Т. I.

³ *Лунц Л.А.* Международное частное право. С. 120.

⁴ *Колоножников Г.М.* Кронид Иванович Малышев: Биография и характеристика. Томск, 1917. С. 1.

54 В этот период закладываются основы и вырабатываются главные направления отечественной доктрины международного частного права, оформляются две основные концепции понимания природы МЧП: международно-правовая (М.Н. Капустин и А.Н. Стоянов) и национально-правовая (цивилистическая), представленная в трудах К.И. Малышева.

55 Кроме того, активно разрабатываются вопросы как «международных», так и «межобластных» коллизий, что было чрезвычайно актуально для России того времени. Исследуется и проблема методологии науки международного частного права, используются такие методы исследования, как исторический и сравнительный. Это время значительно для молодой науки международного частного права и тем, что происходит становление самой системы науки МЧП, что свидетельствует о том, что она получает свое научное признание в России как объективная реальность времени.

2.1.4. Идея «международного общения» Ф.Ф. Мартенса

56 В 80–90-е гг. XIX в. в работах многих юристов-международников находит поддержку и свое дальнейшее развитие так называемая теория международного общения как основа международного права, как публичного, так и частного. Под международным общением, по определению Ф.Ф. Мартенса, понимался «свободный союз государств для достижения общими действиями полного развития своих сил и удовлетворения своих различных потребностей».

57 Именно эта теория и определяла развитие отечественной науки международного частного права в 80–90-е гг. XIX столетия. А наиболее яркими ее представителями явились крупнейшие российские ученые-международники Ф.Ф. Мартенс и В.П. Даневский.

58 В 1882–1883 гг. выходит в свет замечательный труд Ф.Ф. Мартенса «Современное международное право цивилизованных народов», на долгое время определивший пути и направления развития российской юридической науки, науки как международного публичного, так и международного частного права¹. Кроме того, этот

¹ См.: *Мартенс Ф.Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. Т. I. СПб., 1882. Т. II. 1883. Следует заметить, что уже в наше время этот фундаментальный труд был переиздан. См.: *Мартенс Ф.Ф.* Современное международное право цивилизованных народов: В 2 т. (по изд. 1904 г.) / Под ред. Л.Н. Шестакова. Т. 1; 2. М., 1996.

курс имел большое значение и для преподавания международного частного права на юридических факультетах университетов. Именно в этом труде Ф.Ф. Мартенс осуществил систематическую разработку вопросов международного частного права¹.

Фридрих Фромгольд (Федор Федорович) Мартенс (1845–1909) был выдающимся российским юристом и дипломатом, профессором международного права Петербургского университета, много сделавшим и на практике для развития международного права, публичного и частного². 59

Ф.Ф. Мартенс был «первым делегатом» России на Гаагских конференциях по кодификации международного частного права, избирался их вице-президентом. Под его председательством при Министерстве иностранных дел России в 1898 г. было создано Совещание из представителей разных ведомств, в задачу которого входило прежде всего рассмотрение программы работы Гаагских конференций и подготовка соответствующих предложений. 60

Теория международного общения как основание международного частного права нашла свое дальнейшее развитие и разработку в трудах видного юриста-международника XIX в., профессора международного права Харьковского университета В.П. Даневского. 61

Всезлод Пиевич Даневский (1852–1898) – воспитанник Московского университета. Позже он связал свою судьбу с Харьковским университетом, где с 1884 г. являлся ординарным профессором по кафедре международного права. «Независимый, открытый характер, с большой долей честолюбия, ясное мышление, лекторский талант, – пишет В.Э. Грабарь, – выдвигали его в первые ряды харьковской профессуры»³. 62

Будучи крупным специалистом в области международного права, В.П. Даневский не мог не откликнуться и на актуальные проблемы молодой науки международного частного права в России. 63

Еще в своей ранней, но достаточно серьезной работе (кстати, написанной автором в 24 года) под названием «Очерк новейшей 64

¹ См. об этом: *Луныц А.А.* Международное частное право. С. 120–122; *Международное частное право: современные проблемы / Отв. ред. М.М. Богуславский.* М., 1994. С. 45, 46.

² См. подробнее о Ф.Ф. Мартенсе: *Пустогоаров В.В.* «...С пальмовой ветвью мира». Ф.Ф. Мартенс – юрист, дипломат, публицист. М., 1993; *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 306–311.

³ *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 327, 328.

литературы по международному праву» В.П. Даневский, анализируя труды М.Н. Капустина и А.Н. Стоянова и их вклад в развитие науки МЧП, высказал и свои взгляды на понимание международного частного права¹. Он писал: «...Все учение о коллизии законов должно иметь основанием частные, гражданские и уголовные отношения людей различных государств, сталкивающихся между собой и долженствующих получать разрешение не на основании внутренних, часто друг другу противоречащих законов государств, а на соображениях общечеловеческих, рождающихся, так сказать, на международной территории, управляемой соображениями международного, а не государственного права»². Мы можем видеть здесь, как четко и определенно звучит позиция автора по вопросу об основаниях международного частного права.

65 Свою цельную и научно обоснованную концепцию понимания системы МЧП В.П. Даневский предложил в своем фундаментальном труде, хотя и с достаточно скромным названием – «Пособие к изучению истории и системы международного права»³. Очерк международного частного права помещен в выпуске II названной работы, вышедшем в свет в 1892 г.

66 Как уже было сказано выше, В.П. Даневский строил свою концепцию международного частного права на идее международного общения, продолжая, таким образом, традиции, заложенные в отечественной науке международного права Ф.Ф. Мартенсом.

67 В этот же период выходят в свет работы видного юриста-международника, профессора Киевского университета О.О. Эйхельмана.

68 **Оттон Оттонович Эйхельман** (1854–?) – профессор Киевского университета⁴. С 1885 г. он начал издавать свои лекции, в том числе и по международному частному праву⁵. Кроме того, О.О. Эйхельманом были составлены сборники международных трактатов, куда он включал и международные соглашения в сфере международного частного права⁶.

¹ См.: *Даневский В.П.* Очерк новейшей литературы по международному праву. СПб., 1876.

² Там же. С. 224, 225.

³ *Даневский В.П.* Пособие к изучению истории и системы международного права. Вып. II. Харьков, 1892.

⁴ См. подробнее: *Грaбарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 336–337.

⁵ См.: *Эйхельман О.О.* Введение в систему международного права. Вып. I. Киев, 1889.

⁶ См.: *Эйхельман О.О.* Хрестоматия русского международного права. Ч. I. Киев, 1887; Ч. II. 1889.

Подводя некоторые итоги, можно сказать, что 80–90-е гг. 19-го столетия стали определяющими для развития науки международного частного права в России, ибо эта наука получила новый, очень сильный толчок к своему дальнейшему развитию.

Главной в этот период, как в международном публичном, так и международном частном праве, стала идея международного общения. Именно на ее базе строили принципы и институты международного частного права крупнейшие его исследователи, такие, как Ф.Ф. Мартенс и В.П. Даневский, а также отчасти и О.О. Эйхельман.

Именно идея международного общения позволяет в указанный период занять господствующее положение концепции международно-правового понимания природы норм международного частного права и направить науку данной правовой области именно в этом направлении.

В это время происходит, если можно так выразиться, «интернационализация» международного частного права, юридическая мысль того времени вплотную подходит к необходимости кодификации и прогрессивного развития международного частного права.

2.1.5. Развитие международного частного права в начале XX в. – П.Е. Казанский, А.А. Пиленко, Б.Э. Нольде, М.И. Брун

Начало XX в. можно смело назвать периодом расцвета и бурного развития отечественной науки международного частного права. Реалии и насущные потребности России того времени, а именно: вступление страны в эпоху высокого развития капиталистических отношений, интенсивное развитие российской внешней торговли, активное проникновение иностранного капитала в Россию – все это требовало адекватного отражения в праве и соответственно подвигало юридическую науку к осмыслению явлений времени¹.

Именно это и привлекло в то время многих известных правоведов к изучению и разрешению проблем МЧП. В этот период появляется огромное количество журнальных и газетных статей по вопросам международного частного права. Работы печатались

¹ См. об этом подробнее: *Грaбарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 463–472; *Луниц Л.А.* Международное частное право. С. 122; *Международное частное право: современные проблемы* / Отв. ред. М.М. Богуславский. С. 46–47.

на страницах «Вестника гражданского права», «Журнала гражданского и уголовного права», «Журнала Министерства юстиции», «Журнала юридического общества», газеты «Право», «Юридического вестника» и ряда других.

75 Выходило много работ российских ученых за рубежом на иностранных языках. Кроме того, издавалось и много отдельных монографий по международному частному праву.

76 Большой вклад в развитие отечественной науки международного частного права внесли ученики профессора Ф.Ф. Мартенса, среди которых А.А. Пиленко, Л.А. Шалланд, Б.Э. Нольде и А.Н. Мандельштам, активно работавших в то время.

77 Выделялись также работы М.Я. Пергамента, М.И. Мыша, И.В. Гессена, Т.М. Яблочкова, С.М. Бараца и П.Н. Гусаковского¹.

78 Характерной чертой науки МЧП в России было то, что очерки международного частного права практически всегда включались в руководства и курсы по общему международному праву, начиная с работы М.Н. Капустина и заканчивая работами О.О. Эйхельмана, В.А. Ульяницкого и русским изданием «Международного права» известного немецкого ученого Ф. Листа (1902 г. и последующие переиздания под редакцией профессора В.Э. Грабаря)².

79 Таким образом, отечественная наука международного частного права в начале XX в. активно подключилась к осмыслению реалий России и решала их на достаточно высоком теоретическом и прикладном уровне.

80 Одним из крупнейших исследователей вопросов МЧП в России конца XIX – начала XX в. становится известный правовед и общественный деятель, профессор международного права Новороссийского университета П.Е. Казанский, предложивший свое, достаточно оригинальное видение проблем международного частного права.

81 **Петр Евгеньевич Казанский** (1866–1947) – воспитанник Московского университета. С 1893 по 1896 г. занимал кафедру международного права Казанского университета, затем с 1896 г. преподавал в Новороссийском университете (Одесса)³.

¹ См. об этом: *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 469–472.

² См. там же. С. 469.

³ См. там же. С. 340–342.

В 1901 г. в Одессе вышла работа П.Е. Казанского «Введение в курс международного права», в которой автор изложил свои взгляды и на международное частное право¹. 82

П.Е. Казанский не остановился на достигнутом, а продолжил свою исследовательскую работу в области МЧП. Результатом этой работы стал «Учебник международного права публичного и гражданского», вышедший в свет в Одессе в 1902 г. В 1904 г. вышло переиздание этого же учебника². 83

В 1902 г. профессор В.Э. Грабарь предпринял попытку переиздать в России курс известного немецкого юриста-международника Франца Листа под названием «Международное право в систематическом изложении». Эта попытка, к счастью, оказалась чрезвычайно удачной и имела своим продолжением многие переиздания в России данного руководства. 84

Следуя российским традициям, профессору В.Э. Грабарю пришлось дополнить курс Ф. Листа очерком международного частного права, для чего он обратился сначала к А.А. Пиленко, а затем к Б.Э. Нольде. Для издания 1917 г. обещал подготовить свой очерк М.И. Брун, но он скончался, не успев завершить работу³. 85

Первый очерк международного частного права был подготовлен для издания курса Ф. Листа приват-доцентом, впоследствии профессором, занявшим кафедру международного права в Петербургском университете А.А. Пиленко. Он был составлен им, как уже было сказано выше, по просьбе профессора В.Э. Грабаря для первого русского издания «Международного права» Ф. Листа, где и был помещен⁴. 86

Александр Александрович Пиленко (1873–1956) – один из самых талантливых учеников профессора Ф.Ф. Мартенса, внесший большой вклад в науку международного права. Богато одаренный от природы, он уже в студенческие годы публикует ряд интересных работ⁵. 87

¹ См.: *Казанский П.Е.* Введение в курс международного права. Одесса, 1901.

² См.: *Казанский П.Е.* Учебник международного права публичного и гражданского. 2-е изд. Одесса, 1904.

³ См. об этом: *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 469.

⁴ См.: *Пиленко А.А.* Очерк частного международного права // *Лист Ф.* Международное право в систематическом изложении / Пер. под ред. В.Э. Грабаря. Юрьев, 1902. С. 371–404.

⁵ О деятельности и научных работах А.А. Пиленко см. подробнее: *Зарубинский Г.М., Ставинский Е.Н.* К 125-летию со дня рождения российского правоведа Алек-

88 В «Очерке» А.А. Пиленко дает свое оригинальное понимание природы международного частного права, рассматривает целый ряд теоретических проблем. «Очерк» включает в себя: «Введение», где анализируются вопросы природы международного частного права, публичного порядка и юридической квалификации; «Исторический очерк развития международного частного права», «Личные права», «Семейное право», «Обязательственное право» и «Вещные права», в том числе и наследственное право.

89 Одним из крупнейших исследователей проблем международного частного права в России в начале XX в. был ученик школы Ф.Ф. Мартенса профессор Александровского лицея и Петербургского политехнического института **Борис Эммануилович Нольде** (1876–1948)¹.

90 Б.Э. Нольде известен своим «Очерком международного частного права», помещенным в курсе международного права Ф. Листа – В.Э. Грабаря, по которому учились несколько поколений российских юристов, и целым рядом статей по проблемам международного частного права². «Очерк» был помещен во 2-м (1909) и 3-м (1912) изданиях курса на русском языке³. Достоинство этой работы состоит в том, что Б.Э. Нольде попытался дать свод «русских коллизионных норм» и сделал это на чрезвычайно высоком уровне⁴.

сандра Александровича Пиленко // Изв. вузов. Правоведение. 1999. № 2; *Стародубцев Г.С.* Международно-правовая наука российской эмиграции (1918–1939). М., 2000.

¹ О Б.Э. Нольде подробнее см.: *Жильцов А.Н., Муранов А.И.* IN MEMORIAM. А.Н. Макаров, Б.Э. Нольде, В.Н. Дурденевский, Г.Е. Вилков, Д.Ф. Рамзайцев // Международное частное право: иностранное законодательство. М., 2000. С. 54–57. О деятельности и научных работах Б.Э. Нольде в эмиграции после 1917 г. см.: *Стародубцев Г.С.* Международно-правовая наука российской эмиграции (1918–1939); *Садиков О.Н.* Из истории юридической науки в России: барон Б.Э. Нольде (1876–1948 гг.) // Государство и право. 2002. № 1. С. 90–93.

² См., в частности: *Нольде Б.Э.* Очередные вопросы международного частного права // Вестник гражданского права. 1914. № 2.

³ См.: *Нольде Б.Э.* Очерк частного международного права // *Лист Ф.* Международное право в систематическом изложении / Пер. под ред. В.Э. Грабаря. Юрьев, 1909; *Он же.* Очерк частного международного права // *Лист Ф.* Международное право в систематическом изложении / Под ред. В.Э. Грабаря. Юрьев, 1912.

⁴ См. подробнее: *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного права в России. С. 470; *Лунц Л.А.* Международное частное право. С. 122; *Международное частное право: современные проблемы* / Отв. ред. М.М. Богуславский. С. 47.

«Очерк» Б.Э. Нольде включает в себя следующие разделы: Глава I «Основные понятия»; Глава II «Общие учения»; Глава III «Лица»; Глава IV «Вещные права»; Глава V «Обязательственное право»; Глава VI «Семейные права»; Глава VII «Наследование»; Глава VIII «Процесс».

Б.Э. Нольде явился одним из первых в отечественной науке международного частного права, рассмотревшим такие актуальные вопросы, как выбор суда и закона, строение коллизионной нормы, вексельное обращение, внедоговорные обязательства и многие другие. На наш взгляд, с полным основанием можно назвать Б.Э. Нольде одним из создателей терминологического и методологического аппарата отечественной науки МЧП.

В период 1911–1916 гг. вышел ряд работ преподавателя Московского коммерческого института М.И. Бруна, посвященных вопросам международного частного права.

Михаил Исаакиевич Брун (1860–1916) является одним из крупнейших историков и теоретиков международного частного права в России. Его многочисленные работы по отдельным вопросам международного частного права (о безвестном отсутствии в международном частном праве, форме сделок, публичном порядке, национальности юридических лиц и т.д.) были основаны на тщательном исследовании первоисточников, сравнительном изучении материального гражданского права различных стран и на критическом анализе западных доктрин¹.

Еще в 1896 г. в «Энциклопедическом словаре Брокгауза и Ефрона» был помещен очерк международного частного права М.И. Бруна². В этой работе ученый уже наметил ряд проблем в области международного частного права, которые он детально рассмотрит в своих последующих трудах.

Наибольшую известность получили две поздние работы М.И. Бруна – «Очерки истории конфликтного права» и «Введение в международное частное право», вышедшие в свет в 1915 г.³.

В «Очерках» М.И. Бруном были рассмотрены: I. «Конфликтное право постгlossаторов (XIII–XV вв.)»; II. «Теория статутов (XVI–XVIII вв.)».

¹ См. подробнее: Луиц Л.А. Международное частное право. С. 122.

² См.: Брун М.И. Международное частное право // Энциклопедический словарь Брокгауза и Ефрона. СПб., 1896. Т. XVIII А. Кн. 36.

³ См.: Брун М.И. Введение в международное частное право. Пг., 1915; Он же. Очерки истории конфликтного права. М., 1915.

- 98 Главным же трудом М.И. Бруна, несомненно, стало «Введение в международное частное право», представляющее по своему содержанию лекции ученого, читанные в Московском коммерческом институте в 1908–1916 гг.
- 99 Из других работ исследуемого периода необходимо отметить прежде всего двухтомный труд ученика Ф.Ф. Мартенса, работника Министерства иностранных дел России **Андрея Николаевича Мандельштама** (1869–1949) «Гаагские конференции о кодификации международного частного права», вышедшее в свет в 1900 г.¹ Этот труд включает в себя великолепный очерк истории доктрин международного частного права, вопросы об источниках, методе, кодификации, публичном порядке и др.
- 100 Представляет большой интерес и работа **Владимира Эммануиловича Грабаря** (1865–1956) «Римское право в международно-правовых учениях» 1901 г.² В ней приведен огромный фактический материал по истории римского права, работам глоссаторов и постглоссаторов, по вопросам зарождения международного частного права.
- 101 В области международного гражданского процесса особый интерес, несомненно, представляет работа профессора Демидовского лицея **Тихона Михайловича Яблочкова** (1880–1926) «Курс международного гражданского процессуального права», вышедшая в Ярославле в 1909 г.³
- 102 Работа включает разделы: I. «Общее учение о применении иностранных законов в России» (С. 18–32); II. «Процессуальная право- и дееспособность иностранцев в России и компетенция русских судов» (С. 32–58); III. «Ход процесса при участии иностранца» (С. 59–147); IV. «Взаимная помощь судов» (С. 148–168); V. «Исполнение решений иностранных судов» (С. 169–212).
- 103 Из работ указанного периода можно выделить также работу приват-доцента Московского университета В.А. Краснокутского «Международное частное право», представляющую собой курс коллизионного права, прочитанный автором по поручению факультета⁴.

¹ См.: *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права: В 2 т. СПб., 1900.

² См.: *Грабарь В.Э.* Римское право в международно-правовых учениях. Юрьев, 1901.

³ См.: *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. Ярославль, 1909.

⁴ См.: *Краснокутский В.А.* Международное право частное: Пособие к лекциям. М., 1910.

Кроме того, следует указать на работы по международному частному праву приват-доцента Петербургского университета **Льва Адамировича Шалланда** (1870–1919), также внесшие существенный вклад в развитие науки международного частного права в России¹. 104

Подводя итог исследованию работ и доктрин российских ученых начала XX в. в области МЧП, необходимо отметить следующие моменты. 105

Во-первых, начало XX в. знаменует собой расцвет российской науки международного частного права и разработку ее самых насущных вопросов. 106

Во-вторых, в этот период происходит оформление и создание терминологического, понятийного и методологического аппарата науки международного частного права. Рассматриваются вопросы публичного порядка и отсылки, объема норм и строения коллизионных норм, юридической квалификации и многое другое. 107

В-третьих, продолжают споры и дискуссии о природе норм международного частного права: внутригосударственная концепция понимания международного частного права (Б.Э. Нольде), международно-правовая концепция (П.Е. Казанский, А.А. Пилленко, А.Н. Мандельштам), кроме того, выдвигается и внутригосударственная публично-правовая концепция (коллизионная) (М.И. Брун). 108

В-четвертых, все без исключения правоведы выступают за кодификацию и прогрессивное развитие международного частного права, за заключение международных договоров в области международного частного права. 109

Все это говорит о том, что в начале XX в. российская наука международного частного права окончательно оформилась как самостоятельная отрасль правоведения, активно заявила о себе и наметила дальнейшие пути своего развития. 110

Однако отечественная история после 1917 г. внесла объективные коррективы в направления и перспективы развития науки международного частного права в России. 111

¹ См.: Шалланд Л.А. О современных течениях в науке частного международного права // Право. 1901. № 45.

2.1.6. Послереволюционный период развития международного частного права — А.Н. Макаров, И.С. Перетерский, А.Г. Гойхбарг, В.М. Корецкий, Л.А. Лунц

- 112 Послереволюционный период развития отечественной науки международного частного права (с 1917 г.) отражает радикальные общественно-политические и социально-экономические преобразования, затронувшие нашу страну в это время. В этот период кардинально пересмотрены цели и задачи науки международного частного права, переосмыслены ее методология и систематика. Наука международного частного права стала базироваться в основном на идеологических позициях.
- 113 Основополагающие начала советской науки международно-го частного права были заложены в 20–30-е гг. XX в. в работах А.Н. Макарова, И.С. Перетерского, А.Г. Гойхбарга, В.М. Корецкого, С.Б. Крылова и др.
- 114 Один из первых отечественных учебников советского периода по международному частному праву принадлежал перу профессора Ленинградского института народного хозяйства **Александра Николаевича Макарова** (1888–1973). Эта работа получила название «Основные начала международного частного права» и была издана в 1924 г.
- 115 Под международным частным правом профессор А.Н. Макаров понимал прежде всего коллизионное право. Исходя из концепции самостоятельного и раздельного существования международного и внутригосударственного (национального) правопорядка, А.Н. Макаров разграничивал в этой связи международные и внутригосударственные коллизионные нормы.
- 116 Заслуживает внимания определение международного частного права, данное ученым. Как полагал А.Н. Макаров, «под международным частным правом надлежит понимать совокупность правовых норм, определяющих пространственные пределы действия разноместных гражданских законов». В этой связи А.Н. Макаров писал, что «правовые нормы, определяющие пространственные пределы действия разноместных законов, называются нормами коллизионными или конфликтными». Коллизионная норма, по мнению А.Н. Макарова, лишь указывает на то материальное право, которое должно быть положено в основу обсуждения спор-

ного правоотношения, отнюдь не разрешая спора по существу. Коллизионное право – это право о праве: указав на компетентное для обсуждения правоотношения законодательство, оно умолкает, потому что за этим указанием и исчерпывается то, что от него требуется. Все дальнейшее, считал ученый, разрешает компетентная норма материального права¹.

Значительная роль в становлении советской доктрины международного частного права принадлежала профессору **Ивану Сергеевичу Перетерскому** (1889–1956). В 1924 г. вышли его статья, посвященная исходным началам международного частного права РСФСР, а также книга «Очерки международного частного права РСФСР», имевшие большое значение для определения ключевых позиций отечественного международного частного права. Следует сказать, что «Очерки» профессора И.С. Перетерского представляли собой одну из первых попыток систематизации международного частного права РСФСР. 117

Профессор И.С. Перетерский стоял на позициях отрицания так называемого общего международного частного права, полагая, что первостепенное значение в данной сфере имеет национальное (внутреннее) законодательство государства. Заслугой И.С. Перетерского является то, что он достаточно подробно проанализировал ключевые проблемы международного частного права (понятие публичного порядка, пределы применения иностранного закона, экстерриториальное действие законов РСФСР, вопросы международного гражданского процесса и др.). 118

При этом, как справедливо отмечается в литературе, «Очерки» И.С. Перетерского были написаны автором с ярко выраженных марксистско-ленинских позиций². Профессор И.С. Перетерский указывал, что международное частное право РСФСР является правом переходного периода, правом классовым, советским, представляющим собой «компромисс лагеря капитализма и лагеря социализма». 119

Знаменательным событием в развитии отечественной науки международного частного права явилась работа **Александра Григорьевича Гойхбарга** (1883–1962) «Международное право», 120

¹ См.: *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. М., 1924. С. 7–8.

² См.: *Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой.* М., 2000. С. 60. (автор раздела – Г.С. Стародубцев).

опубликованная в 1928 г.¹ Указанная работа была практически полностью посвящена вопросам международного частного права, затрагивая при этом и смежную проблематику. В этой связи А.Г. Гойхбарг отмечал, что «частное международное право, обнимая собою, главным образом, вопросы коллизий законов, имеет отношение не только к случаям коллизии законов, касающихся гражданского права. Настоящая книга будет поэтому касаться не только вопросов гражданского права, но и целого ряда других областей. В нее войдут рассмотрение правового положения иностранцев, коллизия законов о подданстве, вопросы гражданского права и процесса; отчасти и вопросы, касающиеся налогов. В нее будут включены и главнейшие данные, касающиеся интернационализации соответствующих положительных постановлений, то есть установления общего положительного права для целой группы государств, как-то: международные соглашения (союзы), касающиеся авторского права, патентного права и т.п.»².

121 Таким образом, можно сказать, что А.Г. Гойхбарг стоял на позиции необходимости исследования вопросов общего и публично-частного характера, поскольку сам ученый полагал, что международным частным правом в значительной степени охватываются и отношения публичного характера.

122 Анализируемый период в развитии отечественной науки МЧП отмечен также выходом в свет работ таких видных ученых, как **С.Б. Крылов**³ (1888–1958), **С.И. Раевич**⁴ и др.

123 Значительный вклад в развитие актуальных проблем международного частного права внес профессор **Владимир Михайлович Корецкий** (1890–1984). Его перу принадлежат, в частности, такие фундаментальные работы, как: «Проблемы международного частного права в договорах, заключенных советскими республиками с иностранными государствами» (1922); «Оговорка о взаимности в международном частном праве» (1925); «Акционерное общество или товарищество с ограниченной ответственностью» (1923); «Униформизм в праве» (1927); «Очерки международного хозяй-

¹ См.: *Гойхбарг А.Г.* Международное право. М., 1928.

² Там же. С. 11.

³ См.: *Крылов С.Б.* Международное частное право: Пособие к лекциям. Л., 1930. Следует отметить также совместный учебник двух авторов: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право: Учебник. М., 1940. Этот учебник был переиздан в 1959 г.

⁴ См.: *Раевич С.И.* Международное частное право. М., 1932.

ственного права» (1928); «Международное радиоправо» (1928); «Международное хозяйственное право» (1928).

В.М. Корецкий является также автором такого замечательно- 124
го труда, ставшего классикой отечественной юридической науки,
как «Очерки англо-американской доктрины и практики междуна-
родного частного права» (1948).

Огромный вклад в развитие отечественной науки междунаро- 125
дного частного права внес профессор **Лазарь Адольфович Лунц**
(1892–1979), главным трудом которого является трехтомный «Курс
международного частного права». Эта фундаментальная работа,
изданная первоначально в 1959 (т. 1), 1963 (т. 2) и 1966 (т. 3) гг., яви-
лась результатом многолетней научно-исследовательской и практи-
ческой деятельности Л.А. Лунца. Следует подчеркнуть, что в 1970 г.
этот труд был удостоен Государственной премии СССР. Впослед-
ствии все тома курса были переизданы (в 1973, 1975 и 1976 гг.). И в
настоящее время «Курс» профессора Л.А. Лунца не утерять сво-
его значения, подтверждением чему является новое переиздание,
посвященное юбилею Л.А. Лунца, предпринятое в 2002 г. изда-
тельством «Спарк».

2.2. ИСТОРИЯ ВОЗНИКНОВЕНИЯ И РАЗВИТИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

2.2.1. Истоки международного частного права в Древнем мире

Современное международное частное право является резуль- 126
татом длительной исторической эволюции, поэтому понять его
содержание можно лишь в контексте его истории.

Истоки МЧП можно обнаружить еще в Древнем мире. В этот 127
период появление коллизионной проблематики связано с торго-
выми и семейными отношениями, содержащими иностранный
элемент. Коллизионные проблемы стали возникать по мере того,
как развивались торговые и семейно-брачные связи между пред-
ставителями различных сообществ (племен, поселений, городов-
государств, областей). Таким образом, главным социально-эконо-
мическим фактором возникновения МЧП в Древнем мире стал
международный торговый и частнопредметный оборот.

- 128 Опираясь на данные антропологии и истории первобытного общества, можно говорить о дальнейшем прообразе МЧП в лице междуплеменного права. В рамках междуплеменного права сформировались три таких института, как институт экзогамии¹, институт мены и институт гостеприимства².
- 129 При наличии кровного родства браки в пределах большинства кланов постепенно были признаны недопустимыми, и был установлен принцип внеплеменных браков (экзогамия)³. Поскольку отношения между кланами становились все более сложными, постепенно выкристаллизовалась целая система междуплеменных норм, которая весьма детально регулировала степень родства кланов.
- 130 Еще одним институтом, ставшим прообразом международной торговли, была в древнем обществе мена. Вследствие объективной необходимости установления порядка обмена товарами в древнем обществе постепенно формируются принципы допустимости торгового оборота с чужими племенами и признания безусловной силы за началом правовой защиты как чужого имущества, так и личной неприкосновенности иностранца⁴.
- 131 Институт гостеприимства также важный институт междуплеменного права. Несмотря на то, что чужеземец находился вне племенного правопорядка, гостеприимство имело в примитивной жизни народов чрезвычайно большое значение. Так, например, у некоторых племен существовал обычай, позволявший чужеземцу выбрать себе среди членов племени своего покровителя, который был обязан защищать своего гостя.
- 132 Итак, период междуплеменного права можно рассматривать как предысторию МЧП.
- 133 Первый период истории МЧП связан с поиском универсальных принципов частного права, с помощью которых можно было бы регулировать правоотношения с иностранным элементом. Для этого периода были характерны следующие моменты: 1) ранние правовые системы рассматривали коллизионные вопросы, возникавшие между этими системами, как вопросы политического свойства; 2) поскольку интенсивность взаимодействия между древними сообществами была еще относительно невысокой, судьи были

¹ Экзогамия – характерный для первобытнообщинного строя запрет браков в пределах одной родственной группы.

² См.: Циммерман М. История международного права. Прага, 1924. С. 26–37.

³ См. там же. С. 29.

⁴ См. там же. С. 32.

склонны решать коллизионные вопросы с помощью применения права суда (*lex fori*); 3) иногда коллизионные вопросы решались на основе заключенных международных соглашений.

Еще во времена античности древние законодатели и судьи сталкивались с необходимостью определения пределов действия своего права по отношению к иностранцам. Несмотря на то, что в античном мире право в целом рассматривалось как имеющее божественное происхождение и не существовало четкого различия между его религиозной стороной и теми нормами, которые носили сугубо светский характер, древние народы не распространяли действие своего права на всех иностранцев без исключения. 134

В этой связи некоторые авторы даже полагают, что Библия содержит в себе ряд норм, которые можно отнести к области МЧП. Так, в Ветхом Завете содержатся коллизионные нормы, указывающие на то, какая часть Закона Моисея должна применяться к иностранцам, находящимся на территории под контролем Израиля. 135

В Древнем Египте иностранным купцам позволялось выбирать местных судей, и даже судей своей национальности, для рассмотрения торговых споров в соответствии с их иностранным правом. Отдельные авторы даже утверждают, что первые известные в истории человечества коллизионные нормы возникли в Египте эпохи Птолемеев¹. В этой связи особый интерес представляет содержание папируса, затрагивающего вопросы юрисдикции судов Египта и Греции, найденного внутри мумии крокодила². Как следует из этого папируса, в котором содержится ряд эдиктов, принятых в 120–118 гг. до н.э., египтянам разрешалось подавать иски в египетских судах на греков по поводу договоров, составленных на древнем египетском языке. На основании анализа данных эдиктов некоторые историки обосновывают наличие в праве Древнего Египта неких имплицитных коллизионных норм. В соответствии с одной из таких коллизионных норм выбор языка договора должен рассматриваться в качестве коллизионной привязки, указывающей, пусть даже опосредованно, на применимое право. Еще одним принципом коллизионного права в Древнем Египте, нашедшим отражение в эдикте, был принцип автономии воли сторон договора. 136

¹ Juenger F. Choice of Law and Multistate Justice. Martinus Nijhoff Publishers, 1993. P. 7–8.

² Yntema H. The Historic Bases of Private International Law // American Journal of Comparative Law. 1953. Vol. 2. P. 297–300.

- 137 Вместе с тем другие ученые оспаривают значимость упомянутых эдиктов для коллизионного права, поскольку, по их мнению, эти эдикты представляют собой не более чем «политический жест», направленный на сохранение минимальной занятости египетских судов.
- 138 Согласно историку права Павлу Виноградофф (Paul Vinogradoff) МЧП возникло в Древней Греции около IV в. до н.э. Вместе с тем Виноградофф применительно к праву Греции использовал термин «международное частное право» не столько в качестве коллизионного права, сколько в смысле существования общего частного права Греции, основывавшегося на общепринятых принципах и торговых обычаях. По мнению Артура Куна, в Древней Греции была создана особая система юрисдикции для иностранцев, позволяющая нам говорить о существовании полноценного МЧП¹. В соответствии с этой системой иностранцы-резиденты (*metoikoi*) находились под юрисдикцией специальных магистратов (*zenokidai*), занимавшихся рассмотрением частнопрововых исков с участием таких иностранцев. Иногда магистраты даже применяли коллизионную норму *lex loci contractus*, когда речь шла о спорах, связанных с разным домицилием или происхождением сторон спора. В ряде случаев могло применяться право домицилия ответчика. Часто стороны договора фиксировали в нем вопросы юрисдикции и применимого права.
- 139 Кроме того, древнегреческие города-государства заключали друг с другом множество договоров, с помощью которых создавались материальные нормы, применимые к спорам между гражданами этих городов-государств.
- 140 Выдающийся российский историк М.И. Ростовцев в своей работе «Международные отношения и международное право в древнем мире» (1921) высказал мнение, что «древнейшими формами международных отношений были отношения гостеприимства между отдельными лицами, принадлежащими к разным государствам», которые, собственно говоря, и стали базой будущего международного частного права².
- 141 По мнению этого ученого, МЧП пышно расцвело в Греции уже к VI в. до н.э. «Самые широкие межгосударственные деловые отношения, – писал Ростовцев, – поощрялись большинством греческих

¹ Kuhn A. Comparative Commentaries on Private International Law or Conflict of Laws. New York, 1937. P. 1–2.

² Цит. по: Стародубцев Г.С. Указ. соч. С. 111.

городов... были организованы особые суды, разбиравшие дела неграждан с гражданами. Они руководствовались не столько действующим правом данного города, сколько специальными соглашениями, существовавшими на этот предмет между отдельными городами, т.е. коммерческими трактатами¹.

М.И. Ростовцев подметил также тот интересный факт, что в области гражданских отношений эллинистический мир постепенно перешел от стадии «сепаратных законодательств» к «нормам права, в принципе одинаковым во всех частях эллинистического мира». Иными словами, Ростовцев обратил внимание на то, что и в древнем мире имел место тот процесс, который мы теперь называем унификацией. «Если принять во внимание тот факт, что в эпоху эллинизма взаимный обмен продуктами стал действительно мировым, что в крупных торговых центрах встречались и сожительствовали граждане и подданные почти всех более значительных государств, что переселение людей из одних центров в другие для развития более интенсивной деятельности (вспомним еврейское рассеяние) сделалось обычным явлением, то ясным станет необходимость создания общего международного частного права»².

Одни историки права иногда связывают появление международного частного права в Древнем Риме с фактом существования *ius gentium* (права народов), другие же отрицают существование древнеримского МЧП.

Поскольку граждане Рима активно взаимодействовали с другими племенами, народами и странами, коллизионные проблемы должны были возникать регулярно. Однако в источниках римского права, прежде всего в Кодексе Юстиниана (*Corpus Iuris Civilis*), мы почти не находим какой-либо информации о коллизионном праве. Такое состояние дел объясняется, главным образом, тем, что в случае коллизионных проблем римское право отдавало предпочтение системе универсального права в виде *ius gentium*, а не системе коллизионных норм. В то же время в римском праве получила развитие концепция «личного закона» (персонального статута), относящаяся к коллизионной проблематике. По крайней мере в некоторых категориях дел статус ответчика в римских судах определялся его «личным законом», т.е. согласно праву его гражданства (*origio*) или домицилия. Так, например, римское гражданское право (*ius civile*) применялось к спорам между римскими гражданами, а карфаген-

¹ Цит. по: Стародубцев Г.С. Указ. соч. С. 111.

² Там же. С. 111–112.

ское право – к спорам между гражданами Карфагена. Римское право как бы следовало за гражданином Рима, где бы он ни находился, что рассматривалось как особо ценная личная привилегия.

145 Как известно, ключевую роль в формировании *ius gentium* сыграл претор peregrинов (*praetor peregrinus*), который, полагаясь на юридическое воображение, греческие принципы права и принципы добросовестности и справедливости, создал систему универсальных норм, охватывавших все человечество¹. В «Дигестах Юстиниана», например, говорится, что «право народов – это то, которым пользуются народы человечества; можно легко понять его отличие от естественного права: последнее является общим для всех животных, а первое – лишь для людей (в их отношениях) между собой»².

146 Вместе с тем *ius gentium* изначально являлось частью римского права, из которого оно черпало свою обязательную силу.

147 Содержание норм и принципов *ius gentium* в отличие от *ius civile* было менее формальным и ригидным. Эти нормы были созданы специально для решения дел международного характера и были весьма внимательны по отношению к обычаям различных народов. *Ius gentium* в целом основывалось на идее общего фундамента различных юридических традиций.

148 Даже после эдикта Каракаллы (212 г. н.э.) *ius gentium* не утратило своего значения. Став частью *ius civile*, придав ему динамизм и заметный оттенок космополитизма, именно *ius gentium* создало предпосылки для возрождения римского права в период Средневековья.

149 Некоторые нормы МЧП могли также содержаться в двусторонних договорах, которые Рим заключал с другими странами. Так, например, в договоре между Римом и Карфагеном (509 г. до н.э.) содержалось положение, гарантирующее взаимную защиту коммерческих прав.

150 Пожалуй, главной мыслью, которой обязано МЧП античности, является мысль об универсальности и общечеловеческой природе частноправового регулирования правоотношений с иностранным элементом.

¹ Благоприятные условия для формирования *ius gentium* сложились после второй Пунической войны (218–201 г. до н.э.), когда Рим стал ведущей политической державой, под покровительством которой могла спокойно развиваться международная торговля.

² Дигесты Юстиниана. М., 2002. С. 83.

2.2.2. Международное частное право в период Средневековья

Германские племена, разрушившие Римскую империю, принесли с собой свое собственное право, не искоренив при этом право завоеванных ими народов. Германские племена не мешали покоренным римлянам жить по нормам римского права, тогда как каждое германское племя продолжало регулировать свои частно-правовые отношения по своему праву (например, в соответствии с салической, лангобардской или баварской «правдой»). Соответственно завоеватели и завоеванные народы жили совместно на территориях, принадлежавших когда-то Риму, подчиняясь различному праву. Как писал в 817 г. в одном из своих писем архиепископ Лиона св. Агобард, «часто происходит так, что пять человек, каждый из которых подчиняется различному праву, могут идти или сидеть вместе за одним столом».

Особенно часто коллизионные проблемы стали возникать в связи с межплеменными браками. Поскольку каждое лицо считало законом только «правду» своего племени, приходилось учитывать племенное право всех сторон семейно-брачных отношений. Так, например, для вступления в брак было необходимо, чтобы жених имел на то право по своему племенному праву; однако размер выкупа невесты из-под власти опекуна определялся по ее племенной «правде»¹. Обязательство имело силу тогда, когда оно было согласовано с племенной «правдой» ответчика. Каждое лицо должно было знать, по какому праву оно живет; и изменить это свое объективное право было нельзя².

По мере развития феодализма народы Европы из массы соплеменников превращаются в массу ленников. Поскольку весь общественный строй зиждился на землевладении и прикреплении человека к земле, на смену порядку, когда каждый жил по своему личному закону, приходит порядок, при котором все живут по закону территории, на которой они находятся. В МЧП персональный принцип уступает место принципу территориальности. Во времена Средневековья западные системы права подверглись процессу фрагментации, который был связан с параллельным

¹ См.: Брун М.И. Международное частное право (Курс, читанный в Московском Коммерческом Институте 1910–1911). М., 1911. С. 45.

² См. там же. С. 45–46.

процессом политической фрагментации, характерной для феодального общества. Вместо единой системы права сформировалось множество различных правовых систем. По большей части эти правовые системы мирно сосуществовали, а возникавшие между ними коллизии решались в соответствии с личным статутом и юрисдикцией, определявшей статус данного лица. Применимое право определялось с помощью таких критериев, как гражданство, место рождения или домицилий. Для отдельных социальных и профессиональных групп существовали независимые правовые системы. Так, например, члены Римской церкви подлежали каноническому праву и им позволялось ссылаться на привилегию персональной юрисдикции перед церковными судами. Аналогичным образом купцы создали подобную систему привилегий для решения торговых споров в виде отдельной системы купеческих судов, применявших купеческое право. В этот период возникло также особое морское право, независимое от национальных систем права.

154 Таким образом, в средневековом обществе уживались такие системы права, как *ius commune*, в основе которого лежало римское право, феодальное право и городское право, а критерием их применения являлся территориальный принцип (*ius proprium*).

155 Особое место в истории МЧП занимает средневековое торговое право (*lex mercatoria* или *ius mercatorum*)¹.

156 *Lex mercatoria* (или *ius mercatorum*) сформировалось на рубеже XI–XII вв., в основном в пределах Европы. Важным элементом средневекового *lex mercatoria* было *lex maritima* (морское право), представлявшее собой совокупность обычаев и обыкновений в области торгового мореплавания. *Lex maritima* было постепенно кодифицировано в такие сборники морского права, как Олеронский судебник *Rôles d'Oléron* (XII в.), *Consolato del Mare* (XV в.) и «Правила Висби» (XVI в.).

157 Расцвет *lex mercatoria*, ставшего своеобразной реакцией купеческого сообщества на неспособность римского права эффективно регулировать международные коммерческие отношения, пришелся на XIII–XIV вв. Характерными признаками старого *lex mercatoria* были следующие: во-первых, это право регулировало отношения между средневековыми купцами; во-вторых, оно создавалось не политической властью, а самими купцами под воздействием суще-

¹ Если одни авторы рассматривали *lex mercatoria* в качестве средневекового МЧП, то другие считали таковым «право народов».

ствовавшей на тот момент коммерческой практики; в-третьих, его нормы воплощались в жизнь благодаря *curiae mercatorum*, т.е. специальными купеческими судами, судьи которых сами имели коммерческий опыт; в-четвертых, нормы этого права отличали чрезвычайная детализация и совершенство, о чем свидетельствует их применение вплоть до нашего времени; в-пятых, это право было весьма унифицированным и по-настоящему международным, т.е. его положения были идентичными в разных странах.

Источниками старого *lex mercatoria* стали уставы купеческих гильдий, торговые обычаи и прецедентное право купеческих судов. Особенностями существовавшего на тот момент *lex mercatoria* было и то, что купеческие суды пытались выносить свои решения в соответствии с принципом *ex aequo et bono* (т.е. по справедливости) и в максимально короткий отрезок времени, что на тот период было очень важно, учитывая скорость, с которой велась торговля. Наибольшее распространение нормы *lex mercatoria* получили в городах-республиках Северной Италии и «консульских» городах юга Франции, т.е. там, где не было сильной феодальной власти.

Следует также отметить, что современное гражданское право многих государств обязано *lex mercatoria* существованием многочисленных институтов и принципов, зародившихся в недрах именно этого права¹.

Однако в конце XV в. начинается постепенный и неотвратимый упадок *lex mercatoria*, который особенно усиливается в связи с возникновением европейской системы суверенных государств и утверждением абсолютной монархии в большинстве стран Европы. Непосредственным следствием этого процесса стала «национализация» *lex mercatoria*, т.е. кодификация его норм во внутреннем законодательстве государств. В Великобритании, например, *lex mercatoria* трансформировалось в *common law* (общее право), а купеческие суды интегрировались в судебную систему общего права.

Таким образом, начиная с XVIII–XIX вв. регулирование международных хозяйственных связей приобрело сугубо национальный характер, а главным методом их правовой регламентации стал коллизионный метод.

¹ См.: Берман Г. Западная традиция права: эпоха формирования. М., 1998. С. 320–335.

2.2.3. Теория статутов в Италии и Франции

162 Как известно, XIII в. стал для Северной и Средней Италии периодом высокого подъема в области материальной и духовной культуры. В этот период торговля между Западной Европой и странами Востока перешла в руки венецианцев, генуэзцев и пизанцев, а города Ломбардии и Тосканы превратились в крупные торгово-промышленные центры. Северная и Средняя Италия в XIII в. представляла собой цепь самоуправляющихся городов, которые вели между собой оживленную торговлю и поддерживали интенсивные взаимоотношения. Поскольку итальянские города были фактически независимы от императора, это позволило им выработать развитую систему своих законов (статутов). Многие из итальянских городов, представлявших собой автономные политические образования, проявляли свою автономию в сфере законотворчества и кодификации обычаев. Некоторые города приняли свои статуты еще в XII в. (например, Генуя в 1145 г., Пиза в 1161 г.). С помощью кодифицированных обычаев и статутов осуществлялось регулирование вопросов торговли, промышленности, уголовной юстиции, устройства университетов, а также других вопросов частногоправового характера. По мере интенсификации связей между гражданами различных городов перед итальянскими юристами все чаще стали возникать коллизии частногоправового характера между: 1) римским правом и статутным правом; 2) местным и иностранным правом; 3) различными видами статутного права.

163 Аналогичная ситуация сложилась в этот период во Франции, где наряду с кутюмами (фр. *coutumes* – обычаи) областей существовало римское право и хартии городов.

164 В итальянских университетах, в которых изучались источники римского права, возникает наука МЧП. Именно там зарождается первая школа МЧП – школа глоссаторов. Появление школы глоссаторов ознаменовало новый этап развития европейского частного права и возникновение науки цивилистики на базе источников римского частного права. Благодаря глоссаторам было положено начало возрождению юридической науки и правовой культуры, оказавшихся в значительной мере утраченными в связи с падением Западной Римской империи.

165 Родоначальником школы юристов, получивших название «глоссаторы» (позднелат. *glossator* от греч. *glossa*, т.е. толкование, пере-

вод устаревшего, редкого или иноязычного слова; заметка на полях текстов римских кодексов и законов), стал грамматист из Болоньи Ирнерий, первым выделивший римское право из общего курса риторики и начавший преподавать его как особый предмет.

Итальянские юристы, считавшие римское право идеалом права, писанным разумом, для решения коллизионных вопросов обращались к источникам этого права. В известном смысле нормы римского права являлись противоположностью феодальных порядков, поскольку регулировали отношения между лицами, а не между землями. Для итальянских юристов римское право было не только совершенным образцом правопорядка, пригодного для всех народов и на все времена, но также положительным правом империи, воссозданной Карлом Великим. При этом итальянские юристы крайне пренебрежительно отзывались об обычном праве варварского происхождения, называя его «ослиным правом» (*ius asinorum*). Тем самым итальянские юристы подчеркивали, что, отрицая обычное право, они способствуют восстановлению подлинного правопорядка империи. Вместе с тем по мере развития статутного права городов Италии итальянские правоведы были вынуждены считаться с этим правом, которое все чаще оказывалось более целесообразным с точки зрения современных потребностей.

Однако найти ответы на коллизионные вопросы в римских текстах было просто невозможно, поскольку римское право не содержало в себе коллизионных норм как таковых. Ввиду этого итальянские юристы занялись приспособлением римских текстов к коллизионным проблемам. 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 ссылки на какое-либо положение римского права. Классическим примером такого подхода является знаменитая глосса из сборника глосс Аккурсия (*Accursius*), в которой содержится попытка ответа на вопрос: если в Модене судится гражданин Болоньи, можно ли его судить по статутам Модены?

Отвечая на этот вопрос, неизвестный глоссатор пришел к выводу, что гражданин Болоньи не может судиться по статутам (законам) Модены, поскольку статуты Модены могут быть обязательны только для ее граждан. Эта глосса, по сути, положила начало теории статутов. По всей видимости, автор глоссы стремился преодолеть крайности территориального принципа, столь характерного для

эпохи феодализма. Автор данной глоссы, пытаясь ее обосновать ссылкой на римский источник, обратился к положению Кодекса Юстиниана, которое имело мало общего с коллизионным вопросом. Речь идет о тексте конституции императоров Грациана, Валентиниана и Феодосия об утверждении веры в Святую Троицу, которая была издана в 380 г. и обращалась к константинопольскому народу. Текст этой конституции звучит так: «Мы желаем, чтобы все народы, коими правит наша милостивая власть, обретались в той вере, которую божественный апостол Петр передал римлянам».

169 Вот как неизвестный глоссатор прокомментировал этот отрывок: «по мысли императоров закон обязателен для тех народов, которыми они правят; следовательно, для тех, кто им не подвластен, закон не обязателен. А потому и болонский гражданин не может подлежать действию моденского статута».

170 Как видим, наука коллизионного права родилась под видом весьма вольного толкования римских текстов, а ее первые представители, как точно выразился М.И. Брун, обращались с римскими текстами, как с каучуковым платьем, которое растягивали, чтобы одеть в него «чрезмерно разросшееся тело новой общественной жизни с ее непредусмотренными правоотношениями»¹.

171 Поначалу в случае коллизий между законами разных стран средневековые юристы были склонны к широкому применению принципа *lex fori*. Этот подход поддерживали, например, такие известные авторы, как Азо (Azo) и Аккурсий. Однако уже магистр **Алдрик** (Aldricus, 1170–1200) высказывается в пользу применения «лучшего права» к коллизионным вопросам.

172 Глоссаторы не могли создать всеобъемлющую теорию статутов, поскольку они застали лишь первые статуты, а статутное законодательство начало развиваться с начала XIII в. Как отмечает В.Э. Грабарь, теория статутов была разработана постглоссаторами, которые считаются родоначальниками науки международного частного права².

173 В науке МЧП укрепилось мнение, что статутарная теория, основанная постглоссаторами, проникла из Италии во Францию, Германию, Бельгию и Голландию. Эта теория положила начало трем национальным школам МЧП: 1) итальянской школе, во главе которой стоял С. Бартол и которая господствовала до XVI в.;

¹ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. М., 1915. С. 10.

² См.: Грабарь В.Э. Римское право в истории международно-правовых учений. Элементы международного права в трудах легистов XII–XIV вв. Юрьев, 1901. С. 208.

2) французской школе, возникшей под влиянием итальянской школы, и 3) голландской школе, провозгласившей с конца XVII в. принцип территориальности, чье действие смягчается с помощью теории международной вежливости (*comitas*).

Пожалуй, наиболее заметной фигурой науки МЧП периода Средневековья является итальянский ученый **С. Бартол** (Bartolus a Sassoferrato, 1314–1357), которого интересовали два главных вопроса: 1) распространяется ли территориальность статутов на иностранцев; 2) оказывает ли статут действие за границей. Стремясь ответить на эти вопросы, Бартол исследовал множество казусов, решение которых он искал в соответствии со своим пониманием справедливости. По-видимому, Бартол предлагал решения коллизионных проблем не на основе какого-либо определенного метода или системы, а посредством интуитивного поиска справедливого решения. Довольно интересно, что для решения коллизионных проблем Бартол использовал методологию, напоминающую методологию последователей Савиньи, а именно он разлагал правоотношение на его составные элементы, а затем для каждого элемента искал более тесную привязку к определенной территории. Размышляя над тем, распространяют ли статуты свое действие за пределы территории, Бартол приходит к делению всех статутов на три категории: запретительные, дозволительные и карательные статуты.

Ученик Бартола **Бальд** (Baldus de Ubaldis, 1327–1400) исходил из того, что каждый статут, по его мнению, регулирует вопросы, связанные либо с лицами, либо с вещами, либо с исками. Бальд пытался ответить на два важных вопроса коллизионного права: 1) может ли статут расширять или ограничивать на своей территории правоспособность иностранца; 2) следует ли статут за подданным, находящимся за границей.

Решая эти вопросы, Бальд использует схему деления статутов, которой пользовался Бартол, т.е. деление статутов на те, которые дозволяют, запрещают и наказывают. В отношении каждого статута Бальд вначале рассматривал его существо, т.е. имел ли он силу закона, а затем анализировал его экстратерриториальный эффект.

Бальд, по мнению М.И. Бруна, пришел к выводу, в котором выражена основная идея всего коллизионного права: «благоприобретенные права подлежат защите, невзирая на то, что правоотношение переместилось на другую территорию»¹.

¹ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. С. 45–46.

- 178 Если попытаться кратко охарактеризовать методологию решения коллизионных вопросов итальянскими и французскими юристами XIII–XVI вв., то можно согласиться с мнением М.И. Бруна, который полагал, что эти юристы разрешали коллизии эмпирически, не имея никакой определенной теории. С другой стороны, в учениях этих юристов можно заметить зачатки современных теорий и концепций МЧП, например таких, как концепция публичного порядка.
- 179 В XVI в. центр исследований коллизионной проблематики сосредоточивается во Франции. В этой стране каждая провинция имела свои кутюмы, что порождало коллизии между этими кутюмами. В первой половине XV в. предпринимались попытки официального редактирования кутюмов, однако эта работа продвигалась медленно и заметно отставала от требований жизни.
- 180 В то же время в университетах Франции начинается научная разработка коллизионных вопросов, в результате чего именно во Франции теория статутов обрела законченное выражение в учении Б. Д'Аржантрэ.
- 181 Одним из предшественников Д'Аржантрэ был французский юрист **Шарль Дюмулен** (Charles Dumolin, 1500–1566), использовавший методологию постглоссаторов. Главным достижением Дюмулена в науке МЧП считается его теория свободы воли сторон при заключении договоров. Если до появления теории Дюмулена договоры, как правило, подчинялись закону места заключения, то Дюмулен провозгласил преимущество воли сторон в области договорного права, а закон места заключения договора отнес к одному из обстоятельств, при которых воля сторон может быть изъявлена.
- 182 Таким образом, теория Дюмулена заключается в том, чтобы при решении коллизионного вопроса в области договорного права всегда отдавать предпочтение тому праву, которое было избрано сторонами договора; а если стороны явно и недвусмысленно не выразили своей воли, тогда следует искать то право, которое они, по всей вероятности, имели в виду, т.е. необходимо путем толкования текста договора и обстоятельств его заключения реконструировать предполагаемую волю сторон.
- 183 Как уже говорилось выше, концептуальную завершенность теория статутов, постепенно вызревавшая на протяжении длительного периода времени, обрела в учении французского ученого **Б. Д'Аржантрэ** (Bertrandus D'Argentre, или Argentraeus, 1519–1590).

Он изложил теорию статута в своем произведении *Commentarii in Patrias Bretonum leges* («Комментарии к кутюмам Бретани», 1614).

В чем же состоит сущность теории статута? На этот вопрос достаточно ясно ответил профессор М.И. Брун: «Сущность теории статута может быть передана в немногих словах. Одни обычаи или законы имеют силу только на территории освятившего их или издавшего их законодателя; другие имеют силу и вне территории. Какие обычаи или законы принадлежат к первой группе, какие ко второй, сказать нетрудно: нужно только справиться, о чем закон постановляет: если о вещах, то он реальный или территориальный, т.е. за границей силы не имеет; если о лицах, то он личный или экстра-территориальный, т.е. сопутствующий лицу за границу»¹.

На первый взгляд решение коллизионных вопросов в рамках теории статута упрощается чуть ли не до полного автоматизма: необходимо лишь выяснить, что составляет содержание данного закона (положения о вещи или лице), и коллизионный вопрос можно считать решенным. Однако на практике определить точно, какой закон касается вещи («реальный статут»), а какой лица («персональный статут»), довольно трудно. Тем не менее теория статута доминировала в науке МЧП до тех пор, пока ее не подверг разрушительной критике в 40-х гг. XIX в. немецкий ученый Вехтер.

2.2.4. Голландская школа коллизионного права

Итак, если теория статута Д'Аржантрэ распространилась во французской науке МЧП только к концу XVIII в., то в Нидерландах и Германии его учение было встречено с энтузиазмом уже в XVII в.

Так, нидерландские провинции долгое время вели борьбу против испанского владычества под лозунгом защиты государственного суверенитета и суверенных прав провинций, которые в области гражданского законодательства были закреплены в актах Утрехтской унии 1579 г. Исходя из этих внешнеполитических реалий территориальный принцип, выдвинутый и обоснованный в учении Д'Аржантрэ, приобрел в глазах голландских юристов особую привлекательность. Успех учения Д'Аржантрэ в Нидерландах объясняется и тем, что в этой стране были сильны феодальные отношения, вследствие чего не только каждая провинция, но также каждая область и город имели свои привилегии. Феодальные отношения в Нидерландах обусловили тенденцию рассматривать все законы

¹ Брун М.И. Очерки истории конфликтного права. С. 52.

в качестве территориальных. В силу этих обстоятельств теория Д'Аржантрэ стала пользоваться широкой популярностью в науке и судебной практике Нидерландов.

188 Наиболее известными представителями голландской школы коллизионного права являются Павел Вут, Иоанн Вут и Ульрик Губер.

189 К сожалению, французские статутарии не смогли объяснить, почему иностранные статуты (будь то личные или реальные статуты) могут претендовать на применение за пределами своей территории. Ответить на этот важный вопрос попытались голландские юристы XVII в.

190 Среди этих юристов особенно выделяются два ученых: профессор в Утрехте **Павел Вут**¹ (Paul Voet, 1619–1677) и его сын, профессор в Лейдене, **Иоанн Вут** (Iohannes Voet, 1647–1714), благодаря которым теория статутов приобрела новую форму.

191 Павел Вут делил все статуты с точки зрения их содержания на личные и вещные, в зависимости от того, что в основном они имели в виду. Согласно учению Павла Вута любой статут (будь то личный или вещный статут) не должен действовать за пределами своей территории. В то же время, как подчеркивает Вут, экстра-территориальное действие законов основано не на праве, а исключительно на соображениях вежливости, удобства или интересов, т.е. на том, что именуется *comitas* или *comitas gentium* (международная вежливость).

192 Иоанн Вут изложил свою теорию в комментарии к пандектному праву (*Commentarius ad Pandectas*). Вут-младший рассматривал коллизионные вопросы с трех точек зрения: во-первых, он устанавливал требования права; во-вторых, указывал уступки во имя «международной вежливости»; и наконец, в-третьих, определял границы, в пределах которых поведение физических лиц могло отклоняться от действия местных законов.

193 Данные правила Вут-младший распространил не только на отношения между провинциями, но также на межгосударственные отношения. Иоанн Вут принимал деление статутов по объекту на личные, реальные и смешанные. Однако это деление для него носило сугубо формальный характер, поскольку, по его мнению, все статуты в принципе были территориальными, а власть законодателя не распространялась за пределы территории государства. По-видимому, Вут-младший осознавал, что последовательное

¹ Иногда в литературе его фамилию пишут как «Фут».

проведение принципа строгой территориальности в жизнь чревато «правовой войной» между государствами; поэтому смягчить излишний ригоризм данного принципа была призвана «международная вежливость», допускающая признание действия иностранных законов постольку, поскольку такое признание не умаляет суверенитета провинции и прав ее граждан.

В то же время, по мысли Иоанна Вута, «международная вежливость» не может смягчить действие принципа территориальности, если речь идет о недействительности. Поскольку Вут-младший признавал недостаточную четкость понятия «международная вежливость», он предлагал государствам заключать международные соглашения, которые бы способствовали укреплению межгосударственной взаимозависимости. Иоанн Вут также уделил внимание вопросам о запретительных статутах, которые не позволяют сторонам уклоняться от их предписаний даже по взаимному согласию.

Наиболее типичным выразителем голландской школы коллизионного права стал **Ульрик Губер** (Ulric Huber, 1636–1694), который выдвинул три аксиомы: 1) законы каждого государства имеют силу только в пределах его территории и действуют в отношении всех подвластных лиц на этой территории; 2) подвластными считаются все лица, находящиеся постоянно или временно на территории данного государства; 3) в силу вежливости государственные правители придерживаются правила, согласно которому законы каждого народа, которые были реализованы в его территориальных пределах, сохраняют свое действие в той мере, в какой они не наносят ущерба власти или правам другого государства и его гражданам.

Согласно учению Губера «международная вежливость», заставляющая отступать от принципа строгой территориальности, основывается на молчаливом согласии народов, проистекающем из их интересов.

В учении Губера уделено также внимание концепции обхода закона. Кроме того, Губером была разработана интересная система для личных прав, согласно которой установленные ранее «юридические свойства» лица остаются везде такими же самими, однако последствия, вытекающие из этих свойств, могут определяться отдельно.

В свое время голландская школа коллизионного права не сумела завоевать сторонников в континентальной Европе, где суды и наука оставались приверженцами традиционной теории статутов вплоть до середины XIX в. Однако голландская школа оказала огромное влияние на английскую и американскую науку МЧП,

чтобы затем вернуться на континент. По мнению некоторых авторов, американская концепция приобретенных прав восходит к учению Губера.

199 Критически оценивая голландскую теорию статутов, А.Н. Мандельштам назвал ее «громадным шагом назад» на пути, ведущем к познанию идеи международного общения, поскольку в голландской школе мы впервые встречаем абсолютный принцип территориальности, смягчаемый лишь во имя «международной вежливости»¹. По его мнению, трудно себе представить принцип более произвольный и более непоследовательный, чем принцип «международной вежливости». Именно поэтому А.Н. Мандельштам охарактеризовал голландскую теорию статутов в целом как «теорию произвола суда»².

200 Необходимо также назвать выдающегося голландского правоведа **Т. Ассера** (Tobias Michael Carel Asser, 1838–1913), инициатора движения за унификацию и кодификацию норм МЧП. Он выступал против территориального принципа и утверждал, что природа каждого правоотношения указывает на закон, которому оно подчинено, и что этот закон, даже если он иностранный, должен быть применен во имя высших принципов, обязательных для судьи³.

201 Будучи не только юристом-практиком, но также выдающимся дипломатом, Ассер выдвинул и реализовал идею созыва Гаагских конференций по международному частному праву.

2.2.5. Немецкая школа международного частного права

202 В Германии интерес к коллизионным вопросам возник в XVI в., что было связано с политической и правовой раздробленностью страны в то время. Несмотря на то, что в Германии было реципировано римское право, это право не смогло преодолеть юридическую раздробленность страны. Вместе с тем в Германии было реципировано не римское право в чистом виде, а та версия римского права, которая содержалась в комментариях итальянских средневековых юристов (в частности, Бартола, Бальда и их последователей).

¹ Мандельштам А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. Т. I: Кодификация международного частного права. СПб., 1900. С. 118.

² Там же. С. 119.

³ Asser T.M.C. *Éléments de Droit International Privé / Traduit et annoté par A. Rivier.* Paris, 1884. P. 29–33.

В немецкой коллизионной доктрине были как сторонники теории статутов, так и ее противники. 203

Сокрушительный удар по теории статутов в Германии нанес профессор в Тюбингене и Лейпциге **Карл Фридрих Вехтер** (Carl Friedrich Wächter, 1797–1880)¹. На вопрос, какое право должен применять национальный судья при решении коллизионного вопроса, Вехтер ответил: прежде всего судья должен применять те нормы национального права, в которых прямо предписано, какое право следует применять для решения данной коллизионной проблемы. Иными словами, в коллизионных вопросах Вехтер предлагал всегда исходить из требований национального права. 204

Отвечая на вопрос о том, что делать судье, если в национальном праве нет соответствующих писанных норм, Вехтер утверждал, что в таком случае судья должен искать ответ в смысле и духе тех национальных законов, которые касаются данного правоотношения. Национальный закон, по мысли Вехтера, можно применять к иностранцам или отношениям, возникшим за границей, если такое применение согласуется со смыслом и духом данного закона. Вместе с тем, согласно учению Вехтера, в случае сомнений, когда из духа и смысла национального закона не ясно, какое именно право (национальное или иностранное) подлежит применению, тогда всегда следует отдавать предпочтение национальному праву (*lex fori*). 205

В сфере личных прав Вехтер проводит различие между «правовыми качествами» (*rechtliche eigenschaften*) и «правовыми последствиями» (*rechtswirkungen*). Если «правовые качества» регулируются по *lex domicilii*, то «правовые последствия» – по *lex fori*. 206

Учение Вехтера опирается на ряд принципов: во-первых, коллизионная норма является нормой национального законодательства, причем эта норма должна быть прямо или косвенно предусмотрена в национальном праве; во-вторых, судья обязан только в национальном праве искать указание на то, какой из коллидирующих законов следует применить; в-третьих, когда в национальном праве нет коллизионной нормы и когда из смысла и духа национального закона такую норму невозможно вывести, судья должен применить национальное право. 207

В отношении учения Вехтера выдвигались следующие возражения: во-первых, вывод Вехтера о необходимости применения 208

¹ *Wächter C. Ueber die Collision der Privatrechtsgesetze Verschiedener Staaten // Archive für die Civilistische Praxis. 1841. Bd. 24 und 25.*

в случае сомнений национального права, как метко выразился М.И. Брун, «как нельзя более приятен умственно ленивым судьям», так как судья, даже в случае сомнения, должен искать и находить коллизионную норму точно так же, как в случае пробела в гражданском праве судья ищет норму гражданского права; во-вторых, Вехтер неправильно смешивает коллизионную норму и норму материального права, или международное частное право и гражданское право; в-третьих, теория Вехтера не дает ответа на вопрос о том, как должен поступать судья в случае интерлокальных коллизий в пределах одного государства.

209 Тем не менее главным достижением Вехтера можно считать положение о том, что, применяя иностранное право, судья, в сущности, применяет закон, который ему предписывает применять национальное право.

210 По мнению **Пауля Фолькена** (Paul Volken), взгляды Вехтера не так уж далеки от взглядов его современника Джозефа Стори¹.

211 Учение франкфуртского адвоката Шеффнера находится на рубеже между теориями Вехтера и Савиньи, его можно даже рассматривать как предшественника великого Савиньи. По образцу термина «международное частное право», предложенного американским ученым Джозефом Стори, **Шеффнер** (Schäffner) создал немецкое выражение и использовал его в качестве заглавия для своей книги, вышедшей в 1841 г. (*Entwicklung des Internationalen Privatrechts*). Шеффнер выступил против применения *lex fori* в сомнительных случаях. По его мнению, при решении коллизий необходимо учитывать природу вещей (*Natur der Sache*), которой соответствует основополагающий принцип: «каждое правоотношение должно регулироваться по закону места своего зарождения».

212 Огромное значение для развития науки МЧП имело учение великого немецкого ученого **Фридриха Карла фон Савиньи** (Friedrich Karl von Savigny, 1779–1861), отвергнувшего принцип территориальности и на его место поставившего идею международного общения. Учение Савиньи было настоящей методологической революцией в МЧП, своего рода «коперниканским переворотом» (*eine Kopernikanische Wendenpunkt*), после которого радикально изменилась наука и практика МЧП. Если Вехтер считается родоначальником националистического направления в МЧП, то Савиньи – один из создателей универсалистского направления. По сути,

¹ Volken P. Wenn Wächter mit Story // Private Law in the International Arena. Liber Amicorum Kurt Siehr. The Hague, 2000. P. 816–828.

Савиньи предложил подход, противоположный методологии Вехтера, ориентированной на национальное право (*lex fori*).

По мнению Савиньи, вопрос о выборе права можно сформулировать одним из двух способов: «какова сфера норм права?» или «какие правоотношения они регулируют?»¹. С этой точки зрения оба способа рассмотрения коллизионной проблемы взаимосвязаны и различаются только в плане исходного пункта анализа.

Особенностью методологии Савиньи является то, что он как бы взглянул на коллизионную проблематику сверху, так сказать, «с высоты птичьего полета».

«Савиньи, – пишет М.И. Брун, – поднялся мысленным оком над всеми государствами, над всем цивилизованным миром, где все народы составляют одно юридическое общество, связанное общим правосознанием, и с этой высоты ему казалось, что все законодательства должны быть равноценны; что не может быть ревности между законодателями, не может быть настойчивого желания одного законодателя, чтобы непременно применялось его, а не чужое законодательство; что важно другое – найти для каждого правоотношения приличествующую его природе резиденцию, и тогда все будет достигнуто. Ему, великому романисту, исследователю истории римского права в средние века, автору системы современного римского права было совершенно естественно смотреть на вещи с широкой универсальной точки зрения, сглаживающей резкости партикуляризма. Идея юридического общения или общности между всеми государствами, и идея, что коллизия законов разрешается тем, что для каждого правоотношения его собственная природа указывает на его резиденцию в области известного законодательства, входящего в состав этой юридической общности, – на этих двух идеях построено учение Савиньи»².

Савиньи критически отнесся к аксиомам Губера, согласно которым каждое государство может требовать, чтобы на его территории действовало исключительно национальное право. Такой юридический национализм, по мысли Савиньи, противоречит реальности, поскольку торговый и частноправовой оборот между разными народами объективно ведет не только к тому, что на основе взаимности признаются права иностранцев, но также и к

¹ *Savigny F.C.* A Treatise on the Conflict of Laws, and the limits of their operation in respect of place and time. New Jersey, 2003. P. 48.

² *Брун М.И.* Международное частное право (Курс, читанный в Московском Коммерческом Институте 1910–1911). С. 68–69.

тому, что развитие и углубление межгосударственной взаимозависимости должно привести к одинаковому, гармоничному решению коллизионных проблем в разных странах. Савиньи верил в существование международно-правовой общности, развивающейся под влиянием общей христианской культуры европейских народов и взаимной выгоды. Согласно его учению хотя иностранное право и применяется по добровольному согласию территориальной власти, это согласие не является актом некой милости или вежливости со стороны государства; на самом деле такое согласие – результат развитого правосознания данного государства.

217 Савиньи не соглашался с теорией Вехтера о необходимости применения в сомнительных коллизионных случаях *lex fori*. Судья, полагал Савиньи, не имеет основания считать, что в сомнительных случаях законодатель желает применения национального права, поскольку интересы международного общения все более совпадают с интересами отдельных государств.

218 С другой стороны, как отмечал Савиньи, иностранный закон не применяется национальным судом, если: 1) он имеет принудительный характер (например, законы, основанные на нравственных мотивах (запрет полигамии) или соображениях общественного блага); или 2) устанавливает институт, который не признается территориальным законодательством.

219 Метод Савиньи состоит в том, чтобы определить для каждого правоотношения (случая) то право, которому это правоотношение принадлежит по своей природе (*to ascertain for every legal relation (case) that law to which, in its proper nature, it belongs or is subject*)¹. По существу, здесь в теории Савиньи проявляется принцип «природы вещей», указывающий на связь учения Савиньи с естественно-правовыми воззрениями, несмотря на то, что сам Савиньи был одним из создателей «исторической школы» в праве.

220 Итак, согласно учению Савиньи каждое правоотношение по своей природе тяготеет к определенному месту; поэтому в целях правильного решения коллизионного вопроса для каждого правоотношения надо найти его основную связь с определенным правопорядком, действующим на определенной территории. Такую связь Савиньи называет «оседлостью правоотношения» (*Sitz der Rechtsverhältnisse*). При этом Савиньи отдавал руководящую роль воле сторон, которая может подчинить данное правоотношение определенному правопорядку.

¹ *Savigny F.C. Op. cit. P. 70.*

Поиск «оседлости правоотношения», или его домицилия, Савиньи осуществлял следующим образом. Сначала он прибегал к классификации правоотношения. Поскольку в центре каждого правоотношения находится личность, то прежде всего необходимо определить ее правоспособность и дееспособность. Вокруг личности, как центра правоотношения, находятся различные права: семейные (супружество, родительская власть, опека) и имущественные (вещные, обязательственные и наследственные права). Для каждого правоотношения, относящегося к одному из этих видов прав, необходимо найти страну (государство или область с особым правом), которому это правоотношение «принадлежит» или же в котором оно имеет свое «место». Для того чтобы найти это «место», следует делать выбор между следующими фактическими обстоятельствами. Так, необходимо знать место, где постоянно живет лицо, связанное с правоотношением, тогда мы будем знать, по какому праву следует определять правоспособность и дееспособность этого лица. Необходимо знать место, где находится вещь, которой касается правоотношение, тогда мы будем знать, по какому праву определяются права на эту вещь. Необходимо знать место, где совершилось или будет совершено действие, тогда мы будем знать, по какому праву определяется правоотношение, возникшее из этого действия. Кроме того, нужно знать место, где расположен суд, решающий спор, чтобы знать, какие коллизионные нормы обязывают этот суд, а также какие нормы материального и процессуального права могут быть использованы данным судом.

На базе своей методологии локализации правоотношения в пространстве Савиньи приходит к следующим решениям коллизионных вопросов: 1) личные права должны регулироваться по *lex domicilii*; 2) вещи, как общее правило, регулируются по *lex rei sitae*; 3) в обязательственном праве, где особое значение имеет воля сторон, вместе с тем решающую роль играет закон места исполнения, которое либо прямо устанавливается сторонами, либо выводится из конклюдентных действий; 4) институт наследования, являющийся своего рода искусственным продлением воли человека за пределы его жизни, определяется по *lex domicilii* наследодателя; 5) семейные правоотношения, включая вопросы имущества супругов, регулируются по *lex domicilii* мужа.

Если поначалу теория Савиньи вызвала целую «революцию в умах», и даже казалось, что в ее лице было найдено универсальное решение для всех коллизионных вопросов, то позднее в науке

МЧП наступил период более трезвого и сдержанного отношения к этой теории. Один из главных упреков в адрес теории Савиньи состоял в том, что она слишком туманна и ее практическое применение отнюдь не гарантирует гармонического решения коллизионных проблем в разных странах. Кроме того, Савиньи не удалось окончательно отделаться от территориального принципа и безоговорочно утвердить принцип, в силу которого при решении коллизионных проблем судья не должен делать различия между своим и чужим законодательством.

224 Профессор М.И. Брун показал логическую проблематичность метода Савиньи, поскольку «исходная точка его формулы заставляет мысль вращаться в порочном кругу». «Если всякое правоотношение, – писал в этой связи М.И. Брун, – только потому юридическое, а не просто фактическое, что оно регулируется тем или другим законодательством, что прежде чем искать, где сидит правоотношение, нужно знать, какое законодательство объявляет данное отношение правоотношением; но это-то и есть то неизвестное, которое мы ищем. В самом деле, мы спрашиваем: где сидит правоотношение? Ответ: в законодательстве, которое над ним господствует; а какое законодательство над ним господствует? Ответ: то, в котором оно сидит. Это круг, из которого нет выхода, потому что основное предположение, будто все законодательства согласны видеть правоотношение в одном и том же составе фактов, неверно»¹.

225 Одним словом, Савиньи преувеличивал правовую общность разных народов Европы и не придавал должного значения тому факту, что национальный судья рассматривает коллизионную проблематику сквозь призму национального права, интерпретируя при этом фактические обстоятельства дела в свете отечественного права. Иначе говоря, Савиньи упустил из виду разницу в квалификации одних и тех же правоотношений в различных национальных системах права, что является источником скрытых коллизий в МЧП.

226 Другую ошибку теории Савиньи Брун видел в том, что Савиньи предполагал, будто каждое правоотношение имеет свою «оседлость» на какой-нибудь одной территории, так как компетентным для его регулирования может быть право только одной страны. «На самом деле, – подчеркивал Брун, – эта мысль о монопольной компетенции одного законодательства для одного правоотноше-

¹ Брун М.И. Международное частное право (Курс, читанный в Московском Коммерческом Институте 1910–1911). С. 77.

ния совершенно не согласуется с действительностью. Не только правоотношения семейственного и наследственного права, но даже правоотношения вещного, а еще более обязательственного права, не могут, в случае коллизии, обсуждаться всегда и неизменно по одному и тому же законодательству, потому что в таком случае правоотношение разными своими элементами оказывается привязанным к разным законодательствам, и которое из них компетентно для обсуждения данного элемента правоотношения, это зависит как раз от крепости привязки»¹.

Так, например, если говорить о правоотношениях вещного права, то здесь Савиньи, опираясь на свой метод локализации правоотношения, отдает предпочтение *lex rei sitae*. Однако одна и та же вещь может последовательно находиться на разных территориях, и каждая из этих территорий может претендовать на правовую связь с данной вещью. Коротко говоря, в реальной жизни определить правопорядок, с которым определенное правоотношение связано наиболее тесным образом, бывает невозможно. В таких случаях решающую роль может сыграть не столько некий объективный критерий, позволяющий четко локализовать данное правоотношение, сколько субъективное усмотрение суда, который склонен к применению собственного права. 227

Учение Савиньи оказало большое влияние на судебную практику и науку Германии, Франции и других стран. 228

Теория Савиньи была подвергнута ревизии его учеником **Людвигом фон Баром** (Ludwig von Bar, 1836–1913), воспринявшим, однако, центральную идею Савиньи о гармоническом сосуществовании гражданских правопорядков всех культурных народов под сенью международного права. Как представитель универсалистского направления, Бар выступал резко против представления о МЧП как части национального права и выводил его из международного права. Главную задачу МЧП Бар видел в определении границ применения правовых систем различных государств в частных правоотношениях². При этом он подчеркивал понятие «частные правоотношения», а не «правоотношения частных лиц», поскольку сфера регулирования МЧП, по его мнению, охватывает правоотношения с участием государства (в той мере, в какой государство является участником частных правоотношений). 229

¹ Брун М.И. Международное частное право (Курс, читанный в Московском Коммерческом Институте 1910–1911). С. 78.

² Bar L. The Theory and Practice of Private International Law. 2-nd ed. Edinburgh, 1892. P. 1.

- 230 На место метода Савиньи Бар выдвинул положение о том, что поиск компетентного правопорядка следует начинать не с правоотношения, а с чистых фактов или с таких правоотношений, существование которых не зависит от их признания со стороны МЧП, поскольку они вытекают из международного права. Такими фактами, или элементарными правоотношениями, по мысли Бара, могут быть только: фактическое пребывание лица на территории, фактическое нахождение вещи на территории, связь лица с территорией через гражданство или домицилий, а также связь через рассмотрение дела в суде на данной территории. По мнению Бара, это является единственным критерием, на котором может основываться компетенция того или иного законодательства.
- 231 Коллизионная методология Бара исходит из принципа «природы вещей» (*Natur der Sache*), под которой он понимает цели, ради которых были приняты коллидирующие законы. Другими словами, Бар полагает, что в случае коллизии для правильного определения компетентного правопорядка необходимо выяснить, ради какой цели были созданы коллидирующие законы.
- 232 Таким образом, если Савиньи определяет «оседлость» правоотношений по их особой природе, то Бар определяет сферу действия законов по их целям.
- 233 Универсалистскую тенденцию учения Савиньи развивал Эрнст Цительман (Ernst Zitelmann, 1852–1923), проводивший различие между «надгосударственным» МЧП (*überstaatliches international Privatrecht*), основной принцип которого выводится из высших начал международного публичного права, и «внутренним» МЧП (*innerstaatliches international Privatrecht*), являющимся частью национального права¹. Цительман утверждал, что международно-правовой обязанностью каждого государства является уважение других государств и, как следствие, гарантированная реализация прав иностранных граждан. Согласно его учению международное право в такой степени влияет на МЧП, что судья обязан (если это не прямо противоречит национальному позитивному праву) применять нормы «международно-правового МЧП» (*volkerrechtliche international Privatrecht*) на основе предполагаемой воли своего государства в качестве материального национального права.
- 234 Отправным пунктом теории Цительмана является мысль Савиньи об ограничении действительности законов в пространстве и вытекающей отсюда необходимости локализации правоотно-

¹ Zitelmann E. Internationales Privatrecht. 2 vols. Leipzig, 1897, 1912.

шений. По мнению Цительмана, необходимость существования МЧП проистекает из сосуществования государств и их правовых систем таким образом, чтобы их эффект определялся совместно в рамках всеобъемлющей системы.

Свою теорию Цительман основывает на фикции, что норма МЧП является обязательной в силу того обстоятельства, что государство обладает властью создавать эту норму. 235

Цительман сводил основную проблему МЧП к разграничению сфер господства отдельных государств, которое должно происходить на основе их взаимного признания равенства и суверенитета. 236

К числу приверженцев универсалистского направления в немецкой науке МЧП может быть отнесен и другой ученый – Эрнст Франкенштейн (Ernst Frankenstein), предложивший термин «разграничивающее право» (*Grenzrecht*)¹. В отличие от Цительмана, основывавшего свое учение на влиянии международного права на МЧП, Франкенштейн отрицал такое влияние. В то же время от Цительмана он воспринял положение о том, что власть приказывать (законодательная власть) распределяется между отдельными государствами так, что над определенными отношениями должно господствовать лишь одно государство. Однако в отличие от Цительмана Франкенштейн не выводит это положение из международного права, а просто постулирует его. 237

В области МЧП Франкенштейн попытался сформулировать универсальные нормы в виде проекта Европейского кодекса МЧП, которые он дедуцировал из определенных априорно установленных принципов. Как утверждал Франкенштейн, универсальность и наднациональность предлагаемого им решения представляет собой высшую и заключительную стадию развития МЧП, которое постепенно преодолевает фрагментацию этого права в рамках отдельных национальных систем права. При этом Франкенштейн руководствовался не столько сравнительно-правовым анализом, сколько социально-психологическим методом, с помощью которого из связей, существующих между правом и соответствующей социальной группой, создал специальную систему привязок, используемых для определения применимого права. Что касается взаимоотношений между международным правом и международным частным правом, то Франкенштейн в отличие от других универсалистов отрицал зависимость МЧП от международного 238

¹ *Frankenstein E. Internationales Privatrecht (Grenzrecht)*. 4 vols. Berlin, 1926–1936.

права, поскольку МЧП, по его мнению, является универсальным по своей природе.

239 Таким образом, в рамках универсалистского направления в МЧП можно выделить три подхода: 1) универсальность МЧП проистекает из его зависимости от международного права; 2) МЧП и международное право являются двумя ветвями единого дерева; 3) универсальность МЧП проистекает непосредственно из универсальной природы этого права.

240 Благодаря трудам Вехтера, Савиньи и Бара в немецкой науке МЧП выкристаллизовалось несколько аксиом: 1) каждое государство регулирует жизненные отношения на своей территории, а жизнь, протекающая за границей, его, как правило, не касается; 2) каждое государство само является судьей в вопросе о том, нормы какого права (национального или иностранного) подлежат применению к данному отношению; 3) в силу международного общения государство не должно быть законодательством, которое имело бы привилегию на применение исключительно благодаря своему территориальному господству; для признания компетентности законодательства необходимо еще, чтобы это законодательство имело связь с определенным отношением.

241 Своего апогея немецкая школа МЧП достигла в период между двумя мировыми войнами в трудах таких авторов, как Мельхор, Левальд, Шницер, Венглер и Нуссбаум, которые находились на позициях эмпирического построения коллизионных норм.

242 Среди главных достижений немецкой школы МЧП в XX в. можно выделить следующие: 1) стремление к единообразию и гармонии в вопросах решения одинаковых коллизионных проблем в различных странах; 2) использование сравнительного правоведения при решении коллизионных вопросов; 3) признание иностранного права при его применении национальным судом в качестве именно права, а не «факта».

2.2.6. Итальянская школа международного частного права (теория Паскуале Манчини)

243 Наиболее известной фигурой итальянской науки МЧП является знаменитый ученый, дипломат и политический деятель **Паскуале Станислао Манчини** (Pasquale Stanislao Mancini, 1817–1889), чье учение оказало значительное влияние не только на МЧП Италии, но также на кодификацию МЧП в других странах Европы.

После разгрома итальянских войск под Новарой Манчини 244
в 1851 г. выступил в Турине со знаменитой лекцией «О националь-
ности как основании международного права» (*Della nazionalità
come fondamento del diritto delle genti*), в которой провозгласил, что
подлинными субъектами международного права являются не госу-
дарства, а нации. По мысли Манчини, нации, т.е. сообщества, объ-
единенные такими историческими и естественными факторами,
как территория, раса, язык и сознание своего общего националь-
ного происхождения, имеют право в соответствии с международ-
ным правом образовывать государства и жить самостоятельно на
основе равенства с другими нациями. Несмотря на то, что нацио-
нальная теория Манчини не получила заметного распространения
в международном праве, она получила поддержку в МЧП.

Главную идею Манчини в области МЧП можно представить 245
следующим образом.

Признание права нации имеет свое разумное основание в при- 246
знании права личности. «Национальность, – восклицает Манчи-
ни, – не что иное, как коллективное проявление свободы, и пото-
му священна, как сама свобода... кто посягает на право нации,
убивает свободу».

Правопорядок, убежден Манчини, требует согласования инди- 247
видуальной воли с правами общества, а социальная власть должна
остановиться у границ безобидной и правомерной свободы част-
ных лиц. Причем эта свобода должна быть защищена не только на
территории государства, но и за его пределами. Некоторые права,
по его мнению, принадлежат частным лицам как людям, а не как
гражданам, а в области вещного и обязательственного права част-
ная воля носит суверенный характер, даже если она не совпадает
с национальным правом.

Согласно учению Манчини существует также ряд прав част- 248
ных лиц, выражающих юридический характер нации, особенности
которого обусловлены климатом, почвой и расой. От этих прав –
личных, наследственных и семейных – человек не может отказаться,
поскольку они принадлежат ему как гражданину. По существу,
Манчини обосновывает существование необходимых и естествен-
ных прав человека, которые не созданы государством.

Таким образом, национальная теория Манчини предполагает, что 249
гражданское право лично и национально и вследствие этого сопро-
водит личность за пределами ее отечества; публичное же право,
напротив, территориально и поэтому распространяет свое действие

над всеми лицами – гражданами и иностранцами – в пределах территории страны. Система Манчини в целом базируется на совместном и согласованном действии трех принципов: свободы, национальности и политического суверенитета. Так, когда законодатель признает действительность иностранного гражданского права на своей территории, он тем самым выражает свое уважение к принципу национальности. Законодатель выражает уважение к принципу свободы тогда, когда признает право иностранца на выбор правопорядка, применимого к его правоотношениям (автономия воли). С другой стороны, законодатель защищает право суверенитета и политической независимости, когда подчиняет всех лиц, включая иностранцев, находящихся на его территории, своему публичному и уголовному праву.

250 В теории Манчини нашлось место и для концепции публично-го порядка, к которому он относит соблюдение высших принципов индивидуальной и социальной нравственности, уважение естественных прав человека, а также принципы экономического порядка.

251 Манчини был не только видным теоретиком итальянской науки МЧП, но также принимал активное участие в кодификации итальянского МЧП.

2.2.7. Французская школа международного частного права

252 Само выражение «международное частное право» было впервые введено во Франции в 1843 г. **Феликсом** (Foelix, 1791–1853), автором первого в этой стране трактата по МЧП (*Traite du Droit International Prive*). Феликс был сторонником теории статутов и концепции международной вежливости. По его мнению, из принципа равенства государств следует, что власть государства совпадает с его границами и может распространяться за пределы государства только при наличии «концессии» иностранного правительства. При этом иностранное правительство руководствуется соображениями своей выгоды и не допустит применения иностранных законов на своей территории, если они противоречат его суверенным правам или интересам его граждан.

253 В 70-х гг. XIX в. французская наука МЧП стала проникаться теорией Манчини о персональности права. Одновременно происходил упадок теории статутов.

254 Одним из самых заметных французских коллизионистов конца XIX – начала XX в. был **Антуан Пиллье** (Antoine Pille, 1857–1926), по

мнению которого наука МЧП должна стремиться к единству, основываясь при решении коллизионных вопросов на международных основаниях. МЧП, утверждал этот ученый, должно содержать только принципы одинаково верные и одинаково признанные во всех цивилизованных странах. Основную задачу науки МЧП Пиллье видел в том, чтобы выявить общие элементы всех правовых систем мира, поскольку существует общее достояние всего культурного человечества.

Поскольку двумя существенными свойствами каждого закона являются непрерывность во времени и общность в применении ко всем лицам, входящим в социальную группу, для которой этот закон был издан, Пиллье приходит к заключению, что по своей природе законы должны быть одновременно территориальными и экстратерриториальными. По существу, каждое государство может применять свое право по отношению как к своим гражданам, находящимся за границей, так и к иностранцам, пребывающим на его территории. Отсюда следует, что в целях предотвращения «правовой войны» и обеспечения гармонии в международной жизни МЧП должно быть «наукой жертв», стремящейся найти такой принцип гармонии, который сохранил бы в международной сфере за каждым законом максимум его действия. Критерий, указывающий на то, в каких случаях тот или иной закон должен жертвовать своим территориальным характером в интересах международной гармонии, Пиллье видит в социальной цели закона. Свой подход Пиллье обосновывает следующим образом.

Во-первых, несмотря на все разнообразие правовых систем, все цивилизованные страны стремятся к одним и тем же социальным целям. Во всех странах существуют такие правовые институты, как брак, семья, собственность, договор, на поддержание которых направлены мероприятия законодателей.

Во-вторых, если мы будем определять международную силу законов в соответствии с их целью, мы сможем обеспечить их максимальный эффект, который требуется интересами международного общения.

В-третьих, признание цели иностранного законодателя является не чем иным, как признанием суверенитета, что по сути ведет к слиянию МЧП с международным правом.

Согласно критерию социальной цели закона все законы можно разделить на две группы: 1) законы, направленные на защиту индивидов (*loi de protection individuelle*), имеющие экстратерриториальное действие; 2) законы, направленные на поддержание

устоев общества (*lois de garantie sociale*), имеющие в основном территориальный характер. Между этими видами законов, признает Пиллье, не существует четкого водораздела.

260 Ученик Пиллье **Жан-Пьер Нибуайе** (Jean-Pierre Niboyet, 1886–1952) является сторонником прагматизма в МЧП и создателем теории национального реализма (*realisme national*)¹. Этот ученый полагал, что МЧП является частью национального публичного права. В духе юридического национализма Нибуайе утверждал, что коллизионные нормы должны формулироваться в основном в виде односторонних коллизионных норм.

261 Согласно теории Нибуайе, отрицающей связующую силу каких-либо общих начал в построении коллизионных норм, предпосылкой признания действия иностранного закона должен быть «некоторый минимум его сходства с французским законом». По его мнению, французский суд должен отказать в признании действия института иностранного права, если этот институт не известен французскому праву. При этом Нибуайе обращал внимание на важность политического фактора в МЧП.

262 **Анри Батиффоль** (Henri Batiffol, 1905–1989), находившийся под влиянием сравнительно-правового метода Рабеля, полагал, что главной задачей МЧП является создание «правовых условий для «совместной жизни» различных правовых систем» путем кропотливой работы по «согласованию» решений по конкретным коллизионным вопросам². Таким образом, Батиффоль под влиянием философии неотомизма постулировал МЧП в качестве «координатора отдельных систем права».

263 В современной французской науке МЧП к предмету этого права относят: 1) разрешение коллизий законов (*conflict des lois*) – закон какого из государств, вовлеченных в правоотношение, должен его регулировать; 2) суд (или иной орган) какого из государств уполномочен регулировать правоотношение (*conflict des juridiction*) – коллизия юрисдикций; 3) правовое положение иностранцев (*condition des estranges*), включая материальные нормы, определяющие права иностранцев; 4) вопросы гражданства (*nationalite*), т.е. регулирование с помощью материально-правовых норм процедур приобретения и лишения французского гражданства³.

¹ Niboyet J.P. Cours de droit international prive. Paris, 1949.

² Batiffol H. Les conflicts des lois en matiere de contrats. Paris, 1938; *Idem*. Aspects philosophiques du droit international prive. Paris, 1956.

³ См.: Бендеевский Т. Международное частное право: Учебник. М., 2005. С. 24.

Возможно, такое видение предмета МЧП связано с положением приказа министра образования Франции от 1895 г., который утвердил эти разделы в составе учебных планов юридических факультетов¹. 264

2.2.8. Английская школа международного частного права

Одним из классиков английской науки МЧП считается **Альберт Дэйси** (Albert Venn Dicey, 1835–1922)². Дэйси пишет о двойственном значении термина *law of England*, под которым можно понимать либо только материальное английское право, либо также коллизионное право³. Источник развития коллизионного права Дэйси видит в мирном сосуществовании независимых народов. По его мнению, применение иностранного права не является проявлением прихоти национального суда, а вызвано объективной невозможностью руководствоваться исключительно национальным правом без нарушения существенных прав не только иностранцев, но также самих англичан⁴. При этом Дэйси обосновывает доктрину «приобретенных прав», согласно которой английские суды не столько применяют иностранные законы, сколько признают субъективные права, приобретенные в соответствии с этими законами. Некоторое сходство коллизионных норм в разных странах Дэйси объясняет тождеством цели: признание прав, законно приобретенных в одной стране, другими странами⁵. Дэйси сформулировал шесть общих принципов МЧП. 265

Согласно первому принципу любое субъективное право, которое было должным образом приобретено по праву какой-либо цивилизованной страны, признается и в общем реализуется английскими судами. При этом субъективное право считается приобретенным недолжным образом, если с точки зрения английского суда иностранный суверен превысил свою законодательную или судебную компетенцию. 266

¹ См.: Бендевский Т. Международное частное право: Учебник. С. 24.

² Dicey A. Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws. London, 1896.

³ Ibid. P. 6.

⁴ Ibid. P. 9–10.

⁵ Ibid. P. 10–12.

- 267 В соответствии со вторым общим принципом Дайси «приобретенные права» не признаются, если: 1) они противоречат какому-либо акту парламента, имеющему экстратерриториальную силу; 2) они противоречат «политике» (policy) английского права¹; 3) они нарушают права иностранного суверена.
- 268 Третий принцип Дайси, называемый им «принципом эффективности» (*principle of effectiveness*), служит для разграничения юрисдикций. Согласно этому принципу компетентным судом для рассмотрения данного дела признается тот суд, который может дать решению надлежащую силу, т.е. принять «эффективное» решение. Так, например, если речь идет о владении недвижимостью на территории Англии, то здесь компетентным может быть только английский, а не иностранный суд. Кроме того, Дайси говорит о том, что решения судов могут быть не только «вполне эффективными», но также «относительно эффективными». В примере о недвижимости на территории Англии речь идет о «вполне эффективном» судебном решении. Решение же английского суда о разводе будет «относительно эффективным», так как не существует гарантии признания этого развода в других странах. С учетом этого Дайси пишет о том, что когда суд ни одной страны не может принять «вполне эффективное» решение, тогда юрисдикция должна быть признана за судом страны, который может обеспечить «наиболее эффективное» решение.
- 269 С принципом эффективности связан четвертый общий принцип Дайси, предполагающий, что компетенция суда может также основываться на добровольном подчинении лица, которое тем самым предоставляет суду возможность принять «эффективное» решение².
- 270 Согласно пятому принципу характер права, приобретенного по закону какой-либо цивилизованной страны, определяется по тому же праву, по которому совершено приобретение³.
- 271 Шестой принцип, касающийся значения воли сторон в МЧП, гласит, что иностранное право может применяться английским судом либо тогда, когда стороны правоотношения непосредственно указали на него, либо в качестве диспозитивного права, если это следует из обстоятельств дела.
- 272 Вышеупомянутые общие принципы Дайси извлечены из анализа теории и практики английского МЧП.

¹ Под «политикой» английского права имеется в виду понятие о морали, поддерживаемой английскими судами (*morality, supported by English courts*).

² *Dacey A. Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws*. P. 42.

³ *Ibid.* P. 56.

В учении Дайси понятие публичного порядка выступает под 273
именем «политики» (*policy*). Так, например, по мнению Дайси, контракт, который обычно подчиняется воле сторон, может быть признан недействительным английским судом, если этот контракт или его реализация противоречат английским государственным интересам либо политике английского права, либо нормам морали, поддерживаемым английским правом¹.

В качестве примеров таких недействительных контрактов Дайси 274
приводит договор о займе с целью поддержания войны с дружественным Англии государством, договор двух французов о займе для возбуждения восстания в Эльзасе, договор о плате за протитуцию, договор об обманном ведении бракоразводного дела в Англии².

Труд Дайси, дополненный и переработанный Моррисом, до сих 275
пор остается среди наиболее влиятельных и авторитетных пособий по МЧП Англии³.

Необходимо также упомянуть таких английских авторов, как 276
Джон Вестлейк (John Westlake), Мартин Вольф (Martin Wolff). Курс МЧП, подготовленный Дж. Чеширом (Cheshire) и П. Нортгом (Peter North), заслуженно пользуется большим авторитетом в английской доктрине МЧП.

2.2.9. Коллизионное право США

В доктрине и практике США предмет МЧП традиционно име- 277
ется конфликтным или коллизионным правом (*law of conflict of laws*).

Помимо вопросов, связанных с выбором компетентного пра- 278
вопорядка в случае коллизии законов различных штатов или государств, в предмет коллизионного права США входят вопросы коллизионной юрисдикции (*conflicts jurisdiction*), а также признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений.

Характерной особенностью американского коллизионного 279
права является и то, что его нормы направлены в основном на решение не столько международных, сколько межштатных (интерлокальных) коллизий. Кроме того, коллизионная проблематика рассматривается в США в значительной мере в качестве вопросов конституционного права, в частности в контексте таких сугу-

¹ Dicey A. Digest of the Law of England with Reference to the Conflict of Laws. P. 558.

² Ibid. P. 558–559.

³ Dicey and Morris. The Conflict of Laws. 12-th ed. London, 1993.

бо конституционных концепций, как «надлежащая правовая процедура» (*due process of law*), «равная защита перед законом» (*equal protection of the laws*), «полное доверие и признание» актов и судебных решений других штатов (*Full Faith and Credit to the acts and judgments of sister states*).

280 В вопросах коллизионной юрисдикции в судебной практике решающим конституционным тестом по-прежнему остается требование наличия «минимальной связи» (*minimum contacts*), впервые сформулированное в решении Верховного суда США по знаменитому делу *International Shoe v. Washington* и позднее конкретизированное в ряде других решений Верховного суда.

281 Еще одной важной отличительной особенностью американского коллизионного права является то обстоятельство, что, за исключением некоторых упомянутых конституционных вопросов, коллизионное право в целом является частью правовых систем отдельных штатов, а не частью федеральной правовой системы.

282 На практике это означает, что вместо коллизионного права США как такового правильнее говорить о коллизионных нормах отдельных штатов. Причем даже федеральные суды, решая дела с участием «граждан» различных штатов, обязаны руководствоваться коллизионными нормам того штата, в котором расположен данный федеральный суд¹.

283 Такое многообразие коллизионного права в США и отсутствие единого подхода неизбежно ведет к значительным сложностям в процессе решения межштатных и международных коллизий.

284 В начальный период развития коллизионного права США американские судьи, решая межштатные коллизии, руководствовались помимо прецедентного права Англии такими доктринальными источниками, как «Принципы справедливости» Кеймса и «*De conflictu legum*» Ульрика Губера (Ulric Huber).

285 По сути, начало развитию американского коллизионного права в качестве самостоятельной дисциплины было положено монументальным трудом выдающегося американского юриста, судьи Верховного суда США **Джозефа Стори** (Joseph Story, 1779–1845) «Комментарии о конфликте законов», впервые опубликованным в 1834 г.

¹ В праве США, согласно «доктрине Эри» (*Erie doctrine*), федеральные окружные суды при решении дел, в которых в качестве сторон выступают жители различных штатов или иностранный гражданин (так называемая *diversity jurisdiction*), должны применять право того штата, где находится суд (*Erie Railroad Co. v. Tompkins* 304 U.S. 64 (1938)).

В своих умозаключениях Дж. Стори исходил прежде всего из теории голландских юристов XVII в. На основе аксиом Губера Стори сформулировал три общих начала (*general maxims*), лежащих в основе «международной юриспруденции»¹: 1) каждое государство обладает исключительным суверенитетом и юрисдикцией на своей территории; 2) законы каждого государства не распространяют свое действие за территориальные пределы этого государства²; 3) законы одного государства могут получить экстратерриториальное действие на территории другого государства только в силу законов или согласия (явного или молчаливого) этого второго государства³.

Стори первым предложил само понятие «международное частное право» (*Private International Law*), которое прочно вошло в юридический лексикон английских и континентальных юристов.

Историю коллизионного права США в XX в. можно условно разделить на три основных периода: 1) эпоха господства теории приобретенных прав; 2) период так называемой «революции» в американском коллизионном праве и 3) эпоха эклектизма.

Первая половина XX в. в истории американского коллизионного права прошла под влиянием таких известных юристов, как судья Верховного суда США **Оливер Венделл Холмс** (Oliver Wendell Holmes, 1841–1935) и профессор Гарвардского университета **Джозеф Биль** (Joseph Henry Beale, 1861–1943), которые в основу коллизионного права положили доктрину приобретенных прав.

Согласно доктрине приобретенных прав американский суд не применяет иностранное право как таковое, а признает в качестве фактического обстоятельства и предоставляет защиту субъективному праву, возникшему в иностранном государстве.

Еще до того, как теория приобретенных прав легла в основу Свода коллизионного права 1934 г., эта теория стала объектом критики со стороны американского юриста **Уолтера Кука** (Walter Wheeler Cook, 1873–1943), который по праву считается предшественником теорий «коллизионной революции». В своей критике Кук исходил из доминировавшей в то время в американской доктрине теории «юридического реализма», согласно которой субъективное право является не

¹ *Story J. Commentaries on the Conflict of Laws, Foreign and Domestic, in regard to Contracts, Rights and Remedies, and especially in regard to Marriages, Divorces, Wills, Successions, and Judgements.* 3-th ed. Boston; London, 1846. P. 28.

² *Ibid.* P. 30.

³ *Ibid.* P. 33–34.

чем иным, как «предсказанием» того, что суд в данном конкретном деле или по конкретному вопросу поддержит истца¹. В соответствии с представлениями «реалистов» субъективные права как таковые не являются чем-то таким, что существует независимо от суда до того момента, когда суд принимает решение о принудительном осуществлении права. Отсюда, с точки зрения «юридического реализма», не имеет смысла говорить о «принудительном осуществлении приобретенных прав» в рамках коллизионного права. Иными словами, до тех пор, пока суд не вынес решения, никакого права, подлежащего принудительному исполнению, просто не существует².

292 Кук также доказывал, что теория приобретенных прав не в состоянии объяснить механизм принятия судебных решений по коллизионным вопросам.

293 Вместо теории приобретенных прав Кук предложил свою теорию, получившую название «теория местного права» (*Local Law Theory*)³. Согласно этой теории национальный суд не применяет иностранное право и не осуществляет в принудительном порядке иностранные субъективные права, на самом деле он применяет исключительно национальное право (единственное право, которое он может применить), причем в случае дел с иностранным элементом национальное право по соображениям справедливости может инкорпорировать некоторые принципы или правила, заимствованные из иностранной правовой системы или правовой системы другого штата. Иными словами, национальный суд, даже если кажется, что он применяет иностранное право, на практике во всех случаях применяет национальное право, причем делает он это таким образом, чтобы национальное право как можно больше соответствовало иностранному праву.

294 Вместе с тем теория «локального права», так же как и теория приобретенных прав, оказалась не в состоянии объяснить, право какой страны следует суду принимать во внимание – либо в качестве *lex fori*, либо в качестве иностранного права, которое национальное право воспроизводит в максимально возможной мере.

295 Дж. Биль, невзирая на ту критику, которой подвергли доктрину приобретенных прав такие ведущие коллизионисты, как Вехтер и Савиньи, положил ее в основу разработанного Институтом американского права первого Свода коллизионного права США 1934 г.,

¹ Holmes Oliver W. The Path of the Law // Harvard Law Review. 1897. Vol. 10. P. 457.

² Cook Walter W. The Logical and Legal Bases of the Conflict of Laws. 1942. P. 29–31.

³ Ibid. P. 20–21.

теоретическим фундаментом которого послужил трехтомный труд Биля «Трактат о коллизионном праве», опубликованный в 1935 г.

Дж. Биль, будучи главным докладчиком при создании этого Свода, полагал, что суд, решая коллизионный вопрос, не применяет иностранное право, которое не может иметь какого-либо эффекта в этом суде, а просто признает факт существования субъективного права, созданного за границей¹.

Хотя этот Свод представлял собой неофициальный доктринальный источник, он обладал достаточной степенью авторитета в глазах американских судей, чтобы оказать заметное влияние на судебную практику².

Традиционная система коллизионных норм, главным выразителем которой стал Первый свод, занимала господствующее положение в судебной практике вплоть до середины 50-х гг., когда на смену классической теории американского коллизионного права пришли новые «революционные» теории.

Тем не менее даже в настоящее время Первый свод представляет собой отнюдь не сугубо исторический интерес, поскольку около трети штатов по-прежнему активно используют его основные положения.

Несмотря на это, положения Первого свода продемонстрировали феноменальную живучесть в судебной практике по меньшей мере в пятнадцати юрисдикциях США, чьи суды по-прежнему привержены традиционной методологии решения коллизий. Таким образом, Первый свод коллизионного права и поныне продолжает иметь значительную практическую ценность и важность в современных условиях.

Середина XX в. ознаменовалась настоящей революцией в коллизионном праве США, связанной с именами таких выдающихся юристов, как Б. Карри, А. Эренцвейг, Д. Каверс, А. фон Мерен, Д. Траутман, Р. Вайнтрауб, У. Риз и др. Труды этих авторов поколеба-

¹ *Beale J. A Treatise on the Conflict of Laws. New York, 1935. P. 1969, 1974.*

² Институт американского права, пользующийся высокой репутацией в американском юридическом сообществе, с 1923 г. издает при активном участии и поддержке ведущих адвокатов, профессоров и университетов комментируемый Свод права. Этот 30-томный Свод представляет собой собрание упорядоченных и систематизированных прецедентов, сформулированных в форме параграфов, и призван не только отразить современное состояние общего права в США, но и в определенной мере наметить пути его дальнейшего развития. Не являясь источником права в строгом смысле этого слова, Свод права является тем средством, к которому в спорных случаях нередко обращаются американские суды за доказательной базой для своей аргументации (*Кох Х., Магнус У., Винклер фон Морфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведеие. М., 2001. С. 361*).

ли устои традиционного МЧП, по-новому осветив старые коллизионные вопросы. Характерные черты американской науки коллизионного права таковы: во-первых, предметом этого права в основном являются межштатные (интерлокальные) коллизии; во-вторых, американская доктрина, включая науку коллизионного права, в значительной степени сформировалась под влиянием теории правового реализма, сторонники которого сознательно принижали значение юридических норм, отдавая предпочтение судейскому правотворчеству; в-третьих, современные теории и концепции коллизионного права США созданы не практиками, а изолированными от практических нужд теоретиками, профессорами права, формирующими и тестирующими свои теории не столько в судах, сколько в лекционных аудиториях университетов. Эти черты американской доктрины присущи многим теоретикам американского коллизионного права, сыгравшим решающую роль в его реформировании.

302 Так, американский юрист **Брейнерд Карри** (Breinerd Currie, 1912–1965) предпринял попытку разработать радикально новую теорию МЧП, оказавшую, пожалуй, наиболее заметное влияние на судебную практику. В своей теории, получившей название «теория правительственного интереса», Карри отверг традиционные коллизионные нормы и вместо этих норм перенес центр тяжести на анализ «политики права» (целей), стоящей за материальным правом определенного государства. В ситуациях с иностранным элементом Карри предложил путем толкования материальных норм выявлять государственные интересы, лежащие в основе этих норм.

303 Учение Карри подверглось некоторой модификации в теории **Вильяма Бакстера** (William F. Baxter, 1929–1998) под названием «теория сравнительного ущерба» (*comparative impairment*), согласно которой при решении коллизионной проблемы следует прежде всего взвешивать тот сравнительный ущерб, который может быть нанесен интересам определенного государства в случае неприменения его права¹.

304 Другой автор – **Альберт Эренцвейг** (Albert Ehrenzweig, 1906–1973) главную задачу своей теории видел в том, чтобы заменить коллизионные нормы традиционного МЧП интерпретацией материальных норм частного права страны суда. По его мнению, коллизионные нормы являются неким «сверхправом», поскольку они, в отличие от подлинного, т.е. национального материального права «навязаны сверху» либо на национальном, либо на международном

¹ Baxter W. Choice of Law and the Federal System // Stanford Law Review. 1963. Vol. 16.

уровне. Как полагал Эренцвейг, для «сверхправа» характерна попытка решения коллизионных вопросов посредством концептуальных размышлений, а не с помощью фактического анализа. Суть метода Эренцвейга заключается в том, что ситуации с иностранным элементом необходимо решать не столько с помощью коллизионных норм, сколько на основе интерпретации норм материального права суда. Свой подход к коллизионной проблематике Эренцвейг называл «надлежащее право в надлежащем суде» (*proper law in a proper forum*) и предпринял попытку в духе американского юридического реализма сформулировать правила, которыми в действительности руководствуются американские суды в процессе решения коллизионных вопросов. Интерпретируя нормы частного права страны суда, Эренцвейг стремился к применению «лучшего права» (*better law*).

Еще задолго до того, как Карри и Эренцвейг сформулировали свои теории, **Дэвид Ф. Каверс** (David Cavers, 1902–1986) на основе позитивного метода Кука и Лорензена предпринял наступление на традиционное МЧП. В своей известной статье «Критика проблемы выбора права» (*A Critique of the Choice-of-Law Problem*), опубликованной в 1933 г., Каверс выступил против чрезмерного, по его мнению, акцента на «определенности и единообразии» в МЧП и призвал к пересмотру либо даже полному отказу от традиционных коллизионных норм и созданию вместо них фундаментально отличного подхода по сравнению с подходом тогдашних судов. Каверс считал ошибочным при решении коллизий определять применимое право «вслепую», вместо того чтобы ознакомиться с содержанием иностранного материального частного права. По его мнению, решая коллизионную проблему, нельзя подходить к этому процессу сугубо механически, игнорируя последствия применения иностранного права. Как подчеркивал при этом Каверс, традиционные коллизионные нормы являются результатом попыток распределить юридические проблемы между территориальными юрисдикциями и не созданы с целью справедливого решения конкретных дел. Декларируемой целью метода Каверса является достижение справедливого результата в конкретном деле путем сравнительного анализа конкурирующих соображений в пользу применения права той или иной страны.

На фоне американской «коллизионной революции» **Роберта А. Лефлара** (Robert A. Leflar, 1901–1997) можно отнести к категории умеренных реформаторов наряду с такими учеными, как У. Риз, А. фон Мерен, Д. Траутман и Р. Вайнтрауб.

307 Свою теорию Лефлар начинает с определения «ложной коллизии» как коллизии материальных норм нескольких государств, решение которой ведет в конечном счете к идентичному результату в этих государствах. Метод Лефлара, который иногда называют методом учета обстоятельств, влияющих на выбор права, основывается на учениях других американских коллизионистов, прежде всего Эренцвейга, Карри и Каверса. В основе этого метода находятся следующие принципы или соображения (*considerations*), которые суду следует учитывать при выборе применимого права:

- 1) предсказуемость результатов;
- 2) поддержание межштатного и международного порядка;
- 3) упрощение судебной задачи;
- 4) превалирование правительственных (государственных) интересов суда;

5) применение лучших норм права.

308 **Артур фон Мерен** (Arthur T. von Mehren) и **Дональд Траутман** (Donald Trautman) (профессора Гарвардской школы права) изложили свою теорию в учебнике по коллизионному праву, впервые опубликованном в 1965 г. В этом учебнике они рекомендовали функциональный подход или анализ, цель которого заключается в решении коллизионных вопросов, связанном с применением политики права и целей, на которых основываются отдельные нормы права и правовая система в целом.

309 Согласно предложенному подходу прежде всего необходимо выявить «заинтересованные юрисдикции», под которыми понимаются «все юридически релевантные сообщества», имеющие интерес в данном возникшем вопросе. Этот интерес может быть либо действительным, либо потенциальным.

310 **Рассел Дж. Вайнтрауб** принадлежит к более позднему поколению «коллизионных революционеров» и его версия теории «функционального анализа» и «рационального решения» имеет заметное сходство с теорией фон Мерена и Траутмана.

311 В своей теории Вайнтрауб проводит различие между «территориально ориентированной коллизионной нормой» (*territorially-oriented choice-of-law rule*), указывающей на географическое местонахождение в качестве источника применимого права, и процессом «функционального анализа»¹. Этот процесс состоит из трех этапов:

¹ Вайнтрауб в своих работах «функциональный анализ» называет еще «функциональным подходом» или «подходом государственного интереса» (*state interest approach*).

1) установление «очевидно коллидирующих» национальных норм юрисдикций, имеющих связи со сторонами сделки и самой сделкой;

2) установление политики, стоящей за этими нормами, а также выяснение вопроса, в интересах политики какого государства будет применено соответствующее национальное право. Если только одно государство заинтересовано в реализации своей политики путем применения национального права, тогда имеет место «ложная коллизия»;

3) в случае «подлинной коллизии» ее рациональное решение должно сосредоточиться на политике или тенденциях развития права, являющихся общими для конкурирующих юрисдикций. При этом возможно создание новой нормы *ad hoc*, отличающейся по содержанию от национального права коллидирующих систем права, однако способствующей согласованию противоречащих друг другу политик.

Фридриха К. Юнгера (Friedrich K. Jünger, 1930–2001) можно скорее отнести к «постреволюционному» поколению американских коллизионистов, во взглядах которого в наибольшей степени заметен скептицизм относительно последствий американской «коллизионной революции». Юнгер в целом довольно критически оценивал то состояние неопределенности и хаоса, которое воцарилось в теории и практике коллизионного права США во второй половине XX в., характеризуя Второй свод коллизионного права как «кодифицированную эклектику». 312

Решение проблем современного МЧП видится Юнгера в унификации норм материального частного права различных государств, в расширении принципа автономии воли сторон, с тем чтобы стороны сделки могли избирать в качестве применимого права нормы *lex mercatoria*, Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА, а также другие нормы транснационального характера. Выход из кризиса МЧП Юнгер также видит в процессе «субстантификации» (*substantification*) МЧП. Под «субстантификацией» МЧП Юнгер понимает создание коллизионных правил, направленных на поддержание и продвижение материальной (субстанциональной) справедливости, в частности таких видов материальной политики, как действительность международных сделок и защита жертв деликтов. 313

Анализируя общие черты, присущие рассмотренным выше коллизионным теориям в доктрине США, немецкий профессор Г. Кегель выделил семь следующих принципиальных моментов, которые отличают подходы представителей «коллизионной рево- 314

- люции» от традиционного коллизионного права, представленного положениями Первого свода коллизионного права США¹.
- 315 Толкование нормы материального права определяет само по себе либо совместно с другими обстоятельствами, будет ли эта норма применяться в ситуации с иностранным элементом.
- 316 Поскольку решение, связанное с иностранным элементом, зависит полностью или частично от толкования норм материального права, это решение может быть принято на основе *ad hoc* или на основе очень узкого по сфере применения коллизионного правила, а не на базе коллизионных норм, охватывающих широкие группы или категории норм материального права.
- 317 В отсутствие коллизионных норм, охватывающих широкие группы или категории норм материального права, с неизбежностью следует невозможность существования более общих норм, представляющих общую часть МЧП, например таких, как нормы о квалификации, предварительном вопросе, обратной отсылке и оговорке о публичном порядке. Такие правила, по выражению Эренцвейга, являются не более чем судебными «ухищрениями» (*gimmicks*).
- 318 В отсутствие коллизионных норм невозможно предсказать результат судебного разбирательства, связанного с коллизионным вопросом; поэтому решения можно достичь только путем «процесса» поиска применимого права.
- 319 Этот процесс начинается с устранения «ложной коллизии» и заканчивается решением «подлинной коллизии».
- 320 Государство (штат) может иметь «правительственный интерес» касательно реализации своей политики права, воплощенной в национальной норме материального права, в определенных ситуациях с иностранным элементом.
- 321 Определенные обстоятельства могут потребовать применения «лучшего права».
- 322 Коллизионные теории американских «революционеров» подверглись обстоятельной критике со стороны основоположника советской науки МЧП Л.А. Лунца, который полагал, что в конечном счете все эти теории, будучи совершенно различными по своему содержанию, приходят к одному и тому же: стремлению «отбросить твердые коллизионные принципы, доказать правомерность применения к гражданским делам с иностранным элементом только

¹ *Kegel G. Fundamental Approaches // International Encyclopedia of Comparative Law. Private International Law. Chapter 3. P. 66–67.*

собственного материального права, предоставить американскому суду широкую дискрецию в выборе применимого права»¹.

Каковы же конкретные практические итоги «коллизии революции»?

Не будет преувеличением сказать, что современное американское коллизийное право находится в состоянии беспорядка. Современная теория коллизийного права в США отмечена печатью эклектики и даже некоторой эксцентричности. Среди теоретиков и практиков нет консенсуса даже по поводу необходимости коллизийных норм. Коротко говоря, «коллизийные революционеры» проявили единство только в разрушении старого, традиционного порядка, так и не договорившись о том, каким должно быть новое коллизийное право. Более того, эксцессы «революции» вызвали появление «контрреволюционных» течений в лице так называемых «новых территориалистов», стремящихся подчинить все частные правоотношения с иностранным элементом принципу территориальности, а значит, *lex fori*.

Еще большая эклектика и беспорядок наблюдаются в американских судах. Как пишет в этой связи Куртланд Петерсон, «попытки классифицировать пятьдесят две американские юрисдикции столкнулись со сложностями, поскольку многие суды восприняли в основном эклектический подход»².

Создатели Второго свода коллизийного права США по крайней мере частично попытались реализовать цели, которые сформулировали в свое время теоретики «коллизийной революции». Согласно докладчику Второго свода **Уиллису Л.М. Ризу** (Willis L.M. Reese), чьи взгляды легли в его основу, процесс разработки свода занял целых 18 лет.

В целом Второй свод коллизийного права радикально отличается от Первого свода прежде всего тем, что его разработчики отказались от догмы «приобретенных прав» и излишне жестких коллизийных привязок. Вместо этого была предпринята попытка найти компромисс между решениями *ad hoc* и традиционными коллизийными привязками. Таким образом, Второй свод воздерживается от формулирования жестких коллизийных норм и пред-

¹ Минаков А.И. Л.А. Лунц – выдающийся российский ученый – основоположник российской науки международного частного права // Проблемы международного частного права / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 17.

² Peterson C. Private International Law at the End of the Twentieth Century: Progress or Regress? // American Journal of Comparative Law. 1998. Vol. 46. P. 207.

лагает взамен некоторые общие принципы или начала, направляющие судью в поиске применимого права.

328 Краеугольным камнем Второго свода стал принцип наиболее тесной связи, закрепленный в знаменитом шестом параграфе Свода.

329 С точки зрения своего концептуального содержания Второй свод коллизионного права является своеобразным компромиссом между традиционным коллизионным правом и правовыми воззрениями «коллизионных революционеров». Как подчеркивается в комментарии ко Второму своду, этот Свод «был написан с точки зрения нейтрального суда, который не стремится к защите собственного интереса и пытается только применить наиболее приемлемое право» (*the most appropriate law*).

330 По-видимому, Второй свод коллизионного права оправдывает характеристики, данную ему Ф. Юнгером, – как «кодифицированная эклектика».

КОНТРОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ К ГЛАВЕ 2

1. Когда появились первые коллизионные нормы в России?
2. В какое время начались первые исследования в области МЧП в России?
3. Каковы причины активного развития МЧП в России в начале XX в.?
4. К какому времени относится зарождение МЧП в зарубежных странах?
5. Почему в источниках римского права не содержится информации о коллизионном праве, несмотря на активное взаимодействие Рима с другими народами?
6. Как формировались коллизионные нормы в Италии в период Средневековья?
7. Каковы основные концепции развития МЧП в Германии в XIX в.? В чем заключался метод Ф.К. Савиньи?
8. Какие основные постулаты МЧП провозгласил Манчини?
9. Какие основные концепции МЧП сформулированы французскими коллизионистами в XIX в.?
10. В чем заключается специфика английской школы МЧП?
11. Какие основные задачи решало американское коллизионное право?

ГЛАВА 3. ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

3.1. НАЦИОНАЛЬНОЕ ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВО

3.1.1. Российское законодательство по международному частному праву

Международное частное право представляет собой развитую *1*
комплексную отрасль права Российской Федерации, при этом его основным источником является внутреннее законодательство страны. В связи с тем, что Россия в отличие от целого ряда государств (Австрии, Венгрии, Польши, Турции, Швейцарии и др.) не пошла по пути принятия единого кодифицированного акта по вопросам МЧП, соответствующие нормы содержатся в различных правовых актах разной юридической силы и отраслевой принадлежности.

Основополагающее значение для регулирования отношений, *2*
осложненных иностранным элементом, имеют положения **Конституции РФ**. В частности, нормы о правовом положении всех лиц, находящихся на территории нашего государства (в том числе и иностранцев, и лиц без гражданства), содержатся в ст. 2, 7, в статьях гл. 2 и в ст. 62 указанного акта¹. Статья 8 и ряд статей гл. 2 Конституции провозглашают основные гарантии успешной предпринимательской и иной, не запрещенной законом экономиче-

¹ В частности, ст. 2 Конституции РФ провозглашает человека, его права и свободы высшей ценностью в государстве; ч. 1 ст. 17 гласит, что указанные права и свободы признаются и гарантируются согласно общепризнанным принципам и нормам международного права и в соответствии с Конституцией РФ; ст. 19 объявляет равенство всех перед законом и судом независимо от признаков пола, расы, национальности, языка, происхождения, имущественного и должностного положения, места жительства, религиозных и политических убеждений, а ст. 62 устанавливает в отношении иностранных граждан и лиц без гражданства национальный правовой режим (кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором Российской Федерации).

ской деятельности в нашей стране: единство экономического пространства, свободное перемещение товаров, услуг и финансовых средств, поддержку конкуренции, свободу экономической деятельности, признание и защиту всех форм собственности, свободу трудовой деятельности и т.д. Крайне важное значение для международного частного права имеет положение Конституции РФ о том, что общепризнанные нормы и принципы международного права и международные договоры РФ признаются составной частью ее правовой системы и в случае, если международным договором РФ предусмотрены иные правила, чем те, которые установлены национальным законом, подлежат применению правила такого международного договора (ч. 4 ст. 15). Нельзя забывать и о нормах Конституции, которые касаются разграничения предметов ведения между Российской Федерацией и ее субъектами. Согласно ст. 71 в исключительном ведении Российской Федерации находятся, среди прочего, финансовое, валютное, кредитное, таможенное регулирование; внешняя политика и международные отношения РФ, международные договоры, заключаемые РФ; внешнеэкономические отношения РФ; судоустройство; прокуратура; уголовное, уголовно-процессуальное и уголовно-исполнительное законодательство; гражданское, гражданско-процессуальное и арбитражно-процессуальное законодательство; правовое регулирование интеллектуальной собственности; федеральное коллизионное право. Статья 72 относит к совместному ведению Российской Федерации и субъектов, в частности, административное, административно-процессуальное, трудовое, семейное, жилищное, земельное, водное, лесное законодательство, законодательство о недрах, об охране окружающей среды; координацию международных и внешнеэкономических связей субъектов Российской Федерации, выполнение международных договоров Российской Федерации.

- 3 В связи с тем, что РФ относится к группе стран, в которых единый кодифицированный акт по МЧП отсутствует, основной свод соответствующих норм содержится в **разд. VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса РФ** от 26 ноября 2001 г., вступившей в силу 1 марта 2002 г. С принятием данного акта впервые в истории нашей страны удалось собрать воедино значительное количество коллизионных норм МЧП, разбросанных до этого в различных источниках, устранить противоречящие и дублирующие друг друга законодательные положения, а также привести все нормы в соответствие с международными

обязательствами РФ и современными мировыми тенденциями в области регулирования отношений, осложненных иностранным элементом. Безусловно, в разд. VI части третьей ГК были включены не все коллизионные нормы, некоторые из них в настоящее время содержатся в иных актах, материально-правовые нормы, входящие в состав МЧП, были также оставлены за рамками этого раздела, однако тем не менее неоспоримо, что принятие ГК РФ явилось новой вехой в развитии МЧП в России¹.

Раздел VI ныне действующего ГК РФ состоит из 39 статей, объединенных в три главы (гл. 66–68). Глава 66 содержит общие положения, гл. 67 устанавливает право, подлежащее применению при определении правового положения лиц, а гл. 68 устанавливает право, подлежащее применению к имущественным и личным неимущественным отношениям. Таким образом, раздел охватывает практически все основные институты международного гражданского обмена: правовое положение участников гражданского оборота (физических и юридических лиц, индивидуальных предпринимателей, организаций, не имеющих статуса юридического лица, а также посвящен особенностям участия в частноправовых отношениях, осложненных иностранным элементом, государства), опеку и попечительство, право собственности и иные вещные права, различные виды договоров, обязательства из односторонних сделок, вследствие причинения вреда и неосновательного обогащения, наследование. Несомненным достижением данной кодификации является закрепление ранее отсутствовавших в советском и российском законодательстве положений, таких как: 1) коллизионный принцип привязки к праву, наиболее тесно связанному с договором; 2) ограничение применения иностранного права в силу оговорки о публичном порядке и императивных норм; 3) регулирование положения государства при участии в соответствующих отноше-

¹ В первом Гражданском кодексе РСФСР 1922 г. имелась лишь одна статья с двумя примечаниями, предметом регулирования которой была область МЧП. В Основах гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г. норм было больше – разд. VIII включал ст. 122–129 и озаглавлен он был «Правоспособность иностранцев и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств, международных договоров и соглашений». В ГК РСФСР 1964 г. содержание разд. VIII Основ было воспроизведено без изменений. В Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., введенных в действие 3 августа 1992 г., соответствующий раздел назывался несколько иначе – «Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров» и включал 15 статей.

ниях; 4) широкая сфера действия для закона, выбранного по соглашению сторон, и т.д. Закрепление указанных норм свидетельствует о том, что российский законодатель учел тенденции развития МЧП и практику регулирования по подобным вопросам ведущих иностранных государств.

- 5 Вместе с тем есть и существенные претензии к данному разделу ГК РФ.
- 6 Во-первых, включение большинства коллизионных норм МЧП под названием «Международное частное право» в Гражданский Кодекс естественным образом указывает на то, что МЧП является институтом гражданского права. Это вызывает вопросы, поскольку большинство исследователей единогласно признают МЧП отдельной комплексной отраслью внутригосударственного права.
- 7 Во-вторых, само название раздела, казалось бы, говорит о том, что сгруппированные в нем нормы подлежат применению ко всем отношениям, являющимся предметом регулирования МЧП. Тем не менее из текста Закона становится ясно, что речь идет только о гражданско-правовых отношениях. Семейные, трудовые и иные отношения, в том числе и отношения по международному гражданскому процессу, урегулированы в рамках других отраслевых и межотраслевых актов, которые практически не содержат положений общего характера. Складывается ситуация, при которой указанные акты в принципе не противоречат друг другу и не содержат дублирующих положений, но вместе с тем неясно, на каких основаниях следует применять нормы ГК к отношениям, урегулированным другими отраслевыми и межотраслевыми актами.
- 8 В-третьих, в юридической литературе вполне резонно отмечается, что нормативный состав МЧП не сводится только к коллизионным нормам. Оно включает также и нормы материально-правового характера, о чем свидетельствует и доктрина, и практика разных стран, следовательно, строение и содержание данного раздела ГК не совсем адекватно отражают существующий уровень теоретического осмысления вопросов МЧП в мировой и отечественной доктрине. В связи с вышесказанным помимо разд. VI большое значение для регулирования внешнеэкономических сделок имеют п. 3 ст. 162, положения разд. III «Общая часть обязательственного права» части первой ГК РФ и положения об отдельных видах обязательств части второй ГК РФ. При регулировании отношений, осложненных иностранным элементом и возникающих по поводу авторских и иных смежных с ними прав, нельзя забывать

о части четвертой ГК РФ, принятой 18 декабря 2006 г. и вступившей в силу 1 января 2008 г., в которой была осуществлена полная кодификация действующего законодательства об интеллектуальной собственности, и т.п.

Нормы МЧП содержатся и в ряде других кодифицированных актов, среди которых можно назвать: 9

- Семейный кодекс РФ от 29 декабря 1995 г.;
- Воздушный кодекс РФ от 19 марта 1997 г.;
- Кодекс торгового мореплавания РФ от 30 апреля 1999 г.;
- Земельный кодекс РФ от 25 октября 2001 г.;
- Трудовой кодекс РФ от 30 декабря 2001 г.;
- Таможенный кодекс РФ от 28 мая 2003 г.

Так, в **Семейном кодексе РФ** нормы МЧП содержатся в разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства» (который насчитывает 12 статей: ст. 156–167). В указанных статьях содержатся положения, посвященные форме, порядку и условиям заключения брака с иностранным участием на территории Российской Федерации; положения о признании браков, заключенных за пределами РФ или на ее территории в дипломатических и консульских учреждениях иностранных государств (консульских браков); положения, касающиеся недействительности и расторжения упомянутых браков; положения об установлении и оспаривании отцовства (материнства); об усыновлении (удочерении) детей. Помимо прочего в СК РФ урегулированы вопросы о применимом праве для определения личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов (ст. 161), родителей и детей (ст. 163), алиментных обязательств совершеннолетних детей и других членов семьи (ст. 164) и т.д. 10

В отличие от действовавшего ранее КТМ СССР 1968 г., которым закреплялись лишь несколько коллизионных норм в ст. 14, в **Кодексе торгового мореплавания РФ** включен раздел XXVI «Применимое право», насчитывающий 14 статей (ст. 414–427) и формирующий развернутую систему коллизионных норм по широкому кругу отношений, связанных с торговым мореплаванием с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц или осложненных иным иностранным элементом. В частности, КТМ РФ содержит нормы об определении права, подлежащего применению для разрешения вопросов о праве собственности и других вещных правах на судно (ст. 415), о правовом 11

положении членов экипажа судна (ст. 416), о правах на затонувшее имущество (ст. 417); положения, посвященные различным договорам, заключаемым в области торгового мореплавания (ст. 418), общей аварии (ст. 419), отношениям, возникающим из столкновения судов (ст. 420), из причинения ущерба от загрязнения с судов нефтью (ст. 421) или в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ (ст. 422) и т.д.

- 12 В **Трудовом кодексе РФ** отсутствует отдельный раздел, посвященный вопросам регулирования трудовых отношений, осложненных иностранным элементом; в связи с этим нормы МЧП можно найти в различных статьях этого акта, в частности ст. 3 посвящена запрету дискриминации в сфере труда, ст. 11 распространяет на территории Российской Федерации действие настоящего Кодекса, законов и иных нормативных правовых актов по вопросам трудового права, в том числе и на трудовые отношения иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими либо с их участием, работников международных организаций и иностранных юридических лиц и т.д.

- 13 Что касается **Земельного кодекса РФ**, то в качестве примера норм МЧП в данном акте можно привести следующие положения:

- ст. 5 «Участники земельных отношений» прямо предусматривает, что права иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц на приобретение в собственность земельных участков определяются в соответствии с Земельным кодексом и федеральными законами;
- ч. 3 ст. 15 «Собственность на землю граждан и юридических лиц» гласит, что иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками, находящимися на приграничных территориях, перечень которых устанавливается Президентом РФ в соответствии с федеральным законодательством о Государственной границе РФ, и на иных установленных особо территориях Российской Федерации в соответствии с федеральными законами;
- согласно ч. 1 ст. 22 «Аренда земельных участков» иностранные граждане, лица без гражданства могут иметь расположенные в пределах территории Российской Федерации земельные участки на праве аренды, за исключением предусмотренных ЗК РФ случаев, и т.п.

Нормы МЧП можно обнаружить и в целом ряде федеральных законов, среди которых можно назвать:

- Закон РФ от 21 февраля 1992 г. № 2395-1 «О недрах»;
- Закон РФ от 15 апреля 1993 г. № 4804-1 «О вывозе и ввозе культурных ценностей»;
- Федеральный закон от 30 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции»;
- Федеральный закон от 15 апреля 1998 г. № 64-ФЗ «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации»;
- Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)»;
- Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. № 39-ФЗ «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»;
- Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»;
- Федеральный закон от 31 мая 2002 г. № 62-ФЗ «О гражданстве Российской Федерации»;
- Федеральный закон от 24 июля 2002 г. № 101-ФЗ «Об обороте земель сельскохозяйственного назначения»;
- Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»;
- Федеральный закон от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»;
- Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»;
- Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»;
- Федеральный закон от 22 июля 2005 г. № 116-ФЗ «Об особых экономических зонах в Российской Федерации»;
- Федеральный закон РФ от 29 апреля 2008 г. № 57-ФЗ «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»,
- и некоторые другие акты.

Например, в **Федеральном законе «О гражданстве Российской Федерации»** содержатся нормы об условиях, при которых

иностранцы граждане и лица без гражданства, достигшие возраста 18 лет и обладающие дееспособностью, имеют право обратиться с заявлениями о приеме в гражданство Российской Федерации в общем, а также в упрощенном порядке

- 16 Согласно ст. 1 **Федерального закона «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»** данный Закон определяет правовое положение иностранных граждан в Российской Федерации, а также регулирует отношения между иностранными гражданами, с одной стороны, и органами государственной власти, органами местного самоуправления, должностными лицами указанных органов, с другой стороны, возникающие в связи с пребыванием (проживанием) иностранных граждан в Российской Федерации и осуществлением ими на территории Российской Федерации трудовой, предпринимательской и иной деятельности.
- 17 Статья 4 Закона, в частности, закрепляет основы правового положения иностранных граждан, предусматривая, что иностранные граждане пользуются в РФ правами и несут обязанности наравне с гражданами РФ, за исключением случаев, предусмотренных федеральным законом.
- 18 В соответствии со ст. 1 **Федерального закона «О миграционном учете иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации»** данный Закон регулирует отношения, возникающие при осуществлении учета перемещений иностранных граждан и лиц без гражданства, связанных с их въездом в Российскую Федерацию, транзитным проездом через территорию Российской Федерации, передвижением по территории Российской Федерации при выборе и изменении места пребывания или жительства в пределах Российской Федерации либо выездом из Российской Федерации. Например, ст. 6 закрепляет права иностранных граждан при осуществлении миграционного учета, а ст. 7 – обязанности.
- 19 В свою очередь нормы **международного процессуального права** содержатся в таких документах, как:
- Федеральный конституционный закон от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации»;
 - Гражданский процессуальный кодекс РФ от 14 ноября 2002 г.;
 - Арбитражный процессуальный кодекс РФ от 24 июля 2002 г.;

- Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»¹;
- Федеральный закон от 2 октября 2007 г. № 229-ФЗ «Об исполнительном производстве»;
- Основы законодательства РФ о нотариате от 11 февраля 1993 г.

В частности, в гл. 1 «Основные положения» АПК РФ МЧП посвящена ст. 14 «Применение норм иностранного права», которая практически полностью повторяет текст ст. 1191 ГК РФ «Установление содержания норм иностранного права». Помимо этой статьи нормы МЧП содержатся в гл. 31, 32 и 33 АПК. 20

Глава 31 АПК «Производство по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений» регулирует порядок подачи и рассмотрения заявления о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений, основания отказа, вынесение арбитражным судом определения по итогам рассмотрения заявления, принудительное исполнение соответствующих решений. 21

Раздел VI АПК «Производство по делам с участием иностранных лиц» состоит из двух глав – гл. 32 и 33. 22

Глава 32 «Компетенция арбитражных судов в Российской Федерации по рассмотрению дел с участием иностранных лиц» содержит нормы, которые определяют общую и исключительную компетенцию арбитражных судов по названной категории дел, условия действия соглашения сторон о компетенции арбитражного суда, возможность принятия обеспечительных мер, судебный иммунитет иностранного государства и международных организаций, а также процессуальные последствия рассмотрения иностранным судом дела по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям. 23

Глава 33 «Особенности рассмотрения дел с участием иностранных лиц» устанавливает правила рассмотрения дел с участием иностранных лиц; процессуальные права и обязанности последних; требования, предъявляемые к документам иностранного происхождения; порядок и условия исполнения российским арбитражным судом поручений иностранных судов и компетентных органов иностранных государств о выполнении отдельных процессуальных требований, а также право арбитражных судов в свою оче- 24

¹ Данный акт установил правовые основы третейского разбирательства коммерческих споров, возникающих в рамках международного делового оборота.

редь обращаться к иностранным судам и компетентным органам с соответствующими поручениями.

25 В **Основах законодательства РФ о нотариате** нормы МЧП расположены в гл. XXI «Применение нотариусом норм иностранного права. Международные договоры». Статьи данной главы устанавливают, в частности, следующее:

- порядок применения нотариусом норм иностранного права;
- действия, связанные с охраной наследственного имущества, оставшегося после смерти иностранного гражданина, либо имущества, причитающегося иностранному гражданину после смерти гражданина РФ, и с выдачей свидетельства о праве на наследство в отношении такого имущества;
- условия принятия нотариусом документов, составленных за границей;
- порядок взаимоотношений нотариуса с органами юстиции других государств;
- обязанность нотариуса по обеспечению доказательств, требующихся для ведения дел в органах других государств.

26 **Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже»** установил правовые основы третейского разбирательства коммерческих споров, возникающих в рамках международного делового оборота.

27 В ст. 10 **Федерального закона «Об исполнительном производстве»** предусмотрено, что положения данного Закона распространяются на иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных организаций при исполнении в отношении их судебных актов, актов других органов и должностных лиц. Статья 11 устанавливает порядок исполнения решений иностранных судов и арбитражей.

28 Следует отметить, что материально-правовые нормы МЧП помимо законов могут содержаться и в подзаконных актах. В качестве примера можно привести следующие акты:

- ныне утратившие силу указы Президента РФ
 - от 24 декабря 1993 г. № 2285 «Вопросы соглашений о разделе продукции при пользовании недрами»;
 - от 27 сентября 1993 г. № 1466 «О совершенствовании работы с иностранными инвестициями»;
 - от 16 декабря 1993 г. № 2146 «О привлечении и использовании в Российской Федерации иностранной рабочей силы»,
 - от 29 апреля 1994 г. № 847 «О дополнительных мерах по упорядочиванию привлечения и использования в Российской Федерации иностранной рабочей силы»;

- утративший силу приказ Роспатента от 6 июня 2003 г. № 82 «О правилах составления, подачи и рассмотрения заявки на выдачу патента на изобретение». Вместо него действует приказ Минобрнауки от 29 октября 2008 г. № 327 «Об утверждении Административного регламента исполнения Федеральной службой по интеллектуальной собственности, патентам и товарным знакам государственной функции по организации приема заявок на изобретение и их рассмотрения, экспертизы и выдачи в установленном порядке патентов Российской Федерации на изобретение»;
- сохранившее свое действие постановление Правительства РФ от 29 марта 2000 г. № 275 «Об утверждении Правил передачи детей на усыновление (удочерение) и осуществления контроля за условиями их жизни и воспитания в семьях усыновителей на территории Российской Федерации и Правил постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства».

3.1.2. Законодательство зарубежных стран по международному частному праву

Внутринациональные правовые нормы, направленные на регулирование общественных отношений, осложненных иностранным элементом, по-прежнему имеют наибольший удельный вес среди всех источников международного частного права. 29

Нормы, устанавливавшие определенный правовой режим в отношении иностранцев, существовали еще в римском праве (*ius gentium*) и были более приспособлены для нужд развивающегося торгового оборота, нежели старое *ius civile*. Однако они носили внутренний материально-правовой характер и, по сути, международным частным правом не являлись. Как справедливо отмечал Л.А. Лунц, при едином *ius gentium* не было условий для развития коллизионных норм, которые обслуживали бы торговый оборот (хотя, по мнению некоторых исследователей, в памятниках римского права и содержатся некоторые упоминания о случаях, когда ставился вопрос о «выборе компетентного правопорядка»)¹. 30

За точку отсчета для периодизации истории активной разработки законодательства по МЧП может быть принята вторая поло- 31

¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 2002. С. 119.

вина XIX в. – время утверждения предложенного Ф.К. Савиньи коллизионного метода локализации правоотношений. Между тем по вопросу дальнейшей периодизации истории международного частного права в доктрине существуют несколько различные мнения (отличающиеся друг от друга, правда, не столько характеристической и числом этапов, сколько их временными рамками). Представляется возможным поддержать точку зрения А.Н. Жильцова и А.И. Муранова, которые предлагают следующую периодизацию:

- вторая половина XIX в. – 60-е гг. XX в. Отдельные нормативные акты по МЧП принимаются в Швейцарии (1891 г.), Японии (1898 г.), Польше (1926 г.). В других государствах коллизионное регулирование разрабатывается в гражданском кодексе в рамках кодификации гражданского права либо принимается специальный вводный закон, например в Германии (1896 г.), Бразилии (1942 г.), Египте (1948 г.). Некоторые государства принимают специальные законы, содержащие коллизионное регулирование отдельных правовых институтов: так, в Финляндии с 1929 г. действует закон, регулирующий семейно-правовые отношения международного характера;
- начало 60-х – конец 70-х гг. XX в. Появляются первые кодификации по МЧП в Чехословакии (1963 г.), Албании (1964 г.). Специальные нормативные акты по коллизионным вопросам принимаются в Кувейте (1961 г.), Южной Корее (1962 г.). В гражданские кодексы Португалии (1966 г.) и Испании (1974 г.) включаются разделы о коллизионном праве. В ГК Польши (1964 г.) вводится специальный раздел по вопросам МЧП; в Ливане (1967 г.) и Греции (1971 г.) принимаются акты по МЧП;
- конец 70-х гг. XX в. – настоящее время. Специальные акты кодификации МЧП принимают Венгрия (1979 г.), Турция (1982 г.), Швейцария (1987 г.), Румыния (1992 г.), Италия (1995 г.), Венесуэла (1998 г.), Эстония (2002 г.), Украина (2005 г.). Специальные законы по отдельным вопросам МЧП принимаются в Англии (1995 г.), Нидерландах, Бельгии, Швеции (80–90-е гг. XX в.).

32

Важно отметить главную тенденцию развития МЧП, которая состоит в том, что страны идут по пути национальных кодификаций либо в виде включения норм МЧП в кодексы, либо объединения их в отдельные законы о МЧП. И если вплоть до начала второго этапа наличие в правовой системе страны специального закона по вопросам международного частного права – явление довольно

редкое, то на втором и особенно на третьем этапе ситуация начинает значительно меняться, особенно в развитых государствах. При этом количество норм неуклонно возрастает, они постепенно охватывают все больший круг общественных отношений благодаря качественному улучшению законодательной техники и более детальной проработке различных вопросов.

Современное национальное законодательство по МЧП имеет следующие формы: 1) отдельный закон о МЧП (например, Австрия, Бельгия, Болгария, Венгрия, Венесуэла, Польша, Тунис, Турция, Швейцария, Япония); 2) вводный закон к акту кодификации гражданского права либо основные положения Гражданского кодекса (при этом многие вопросы МЧП могут регулироваться и в иных законодательных актах) (в частности, в таких странах, как Бразилия, Германия, Египет, Испания, Португалия, Франция); 3) межотраслевая кодификация: основные вопросы МЧП регламентируются в рамках отраслевых кодификаций – гражданского, торгового, семейного, трудового, гражданско-процессуального кодексов (КНР, Монголия, Уругвай и др.); 4) комплекс специальных законов, регулирующих основные правоотношения сферы МЧП (Лихтенштейн, Нидерланды и др.); 5) разрозненные правовые нормы, закрепленные в различных правовых актах, относящихся к различным отраслям законодательства (в качестве примера можно назвать Великобританию, Израиль, США).

1. Страны, где нормы МЧП содержатся в отдельном законе о МЧП. Законы о международном частном праве, как правило, построены по одному принципу: первый раздел традиционно посвящен общим понятиям МЧП, далее следуют нормы, определяющие применимое право в разных сферах отношений, а последний раздел содержит переходные и заключительные положения. При этом в некоторых странах (в частности, в Венгрии, Швейцарии, Бельгии, Венесуэле, Македонии и Турции) в законы о МЧП включаются также разделы, посвященные вопросам международного гражданского процессуального права (международной подсудности, признанию и приведению в исполнение решений иностранных судебных органов и т.п.), в то время как для законодательства других стран (Австрии, Германии, Польши и т.д.) такой подход нехарактерен.

Следует обратить внимание и на то обстоятельство, что положения внутреннего законодательства государств – членов ЕС, посвященные договорным и внедоговорным обязательствам, практически утратили свое значение в связи с принятием и вступле-

нием в силу Регламента ЕС № 864/2007 от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II»), и Регламента ЕС № 593/2008 от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»).

- 36 **Австрия.** Закон о МЧП от 15 июня 1978 г. (вступил в силу 1 января 1979 г.) систематизировал, а по многим вопросам заменил собой коллизионные нормы, существовавшие до его принятия в законодательстве Австрии и содержащиеся в разрозненных нормативных актах. Закон состоит из восьми частей и содержит подробное регулирование коллизионных вопросов в области брачно-семейных, наследственных, вещных и обязательственных правоотношений, осложненных иностранным элементом. В частности, в Закон включены положения, посвященные определению личного закона лица, регулированию обязательств из причинения вреда и из неосновательного обогащения, обязательств из трудового договора, а также отношений, возникающих по поводу прав на различные нематериальные блага. При определении подлежащего применению права Закон исходит из необходимости регулирования соответствующих отношений в соответствии с правом, которое обнаруживает наиболее тесную и сильную связь с такими отношениями (принцип *starkste Beziehung*, § 1 Закона). Закон претерпел существенные изменения в связи с присоединением Австрии к Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (на территории Австрии указанная Конвенция вступила в силу 1 декабря 1998 г.). Хотя Национальный совет первоначально заявлял о необходимости принятия специальных законов, которые трансформировали бы положения Конвенции в собственно внутригосударственные нормы международного частного права, фактически положения Конвенции стали применяться напрямую (см. § 53 (2) Закона) и заменили собой § 36–45 Закона, которые утратили свою силу 1 декабря 1998 г., т.е. одновременно с началом действия Римской конвенции. Следует также упомянуть, что 17 декабря 2009 г. был введен в действие Регламент ЕС № 593/2008 от 17 июня 2008 г. о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I»), призванный заменить собой Римскую конвенцию 1980 г.; таким образом, в настоящее время применяются уже положения данного акта, а не положения Конвенции 1980 г. В свою очередь также утратили свое значение положения Закона о МЧП Австрии, касающиеся внедоговорных обязательств, поскольку в связи со вступлением в действие

Регламента ЕС № 864/2007 от 11 июля 2007 г. о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II»), они применяются лишь в случаях, когда конкретные внедоговорные обязательственные отношения не подпадают под действие вышеупомянутого Регламента (§ 48 Закона).

Бельгия. Кодекс (Закон) о МЧП 2004 г. является первым кодифицированным актом Бельгии в области МЧП. Работа по его созданию велась на протяжении нескольких лет, в результате был принят документ, состоящий из 136 статей (включая заключительные положения). Кодекс подразделяется на несколько глав (общие положения; физические лица; брак и иски из брачно-семейных отношений; житительство; установление и оспаривание родства; обязательство по выплате содержания (алиментов); наследование; вещи; обязательства; и др.). Каждая глава включает разделы, содержащие процессуальные правила, касающиеся определения международной подсудности по предмету регулирования данной главы; правила о выборе применимого права, а также, в случае необходимости, специальные правила о признании и исполнении иностранных судебных решений по вопросам, рассматриваемым данной главой. Подобную структуризацию нормативного материала можно также наблюдать в Законе о МЧП Швейцарии 1987 г. (который, кстати, во многом и послужил своеобразной моделью при разработке Кодекса Бельгии). В гл. 1 содержатся общие положения. Глава 2 посвящена физическим лицам. Глава 3 регулирует вопросы брачных отношений, гл. 4 – вопросы отношений совместного проживания, когда партнеры являются лицами одного пола. Глава 5 устанавливает правила, касающиеся института происхождения детей. Глава 6 регулирует алиментные обязательства. Глава 7 посвящена вопросам наследования, гл. 8 – вещному праву, гл. 9 – обязательственному праву. Глава 10 содержит нормы, касающиеся юридических лиц. Глава 12 включает нормы относительно доверительной собственности. Глава 13 содержит заключительные положения.

Болгария. Кодекс МЧП 2005 г. (вступил в силу 21 мая 2005 г.) представляет собой первый в истории страны детально проработанный и систематизированный акт по вопросам МЧП и международного гражданского процесса. Кодекс был разработан Министерством юстиции Болгарии совместно с Немецким фондом международной правовой помощи на основе современных подходов к регулированию тех или иных коллизионных вопросов, которые были сформулированы правовой доктриной Болгарии, а также

37

38

на основе анализа различных положений зарубежного законодательства о МЧП (в частности, таких стран, как Германия, Бельгия, Италия, Швейцария). Кодекс состоит из четырех частей: общие положения; правила определения подсудности и порядка производства по конкретным делам, осложненным иностранным элементом, в судах и иных судебных органах Болгарии; правила об определении применимого права; правила, касающиеся признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, — и в общей сложности насчитывает 124 статьи. Многие нормы Кодекса (в особенности касающиеся определения личного закона и юридического статуса юридических лиц, а также положения в области наследственного права, права собственности и права, регулирующего внедоговорные обязательства), являются новеллами для законодательства Болгарии.

39 **Венгрия.** Закон (Кодекс) о МЧП 1979 г. явился первой национальной кодификацией МЧП, в которой было объединено регулирование коллизий законов с регулированием проблем, касающихся международного гражданского процесса. Закон представляет собой детально проработанный акт, содержащий правила по общим вопросам МЧП (многие из которых в других странах решаются только на доктринальном уровне, в частности проблемы квалификации, взаимности, установления содержания иностранного права и др.), а также нормы, посвященные физическим и юридическим лицам и государству как субъекту гражданских отношений, осложненных иностранным элементом, праву собственности (в том числе интеллектуальной), обязательствам, наследованию, семейным и трудовым отношениям. Три последние главы Закона (гл. IX–XI) посвящены международному гражданскому процессу, в частности вопросам юрисдикции, правилам процесса, а также признанию и исполнению решений иностранных судов и других органов.

40 **Венесуэла.** Работа над созданием Закона о МЧП Венесуэлы была длительной и напряженной: она началась еще в 1958 г., первый проект Закона был подготовлен уже спустя 10 месяцев, однако нуждался в существенной доработке и был опубликован только в 1963 г. совместно с пояснительным докладом. Проект стал предметом широких дискуссий; и национальные специалисты, и зарубежные эксперты выдвинули ряд рекомендаций по его усовершенствованию, многие из которых были учтены в следующем проекте Закона 1965 г. Несмотря на положительную оценку проекта раз-

личными иностранными цивилистами (в частности, из Бразилии, Австрии, Германии), он не был представлен на рассмотрение парламенту страны. Тем не менее многие соответствующие положения проекта Закона 1965 г. были включены в проект нового Гражданского процессуального кодекса Венесуэлы, а в целом проект 1965 г. оказал значительное влияние на развитие законодательства о МЧП в таких государствах, как Аргентина и Мексика. В 1995 г. в Каракасе была организована конференция по вопросам МЧП среди профессорского состава всех университетов Венесуэлы, на которой было принято решение обратиться к правительству страны с официальным предложением направить на рассмотрение парламента проект Закона 1965 г. с изменениями и дополнениями в свете международных обязательств, принятых на себя Венесуэлой, а также изменений, которые претерпело ее право за последние 30 лет. Новый проект Закона о МЧП был окончательно оформлен к 1996 г., однако принят парламентом только в 1998 г. и вступил в силу 6 февраля 1999 г. Закон 1998 г. содержит более 60 статей, разделенных на 12 глав (гл. I содержит общие положения, гл. II посвящена вопросам определения domicilia, гл. III – физическим лицам, гл. IV – вопросам брачно-семейных отношений, гл. V – вещному, гл. VI – обязательственному, а гл. VII – наследственному праву, гл. VIII – вопросам действительности юридических действий, гл. IX–XI – процессуальным вопросам, а в гл. XII включены заключительные положения).

Италия. Закон о реформе итальянской системы МЧП от 31 мая 1995 г. (вступил в силу 1 сентября 1995 г., а ряд статей – с 1 января 1996 г.) явился одним из последних крупных актов кодификации международного частного права в экономически развитых государствах континентальной Европы. Между тем система коллизионных норм, разработанная П.С. Манчини, появилась еще в 1865 г. Будучи закреплена последовательно в различных нормативно-правовых актах, она продолжала действовать вплоть до принятия ныне действующего Закона. 41

Структура Закона выглядит следующим образом: титул I «Общие положения» (ст. 1–2); титул II «Итальянская юрисдикция» (ст. 3–12); титул III «Применимое право»: гл. I «Общие положения» (ст. 13–19), гл. II «Правосубъектность и права физических лиц» (ст. 20–24), гл. III «Юридические лица» (ст. 25), гл. IV «Семейные отношения» (ст. 26–37), гл. V «Усыновление» (ст. 38–41), гл. VI «Защита недееспособных и алиментные обязательства» (ст. 42– 42

45), гл. VII «Наследование» (ст. 46–50), гл. VIII «Вещные права» (ст. 51–55), гл. IX «Дарение» (ст. 56), гл. X «Договорные обязательства» (ст. 57), гл. XI «Внедоговорные обязательства» (ст. 58–63); титул IV «Действительность иностранных судебных решений и иных правовых актов» (ст. 64–71); титул V «Переходные положения» (ст. 72–74).

43 **Македония.** Долгое время Македония входила в состав Социалистической Федеративной Республики Югославия, и на ее территории действовал Федеральный закон о разрешении правовых коллизий с законами других стран от 23 июля 1982 г. (вступил в силу 1 января 1983 г.). 8 сентября 1991 г. была провозглашена независимость Македонии, однако упомянутый Закон продолжал действовать на территории страны и после этой даты. В 2006 г. Министерство юстиции Македонии приняло решение о необходимости проведения реформы МЧП и модернизации существующего Закона. В результате ряд устаревших норм Закона был заменен, в текст включены положения по вопросам, которые ранее Законом 1982 г. не охватывались. Проект нового Закона Македонии о МЧП был одобрен парламентом 4 июля 2007 г. и вступил в силу 19 июля 2008 г. Закон 2007 г. состоит из 124 статей, подразделенных на шесть глав: гл. I посвящена общим вопросам МЧП, гл. II содержит непосредственно коллизионные нормы о применимом праве (в большинстве двусторонние), гл. III регулирует вопросы международной подсудности и судопроизводства, гл. IV – вопросы признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений, гл. V содержит специальные положения, а гл. VI – заключительные и переходные положения.

44 **Польша.** Польша относится к числу стран, в которых нормы МЧП традиционно содержатся в кодификационных актах. В настоящее время основным источником норм о МЧП является одноименный закон от 12 ноября 1965 г. (заменивший ранее действовавший акт от 2 августа 1926 г.), который содержит нормы гражданского, трудового и семейного права. При этом отдельные нормы МЧП есть также в Законе о воздушном праве 1962 г., Законе о морском праве 1961 г. и др. Поскольку согласно официальной доктрине в систему МЧП не входят нормы международного гражданского процесса, они кодифицированы в соответствующем отраслевом акте – в Гражданском процессуальном кодексе 1964 г. (ст. 1097–1153).

Сербия. Закон Югославии о разрешении правовых коллизий с законами других стран 1982 г. с соответствующими внесенными изменениями продолжает действовать на территории Сербии, Хорватии и Черногории. До его принятия разрозненные положения МЧП содержались в отдельных законах, однако четко структурированная система норм в стране отсутствовала. Впервые проект этого Закона был подготовлен в 1967 г. Закон содержит общие положения и нормы о право- и дееспособности, об опеке, о признании лица умершим, праве собственности и других вещных правах, договорах, внедоговорной ответственности за причинение вреда, наследовании, заключении и расторжении брака, признании его недействительным, о личных и имущественных отношениях супругов и лиц, находящихся в фактических брачных отношениях, об отношениях между родителями и детьми, установлении отцовства и алиментировании, а также об усыновлении. Процессуальные нормы регулируют компетенцию судов и других органов страны по делам с иностранным элементом и положению иностранцев в процессе. 45

Тунис. Кодекс МЧП 1998 г. был введен в действие законом от 27 ноября 1998 г. При этом он значительно отличается от традиционного регулирования вопросов МЧП, которое свойственно странам Ближнего Востока или Африки. Данный Закон характеризует высокая степень проработанности регулирования конкретных правовых проблем: он содержит не только нормы, касающиеся вопросов коллизий законов и международного гражданского процесса, но также и нормы, регулирующие вопросы иммунитета иностранного государства и его собственности. 46

Данный Закон состоит из 76 статей и имеет следующую структуру: титул 1 содержит общие положения (ст. 1–2), титул 2 закрепляет компетенцию тунисских юрисдикционных органов (ст. 3–10), титул 3 посвящен регулированию экзекватуры на решения и акты иностранных юрисдикционных органов (ст. 11–18), титул 4 решает вопросы иммунитетов (ст. 19–25), титул 5 определяет применимый закон. При этом в гл. 1 содержатся общие положения о коллизии законов (ст. 26–37). Глава 2 регулирует права лиц (ст. 39–44), гл. 3 – вопросы семейного права (ст. 45–53). Глава 4 регулирует безвозмездный переход имущества (ст. 54–56). Глава 5 посвящена вещным правам (ст. 57–61), гл. 6 – обязательствам из сделок (разд. 1, ст. 62–69) и из закона (разд. 2, ст. 70–76). 47

48 **Турция.** Первым кодифицированным актом по МЧП, принятым в Турции, считается Кодекс (Закон) по вопросам МЧП и международного гражданского процесса, действовавший в период с 20 ноября 1982 г. по 12 декабря 2007 г. С течением времени многие нормы Кодекса перестали удовлетворять потребностям торгового оборота, стала очевидной необходимость их модернизации и приведения в соответствие с общемировыми и европейскими стандартами в свете будущего вступления Турции в состав ЕС. В результате 27 ноября 2007 г. был принят парламентом и 12 декабря 2007 г. вступил в силу новый Кодекс (Закон) по вопросам МЧП и международного гражданского процесса. В состав этого акта среди прочего входят нормы по общим вопросам МЧП, вещному, семейному, наследственному праву, договорным и внедоговорным обязательствам, ряд положений посвящен международной подсудности и вопросам признания и исполнения иностранных судебных решений.

49 **Швейцария.** Международное частное право Швейцарии первоначально носило прецедентный характер, его принципы были сформулированы Федеральным трибуналом по аналогии с законами, действовавшими еще до принятия Гражданского кодекса и разработанными преимущественно для регулирования правовых коллизий между кантонами. Ситуация изменилась в связи с принятием 18 декабря 1987 г. и вступлением в силу 1 января 1989 г. обширного Закона о МЧП (состоящего из 200 статей), который до сих пор считается наиболее проработанным актом о МЧП, объединяющим как коллизионные нормы, так и нормы международного гражданского процесса. Крайне примечательна структура данного Закона, которая выгодно отличает его от большинства подобных законов других стран: дело в том, что каждый из его подразделов содержит параграфы, регулирующие три ключевых пункта – юрисдикцию, применимое право и исполнение иностранных решений. Закон исходит из общего принципа применения того права, с которым обстоятельства дела связаны наиболее тесным образом. Специальные главы посвящены статусу физических лиц (личный статус, право- и дееспособность, безвестное отсутствие), юридическим лицам (понятие, компетенция, статут и сфера его действия), семейному праву, правам детей, опеке, наследованию, вещному праву, правам на нематериальные блага (интеллектуальная собственность), обязательственному праву, конкурсному производству, международной арбитражной подсудности, признанию

и исполнению решений судов и других органов иностранных государств. Таким образом, данный Закон содержит крайне широкий круг норм, часть которых обычно не включается в подобные законодательные акты.

Эстония. В настоящее время в Эстонии действует Закон о МЧП 2002 г., который наряду с общими положениями содержит коллизионные нормы о физических и юридических лицах, вещном, наследственном праве, о договорных и внедоговорных обязательствах. В данный акт включены также специальные правила о трудовых договорах, договорах страхования и семейном праве. Процессуальные нормы в Законе отсутствуют, хотя в ходе его разработки высказывались мнения о целесообразности принятия единого комплексного акта о МЧП, аналогичного швейцарскому Закону 1987 г., содержащему помимо прочих также нормы о международной подсудности и признании и исполнении иностранных судебных решений. Однако в итоговом варианте Закона Эстонии подобный подход отражения не нашел, и вопросы международного гражданского процесса в настоящее время регулируются преимущественно нормами Гражданского процессуального кодекса Эстонии. 50

Необходимо отметить, что в настоящее время положения Закона Эстонии 2002 г. по вопросам регулирования договорных и внедоговорных обязательств утратили свое значение, поскольку были заменены соответствующими нормами регламентов ЕС «Рим I» и «Рим II». 51

Япония. Наиболее значимым источником норм МЧП в Японии на протяжении длительного времени являлся Закон о применении законов (*Horei*), принятый 21 июня 1898 г. и представлявший собой довольно прогрессивный для своего времени акт, поскольку он устанавливал систему двусторонних коллизионных норм по широкому кругу вопросов МЧП (в частности, в области договорного, деликтного, семейного, наследственного права). Упомянутый Закон действовал на протяжении более чем 100 лет практически в неизменном виде (за исключением тех его положений, преимущественно регулировавших брачно-семейные отношения, в которые были внесены поправки в 1989 г.) и в итоге уже перестал удовлетворять потребностям современного гражданского оборота. В связи с этим в 2003 г. была создана рабочая группа по модернизации упомянутого акта, результатом ее деятельности стал проект нового Закона, который был одобрен парламентом в 2006 г. и вступил в силу 1 января 2007 г. под названием «Закон об общих правилах 52

применения законов». Закон 2006 г. включает в себя более 40 статей, содержащих предписания по вопросам определения личного закона лица, опеки, попечительства, объявления лица безвестно отсутствующим, а также предписания относительно права, подлежащего применению для регулирования вещных, обязательственных, брачно-семейных и наследственных отношений, осложненных иностранным элементом. Ряд специальных норм посвящен отношениям с участием потребителей, а также деликтным обязательствам и обязательствам из трудового договора. Следует заметить, что большинство положений Закона 2006 г. перешли в него из Закона 1898 г., однако существенные изменения были внесены в регулирование договорных и внедоговорных обязательств и частично в правила, касающиеся определения личного закона и правосубъектности лиц. Правила, касающиеся признания и исполнения иностранных решений, содержатся в Гражданском процессуальном кодексе Японии 1996 г.

53 **2. Страны, где нормы МЧП содержатся во вводных положениях или в основном тексте Гражданского кодекса (отраслевая кодификация).** В данной группе стран подавляющее большинство коллизионных норм, направленных на регулирование отношений, осложненных иностранным элементом, содержится в едином кодифицированном акте или во вводном законе к нему. Как правило, число таких норм меньше, чем это имеет место в специализированном законе о МЧП других стран (своеобразным исключением из этого правила могут служить Вводный закон к Гражданскому уложению Германии, в котором до недавнего времени МЧП были посвящены 46 статей, и Гражданский кодекс Квебека, кн. 10 «МЧП» которого включает в себя около 100 статей). При этом положения, касающиеся международного гражданского процесса (в частности, вопросов международной юрисдикции и признания и исполнения иностранных судебных решений), в странах этой группы часто помещаются в другой кодифицированный акт – ГПК.

54 **Алжир.** ГК Алжира от 26 сентября 1975 г. содержит нормы МЧП в 16 статьях гл. 2 «Коллизии законов в пространстве» титула 1 «Действие и применение законов» кн. 1 «Общие положения». Статья 9 устанавливает, что для целей определения применимого права в случае коллизии законов для квалификации категории правоотношения и предмета спора применяется алжирское право. Статья 10 определяет право, применимое к правовому стату-

су и дееспособности лиц. Статья 11 регулирует условия действительности брака, ст. 12 – его юридические последствия, включая режим имущества супругов, а также расторжение брака. Статья 13 устанавливает случай обязательного применения алжирского права. Статья 14 регулирует алиментные обязательства. Статья 15 посвящена опеке и иным формам защиты недееспособных и безвестно отсутствующих. Статья 16 регулирует отношения наследования, ст. 17 – вещные права, ст. 18 – договорные обязательства, ст. 19 – форму сделки, а ст. 20 – внедоговорные обязательства. Статья 21 устанавливает приоритет норм специальных законов и международных договоров Алжира. Статья 22 регулирует случаи наличия нескольких гражданств у лица и отсутствия у него гражданства. Статья 23 посвящена отсылке к иностранному праву. Статья 23 содержит оговорку о публичном порядке.

Бразилия. Вводный закон к ГК 1942 г. состоит из 19 статей, при этом непосредственно нормы МЧП содержатся в ст. 7–19. Характерной чертой данного Закона является наличие, наряду с коллизионными нормами, положений международного гражданского процесса. Именно поэтому бразильское регулирование считают предвосхитившим современные тенденции объединения в одном нормативном акте вопросов коллизий законов и коллизий юрисдикций. Статья 7 определяет право, являющееся личным законом физического лица, и право, регулирующее семейные отношения. Статья 8 устанавливает право, подлежащее применению к вещным правам. Статья 9 определяет право, подлежащее применению к обязательствам. Статья 10 решает вопросы наследования. Статья 11 определяет, какое право является законом юридического лица. Статья 12 закрепляет компетенцию бразильских судов. Статья 13 определяет право, регулирующее вопросы доказывания. Статья 14 регулирует установление содержания норм иностранного права. Статья 15 указывает условия признания иностранных судебных решений. Статья 16 посвящена обратной отсылке и отсылке к праву третьей страны. Статья 17 устанавливает ограничения в применении иностранного права. Статьи 18–19 закрепляют некоторые полномочия бразильских консульств. 55

Германия. Нормативное закрепление коллизионного регулирования для Германии традиционно: изначально основанные на теории статутов писанные нормы появились еще в Баварии в 1756 г., а затем во всеобщем земельном праве для прусских государств 1794 г. В настоящее время нормы, направленные на регулирование 56

отношений, осложненных иностранным элементом, содержатся во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению (ГГУ). Подобный подход законодателя был обусловлен наличием разногласий среди составителей упомянутого акта относительно самой возможности отнесения МЧП к частному праву и, следовательно, включения его норм в состав германского гражданского кодекса (в рамках его Общей части или отдельной Шестой книги). Специально созданной комиссией был предложен и получил одобрение компромиссный вариант расположения норм МЧП во Вводном законе. Действовавший до 1986 г. текст Вводного закона содержал довольно значительное число коллизионных норм (преимущественно односторонних) (ст. 7–31), однако в нем отсутствовали положения по многим существенным вопросам, в особенности в области вещного и обязательственного права. 25 июля 1986 г. был принят и 1 сентября 1986 г. вступил в силу Закон о новом регулировании в области международного частного права (Закон о международном частном праве), который заменил соответствующие статьи Вводного закона. Система коллизионных норм была расширена (за счет включения в Закон норм о подсудности в области семейного права и пр.), одновременно в закон были инкорпорированы правила Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г. Получили новое решение некоторые общие вопросы МЧП: оговорка о публичном порядке, обратная отсылка, действие международных договоров и др. С 1 июня 1999 г. вступил в силу Закон о международном частном праве для внедоговорных обязательственных отношений и для вещей, в соответствии с данным актом Вводный закон к ГГУ был дополнен новыми статьями (ст. 38–46). Отдельные дополнения и изменения были внесены во Вводный закон и в соответствии с Законом от 27 июня 2000 г. (в текст акта была добавлена ст. 29а и внесены связанные с ней добавления в ст. 36 и 37). Более поздние изменения положений Вводного закона связаны со вступлением в действие регламентов ЕС «Рим I» и «Рим II» (в частности, утратили силу и были заменены соответствующими положениями Регламента ЕС «Рим I» ст. 27–37 Вводного закона).

57 В настоящее время нормы МЧП содержатся в гл. 2 Вводного закона к ГГУ (ст. 3–49: помимо общего раздела в законе имеются разделы «Право физических лиц и сделки», «Семейное право», «Наследственное право», подраздел «Внедоговорные обязательственные правоотношения», и раздел «Вещное право»), нормы меж-

дународного процессуального права содержатся также в ГК и в других законах. Нельзя забывать и о вторичном праве ЕС, в частности о вышеупомянутых регламентах, положения которых в ряде случаев заменяют собой внутренние правовые нормы.

Египет. Во Вводном титуле «Общие положения» ГК Египта 1948 г. регулированию вопросов МЧП посвящены нормы ст. 10–28 раздела «Законы и их применение». Следует отметить, что ГК Египта справедливо считается одним из самых развитых гражданских кодексов стран мусульманского права. Он оказал существенное влияние на коллизионное право других исламских государств. При этом ориентиром для данного акта послужили право европейских стран, а также достижения различных толков мусульманского права и результаты судебной практики египетских судов за период после судебных реформ конца XIX в. 58

Нормы МЧП объединены в ГК под заголовком «Коллизии законов в пространстве». Статья 10 устанавливает, что египетский закон является единственно компетентным для квалификации категории правоотношения для целей установления применимого права. Статья 11 определяет право, применимое к состоянию и дееспособности лиц. Статья 12 регулирует вопрос действительности брака, а статья 13 – его юридические последствия, включая режим имущества супругов, и расторжение. Статья 14 предусматривает случай обязательного применения египетского права. Статья 15 посвящена алиментным обязательствам. Статья 16 определяет право, применимое к опеке и иным формам защиты недееспособных и отсутствующих лиц. Статья 17 устанавливает право, применимое к наследованию, в том числе к форме завещания. Нормы ст. 18 касаются вещных прав, ст. 19 – договорных обязательств, ст. 20 – формы сделок, а ст. 21 – внедоговорных обязательств. Статья 22 определяет право, которому подчиняются принципы компетенции судов и все вопросы процедуры. Статья 23 содержит норму о приоритете специальных законов и норм международных договоров Египта. Статья 24 предусматривает применение принципов МЧП при отсутствии специального регулирования в каждом конкретном случае. Статья 25 определяет право, применимое в случае наличия у лица нескольких гражданств. Статья 26 регулирует вопрос применения права страны со множественностью правовых систем. Статья 27 посвящена отсылке к иностранному праву. Статья 28 содержит оговорку о публичном порядке. 59

60 **Испания.** Изначально коллизионные нормы Гражданского кодекса Испании 1889 г. были очень немногочисленны, но старое регулирование было изменено Декретом от 31 мая 1974 г., который включил во Вводный титул ГК гл. IV «Нормы международного частного права» и гл. V «Сфера применения гражданско-правовых режимов, сосуществующих на национальной территории». Кроме того, нормы МЧП можно найти в кн. I «О лицах», в частности титул I «Об испанцах и иностранцах», титул III «О месте жительства и месте нахождения», титул IV «О браке», гл. III «О форме совершения брака. Раздел первый. Общие положения. Раздел второй. О совершении брака перед судьей или должностным лицом, исполняющим его функции», гл. XI «Нормы международного частного права»; в кн. III «О различных способах приобретения имущества», в частности гл. I «О завещаниях. Раздел девятый. О завещаниях, совершенных в иностранном государстве».

61 Для ГК Испании характерно объединение норм МЧП в крупные блоки, вынесение общих институтов МЧП в конец главы, присутствие норм МЧП в других статьях Кодекса, а также подробное регулирование вопросов семейного права.

62 Если рассматривать более подробно гл. IV ГК, можно отметить, что она состоит из пяти весьма объемных статей. Статья 8 закрепляет всего одно, но очень важное положение (практически идентичное по содержанию норме, установленной в ст. 3 ФГК): «Уголовные законы, законы благоустройства и общественной безопасности распространяются на всех, кто проживает на территории Испании». Статья 9 определяет личный закон физических лиц; право, применимое к браку, режиму имущества супругов, институту происхождения детей; право, применимое к опеке и защите недееспособных; право, которому подчиняются алиментные обязательства, наследование; личный закон лиц с двойным гражданством или без гражданства, а также личный закон юридических лиц. Статья 10 определяет право, подлежащее применению к вещным правам, эмиссии ценных бумаг, интеллектуальной собственности, договорным и внедоговорным обязательствам, представительству. Статья 11 устанавливает, какому праву подчиняется форма договора, завещания и иных юридических актов. Статья 12 регулирует общие вопросы МЧП, такие, как квалификация, отсылка к иностранному праву, оговорка о публичном порядке, обход закона, применение права страны со множественностью правовых систем, установление содержания норм иностранного права.

Канада, провинция Квебек. Гражданский кодекс 1991 г. заменил Гражданский кодекс Нижней Канады 1865 г. Он содержит нормы МЧП в кн. 10 «Международное частное право», которая включает около 100 статей, в том числе и по вопросам международного гражданского процесса. Стоит отметить, что на кодификацию МЧП в Канаде повлияло как швейцарское и немецкое коллизионное регулирование (коллизионные нормы), так и англо-американское право (нормы международного гражданского процесса). 63

Титул 1 «Общие положения» включает такие положения, как применение права страны со множественностью правовых систем, квалификация, применение императивных норм права страны, на тесную связь с которой указывают обстоятельства дела, отсылка к иностранному праву, оговорка о публичном порядке и применение принципа наиболее тесной связи (ст. 3076–3082). Титул 2 «Коллизии законов» содержит нормы о правовом положении лиц, о семейных отношениях; нормы о вещных правах, наследовании, трасте, ценных бумагах; нормы об обязательствах, а также о праве, которому подчиняется судебный и арбитражный процесс (ст. 3083–3133). Титул 3 «Международная юрисдикция органов власти Квебека» содержит нормы относительно компетенции судов и иных органов (ст. 3134–3154). Титул 4 «Признание и приведение в исполнение иностранных решений и юрисдикция иностранных органов власти» регулирует процессуальные вопросы (ст. 3155–3168). 64

Китайская Народная Республика. В КНР отсутствует отдельный кодифицированный акт по вопросам МЧП, а соответствующие нормы включены в следующие законы: Закон о наследовании (1985 г.), Положения о дипломатических привилегиях и иммунитетах (1986 г.), Общие положения гражданского права КНР (1986 г.), Положения о консульских привилегиях и иммунитетах (1990 г.), Закон о гражданском процессе (1991 г.), Закон о хозяйственных договорах 1999 г. (он заменил Закон о внешнеэкономических договорах 1985 г. и ряд актов, регулирующих импорт технологий, и подлежит применению ко всем договорам, заключаемым китайскими организациями как между собой, так и с иностранными контрагентами) и др. Также в законодательстве КНР есть акты, определяющие правовой режим инвестиций и совместных предприятий с участием иностранного капитала, а также предприятий, полностью принадлежащих иностранному капиталу, правовой режим особых экономических зон. Наибольшее значение имеют коллизионные нормы, содержащиеся в Общих положениях граждан- 65

ского права КНР 1986 г., в частности нормы: о применении права по вопросам гражданской дееспособности (ст. 143), права собственности на недвижимое имущество (ст. 144), о деликтных обязательствах (ст. 146), семейных отношениях (ст. 147), наследовании (ст. 149). Помимо актов, принимаемых Всекитайским собранием народных представителей, в стране также действуют многочисленные нормативные акты по вопросам МЧП, издаваемые Государственным Советом и министерствами и комиссиями.

66 Вообще необходимо заметить, что в законодательстве Китая, как правило, содержатся лишь общие положения по каким-либо вопросам, что в свою очередь предоставляет судебным органам страны достаточно широкую свободу усмотрения при решении неурегулированных законом правовых проблем применительно к конкретным делам. При этом Верховный суд Китая в своей деятельности активно восполняет пробелы в законодательном регулировании; в частности, в 1988 г. им были приняты Руководящие указания Верховного народного суда по некоторым вопросам применения Общих положений гражданского права 1986 г., а в 1987 г. – Пояснения Верховного народного суда по некоторым вопросам применения Закона о внешнеэкономических договорах 1985 г. (в настоящее время продолжают действовать применительно к Закону 1999 г.).

67 Общие положения гражданского права КНР 1986 г. содержат ряд коллизионных норм: о применении права по вопросам гражданской дееспособности, права собственности на недвижимое имущество, о деликтных обязательствах, семейных отношениях, наследовании. Положения о международном гражданском процессе содержатся в Законе о гражданской процедуре 1991 г. Существует Закон о хозяйственных договорах 1999 г., который подлежит применению ко всем договорам, заключаемым китайскими организациями как между собой, так и с иностранными контрагентами.

68 Вместе с тем необходимо упомянуть разработанный Китайским обществом по международному частному праву проект Модельного закона по международному частному праву Народной Республики Китай, 6-я редакция которого опубликована в Ежегоднике по международному частному праву¹. Как подчеркивается в этой публикации, Модельный закон является академическим по своей природе и может использоваться законодательными, судебными

¹ Yearbook of Private International Law. Vol. III. 2001. Kluwer Law International. P. 349–390.

органами и иными правительственными учреждениями, связанными с международным сотрудничеством, а также колледжами, школами права и исследовательскими юридическими институтами только в качестве справочного материала.

Модельный закон состоит из 166 статей, объединенных в пять глав: 69

- гл. I «Общие принципы» содержит 18 статей, в которых изложены общие положения МЧП, в частности сфера применения Модельного закона, верховенство международных договоров, обратная отсылка, квалификация, установление содержания иностранного права, публичный порядок, предварительный вопрос;
- гл. II «Юрисдикция» содержит 40 статей, посвященных вопросам определения юрисдикции китайских судов в различных ситуациях, – определение личного закона физических лиц, признание физического лица безвестно отсутствующим и объявление его умершим, банкротство, договоры, оборотные документы, трудовые договоры, загрязнение окружающей среды, недобросовестная конкуренция, разводы, наследование, а также юрисдикция арбитража;
- гл. III «Применение права» содержит 94 статьи и является крайне детальным регулированием вопросов определения применимого права в многообразных ситуациях, осложненных иностранным элементом, – личный закон лица, вещные права, обязательственные отношения, деликты, семейные отношения, наследование, банкротство и др.;
- гл. IV «Правовая помощь» (12 статей);
- гл. V «Дополнительные положения» (две статьи).

В данном проекте отражены современные подходы к урегулированию разнообразнейших вопросов МЧП, и его детальное изучение, безусловно, окажется полезным для изучающих МЧП. 70

Литва. В ГК нормы МЧП содержатся в гл. 2 «Международное частное право» ч. 1 «Гражданские законы и их применение» кн. 1 «Общие положения». Раздел 1 «Общие положения» данной главы содержит нормы МЧП общего характера, такие как применение иностранного права, установление содержания иностранного права, обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны (ст. 1.10–1.14). Раздел 2 «Право, применимое к гражданскому правовому статусу физических лиц» регулирует вопросы право- и дееспособности, безвестного отсутствия (ст. 1.15–1.18). Раздел 3 «Право, 71

применимое к юридическим лицам и иным организациям» касается правоспособности, правового статуса юридических лиц и образований, не являющихся юридическими лицами, гражданской ответственности представителей иностранных организаций, а также правоспособности государства, государственных и муниципальных органов (ст. 1.19–1.23). Раздел 4 «Право, применимое к семейным отношениям» регулирует обещание вступить в брак, условия заключения и процедуры вступления в брак, личные отношения между супругами, режим их имущества, вопросы раздельного проживания и расторжения брака, установление происхождения ребенка, усыновление, меры по защите несовершеннолетних, а также алиментные обязательства (ст. 1.24–1.36). Раздел 5 «Право, применимое к договорным обязательствам» закрепляет общие правила, а также устанавливает право, применимое к форме сделки, особенности применения иностранного права к договорам с участием потребителя, право, применимое к форме, сроку действия и содержанию доверенности, а также право, применимое к дарению, уступке права требования и принятию долга (ст. 1.37–1.42). Раздел 6 «Право, применимое к внедоговорным обязательствам» устанавливает общие правила, право, применимое к искам из ДТП, к искам из нарушения личных неимущественных прав, к искам о возмещении вреда в связи с недобросовестной конкуренцией, а также право, применимое в случае множественности должников (ст. 1.43–1.47). Раздел 7 «Право, применимое к вещным правам» определяет право, применимое к праву собственности и иным вещным правам; закрепляет право сторон выбрать право, применимое к движимому имуществу; определяет право, применимое к обременению движимого имущества и к залогу (ст. 1.48–1.51). Раздел 8 «Право, применимое к правам на интеллектуальную собственность» определяет право, применимое к договорам, касающимся интеллектуальной собственности, а также право, которому подчиняются права на результаты интеллектуальной деятельности (ст. 1.52–1.53). Раздел 9 «Право, применимое к иным обязательствам» определяет право, подлежащее применению к неосновательному обогащению, односторонним сделкам, ценным бумагам, валюте платежа, обязательствам из иных оснований, а также к исковой давности (ст. 1.54–1.59). Раздел 10 «Право, применимое к отношениям по наследованию» регулирует способность лица к составлению, изменению и отмене завещания, форме завещания, а также право, применимое к иным отношениям наследования (ст. 1.61–1.62). Также действуют нормы ГПК 2002 г.

Мексика. Гражданский кодекс 1928 г. содержит нормы МЧП в Предварительных положениях ГК. Так, ст. 12 устанавливает, на кого распространяется мексиканское право. Статья 13 определяет, в частности, право, подлежащее применению к правовому статусу физического лица, и право, применимое к вещным правам. Статья 14 устанавливает некоторые правила применения иностранного права, регулируя среди прочего вопросы квалификации и отсылки к иностранному праву. Статья 15 исключает применение иностранного права в случае обхода закона и противоречия публичному порядку. Книга первая «О лицах» содержит нормы МЧП в титуле 2 о юридических лицах, в титуле 3 о месте жительства, в титуле 4 о реестре актов гражданского состояния (гл. I «Общие положения»), в титуле 5 о браке (гл. II «Об условиях заключения брака»). В Книге третьей «О наследствах» нормы МЧП находятся в титуле 2 о наследовании по завещанию (гл. III «О способности быть наследником»), в титуле 3 о форме завещаний (гл. VIII «Завещания, совершенные в иностранном государстве»). В Книге четвертой «Об обязательствах» есть нормы МЧП в части второй «О различных видах договоров», титуле 11 об ассоциациях и обществах (гл. VI «Об иностранных юридических лицах частно-правовой природы»).

Перу. Гражданский кодекс 1984 г., заменивший ГК 1936 г., содержит регулирование МЧП в кн. X. Количество коллизионных норм в этом Кодексе по сравнению с прежним заметно увеличилось. В силу этого они и были выделены в отдельную книгу, тогда как раньше содержались во вступительном титуле. Особенность данной кодификации заключается в том, что она включает как коллизионные нормы, так и нормы по международному гражданскому процессу, в том числе вопросы признания и приведения в исполнение иностранных решений. При этом регулирование по этим вопросам является достаточно подробным. Можно сказать, что ГК Перу представляет собой яркий пример национальной кодификации международного частного права в Латинской Америке. Титул I содержит общие положения: права иностранцев, применимое право, установление содержания иностранного права и др. (ст. 2046–2056). Титул II закрепляет юрисдикцию перуанских судов по различным делам (ст. 2057–2067). Титул III определяет право, подлежащее применению при определении правового положения лиц; право, применимое к семейным отношениям; право, подлежащее применению к вещным правам; право, применимое

к договорным и внедоговорным обязательствам, исковой давности и наследованию (ст. 2068–2101). Титул IV регулирует признание и приведение в исполнение иностранных судебных решений (ст. 2102–2111).

74 **Португалия.** Анализ современного этапа развития МЧП Португалии показывает, что для него характерны три тенденции: национальная кодификация коллизионных норм (вершиной которой является Гражданский кодекс 1966 г.); закрепление коллизионных норм по некоторым правовым вопросам в специальных законах (например, положения об общих условиях договоров, арбитраже, агентских договорах, договорах купли-продажи с участием потребителя и т.д.); унификация норм МЧП в рамках ЕС. Гражданский кодекс 1966 г. заменил собой Кодекс 1867 г. и после Второй мировой войны стал первым в Западной Европе нормативным актом с таким детальным регулированием коллизионных вопросов (количество статей, содержащих нормы МЧП, увеличилось в 5 раз). Ориентиром для данного документа послужило ГГУ, но португальское коллизионное регулирование превзошло немецкое, сохранив при этом свою оригинальность и предвосхитив тенденции развития МЧП. Таким образом, данная кодификация серьезно повлияла на дальнейшее развитие МЧП в Европе.

75 ГК 1966 г. содержит нормы МЧП в гл. 3 титула 1 кн 1. Данная глава называется «Права иностранцев и коллизии законов» и включает ст. 14–65. Раздел 1 указанной главы «Общие положения» содержит нормы о правовом статусе иностранцев, квалификации, отсылке к иностранному праву, обратной отсылке и отсылке к праву третьего государства, о применении права страны со множественностью правовых систем, об обходе закона, публичном порядке, установлении содержания иностранного права (ст. 14–24). Подраздел 1 «Сфера действия и определение личного закона» разд. 2 «Коллизионные нормы» определяет личный закон физических и юридических лиц (ст. 25–34). Подраздел 2 «Закон, регулирующий правовые сделки» регулирует вопросы заключения сделок, их формы, представительства, исковой давности (ст. 35–40). Подраздел 3 «Закон, регулирующий обязательства» определяет право, которому подчиняются внедоговорные и договорные обязательства (ст. 41–45). Подраздел 4 «Право, применимое к имущественным отношениям» устанавливает, какое право подлежит применению к вещным правам и интеллектуальной собственности (ст. 46–48). Подраздел 5 «Право, применимое к семейным отно-

шениям» содержит нормы о способности вступить в брак, форме брака, отношениях между супругами и режиме их имущества, прекращении брака, происхождении детей, отношениях между родителями и детьми (ст. 49–61). Подраздел 6 «Право, применимое к наследованию» определяет право, подлежащее применению к отношениям по наследованию, форме завещания (ст. 62–65).

США, штат Луизиана. Закон 1991 г. ввел в действие кн. IV «Коллизии законов» ГК Луизианы 1825 г. вместо ранее существовавших в ГК коллизионных норм ст. 14 и 15 Вводного титула. Данная кодификация является практически единственной в своем роде в США. Она представляет интерес с точки зрения уникальности правовой системы Луизианы в силу ее смешанного характера. Указанная книга содержит лишь коллизионные нормы. 76

Титул I содержит общие положения МЧП: принцип определения применимого права, понятие государства, отсылку к иностранному праву, понятие домицилия (ст. 3515–3519). Титул II посвящен правовому статусу физических лиц и регулирует институт брака (ст. 3519–3522). Титул III регулирует супружеское имущество (ст. 3523–3527). Титул IV посвящен отношениям наследования (ст. 3528–3534). Титул V регулирует вещные права (ст. 3535 и 3536). Титул VI регулирует договорные обязательства (ст. 3537–3541), тогда как титул VII посвящен деликтным и квазиделиктным обязательствам (ст. 3542–3548). Титул VIII регулирует вопросы освобождающей давности (ст. 3549). 77

Уругвай. Гражданский кодекс 1868 г. изначально предусматривал незначительное регулирование по вопросам МЧП. Однако в настоящее время нормы МЧП содержатся в Приложении к ГК, которое было принято в 1941 г. и предусматривает более подробное коллизионное регулирование. Данное Приложение состоит всего из 12 статей. Статья 2393 определяет право, применимое к статусу физического лица. Статья 2394 – право, применимое к статусу юридического лица. Статьи 2395–2397 регулируют вопросы семейного права. Статья 2398 регулирует вопросы вещных прав, ст. 2399 – форму сделок, ст. 2400 – отношения наследования. Нормы ст. 2401–2403 регулируют некоторые вопросы компетенции юрисдикционных органов и права, применимого к процедуре. Статья 2404 исключает применение иностранных законов при определенных условиях. Также процессуальные нормы МЧП содержатся в Процессуальном кодексе Уругвая. 78

В силу того, что МЧП интенсивно развивалось в XX в. и этот процесс продолжается, норм Приложения к ГК уже недостаточно. 79

Поэтому сейчас в стране разработан и широко обсуждается проект закона о МЧП, состоящий из 12 глав и 63 статей и содержащий детальное регулирование по вопросам МЧП.

80 **Франция.** Развитие французского МЧП долгое время осуществлялось в рамках судебной практики, она и в настоящее время является основным источником регулирования в сфере МЧП. Тем не менее Гражданский кодекс 1804 г. содержит ряд норм МЧП, которые в силу исторических обстоятельств не выделены в отдельную главу, а расположены по тексту Кодекса. Можно сказать, что основой МЧП страны является ст. 3 ГК, которая сохранила свою первоначальную редакцию. Она устанавливает следующее: «Законы благоустройства и безопасности обязательны для всех, кто проживает на территории страны. Недвижимое имущество, даже принадлежащее иностранцам, подчиняется французскому закону. Законы, относящиеся к состоянию и правоспособности лиц, распространяются на французов, даже проживающих за границей». В порядке интерпретации этих норм и на их основе практика французских судов сформулировала два основных коллизионных правила (личный статут подчиняется праву гражданства, вещный – закону места нахождения имущества), таким образом, односторонние коллизионные нормы превратились в двусторонние. Относительно недавно в ФГК появились современные коллизионные нормы, регулирующие институт происхождения (1972 г.), и нормы, связанные с выбором права в брачных отношениях (1997 г.).

81 **3. Страны, где нормы МЧП содержатся в кодифицированных актах разной отраслевой принадлежности (межотраслевая кодификация).**

Куба. Гражданский кодекс 1987 г. содержит многочисленные, но хорошо продуманные нормы МЧП во Вводных положениях к четырем книгам этого Кодекса. Так, например, ст. 11 регулирует статус иностранных лиц и лиц без гражданства. Статья 12 регулирует дееспособность физических лиц и право, применимое к юридическим лицам. Статья 13 посвящена форме юридических актов. Статья 14 регулирует вопросы недвижимого имущества. Статья 15 содержит нормы о наследовании. Статья 16 регулирует внедоговорные обязательства, ст. 17 – договорные обязательства. Статья 18 устанавливает правила квалификации. Статья 19 содержит положения об обратной ссылке и об ссылке к иностранному праву. Статья 20 закрепляет приоритет норм международного договора и т.д. Следует отметить, что нормы МЧП по

вопросам семейного права содержатся и в Специальных положениях ГК, а также в Семейном кодексе 1975 г.

Монголия. В Монголии основным источником регулирования коллизионных вопросов является Гражданский кодекс 2002 г. (разд. VI), помимо этого ряд норм МЧП содержится также в Семейном кодексе 1999 г., Трудовом кодексе 1999 г. и ГПК Монголии 2002 г. 82

4. Страны, где действует комплекс специальных законов, регулирующих МЧП. Наличие в странах этой группы нескольких взаимосвязанных законов по МЧП обусловлено местными правовыми традициями, при этом следует отметить, что указанные акты достаточно хорошо согласованы между собой и, имея свою отдельную сферу регулирования, как правило, в совокупности охватывают весь круг отношений, осложненных иностранным элементом. 83

Лихтенштейн. 1 января 1997 г. в Лихтенштейне вступил в силу Закон о МЧП от 16 сентября 1996 г. В своем содержании данный акт во многом следует австрийскому закону о МЧП, насчитывает 56 статей, разделенных на восемь разделов: общие положения, положения о физических лицах, семейное право, включая права детей, наследственное право, вещное право, права на нематериальные блага, обязательственное право и переходные и заключительные положения. Примечательно, что в Законе отсутствует регулирование института юридических лиц, однако подобный «пробел» допущен законодателем не случайно, поскольку соответствующие положения содержатся в крайне обширном Законе о лицах и товариществах от 20 января 1926 г. (с последующими изменениями). Таким образом, упомянутые акты являются своеобразным дополнением друг к другу. 84

Нидерланды. Первоначально развитие МЧП в Нидерландах осуществлялось в рамках деятельности органов судебной власти. Данная ситуация была обусловлена тем, что вступивший в действие в 1838 г. Гражданский кодекс Нидерландов не содержал норм МЧП, а Законом 1829 г. устанавливались лишь общие правовые предпосылки для регулирования общественных отношений, осложненных иностранным элементом (исходя из положений теории статутов). При этом в связи с особенностями судебной системы Нидерландов до 1963 г. Верховный суд страны, выступающий в качестве апелляционной инстанции, был фактически лишен возможности принимать участие в рассмотрении дел, осложненных иностранным элементом, что в свою очередь предоставляло судам первой инстанции практически неограниченную свободу усмотрения 85

ния и явно не способствовало формированию единообразных подходов к разрешению аналогичных правовых вопросов. Подобная неопределенность правового регулирования не могла не вызывать беспокойство у юридического сообщества того времени, виднейшие специалисты в области МЧП Тобиас М.С. Ассер и Д. Жозеф Житта разработали два возможных подхода к решению вышеупомянутой проблемы: международная унификация норм МЧП и разработка и принятие национального свода норм о МЧП, основанного преимущественно на односторонних коллизионных отсылках к национальному праву. Подход Тобиаса М.С. Ассера возобладал, и в 1893 г. правительство Нидерландов выступило с инициативой созыва первой сессии Конференции по МЧП в Гааге. В то же время национальный кодификационный акт общего характера по вопросам МЧП в Нидерландах до сих пор находится в стадии разработки, и в стране действуют лишь отдельные законы по различным вопросам МЧП, например Закон о зарегистрированных товариществах (коллизионное регулирование) (вступил в силу 1 января 2005 г.), Закон о коллизионном регулировании вещного права 2008 г. и др.

86 **5. Страны, где нормы МЧП разрознены, встречаются в различных нормативных актах.** В данную группу стран преимущественно входят страны общего права, поскольку законодательство в их правовой системе традиционно играет второстепенную роль, по сравнению с судебной практикой, и содержит лишь основные положения по тем или иным вопросам. Тем не менее даже в этой группе в последнее время можно наблюдать тенденцию к кодификации МЧП (например, в Великобритании в 1995 г. был принят Закон о МЧП, который, правда, содержит правовые нормы по узкому кругу вопросов: брачно-семейным отношениям, внедоговорным обязательствам и вопросам международного гражданского процесса).

87 **Великобритания.** В Великобритании кодифицированный акт общего характера по МЧП отсутствует. Коллизионные нормы, как правило, сформулированы судебной практикой, однако по некоторым вопросам они включаются и в законодательные акты, как специально посвященные вопросам МЧП, так и содержащие при этом иное регулирование. Наиболее известными и значимыми из них являются: Закон об иностранных сроках исковой давности 1954 г., Закон о завещаниях 1963 г., Закон об усыновлении 1968 г., Закон о признании судебных решений о разводе и раздельном жительст-

ве супругов 1971 г., Закон об арбитраже 1975 г., Закон о доказательствах при судопроизводстве в других юрисдикциях 1975 г., Закон о недобросовестных условиях договора 1977 г., Закон о государственном иммунитете 1978 г., Закон о праве, применимом к договорам 1990 г., Закон о МЧП 1995 г. (вопреки своему громкому названию направлен на регулирование лишь узкого круга вопросов, при этом ряд его положений в настоящее время должен быть заменен соответствующими нормами Регламента ЕС «Рим II») и др.

Израиль. В Израиле МЧП неcodифицировано: единый закон о МЧП отсутствует, Гражданский кодекс этой страны также не содержит отдельной главы, которая была бы специально посвящена регулированию отношений, осложненных иностранным элементом. Отдельные законы (например, Закон о приведении в исполнение иностранных судебных решений 1958 г., Закон о правосубъектности и опеке и попечительстве 1962 г.) содержат лишь отрывочные коллизионные нормы по узкому кругу вопросов. Международная юрисдикция израильских судов определяется в соответствии с действующими правилами судебной процедуры и в целом в этом вопросе следует англо-американской правовой традиции. В отсутствие сколь-либо значимых внутринациональных законодательных актов, содержащих коллизионные нормы, основными источниками МЧП в Израиле являются международные договоры и судебный прецедент (суды в своей деятельности руководствуются принципом свободы воли сторон в выборе применимого права и принципом наиболее тесной связи, если сторонами такой выбор сделан не был).

США. США относятся к группе стран со множественностью правовых систем, чьей правоприменительной практике известны четыре группы правовых коллизий: между законами различных штатов, между законодательством штата и федеральным законодательством, между законодательством штата и иностранного государства (государств), между федеральным и иностранным законодательством. Нормы, направленные на определение применимого права в двух последних ситуациях, являются нормами МЧП. Они содержатся как в федеральных актах, так и в законодательстве отдельных штатов, в связи с тем что Конституцией США законодательные органы штатов наделены крайне широкой нормотворческой компетенцией в области гражданского и торгового права. Ряд норм МЧП можно найти в Единообразном торговом кодексе 1952 г., Законе 1976 г. об иммунитете иностранных госу-

дарств, Федеральных правил судебной процедуры (где, в частности, Правило 44.1 посвящено вопросу определения содержания иностранного закона) и пр. В некоторых штатах имеются законы, непосредственно посвященные МЧП (например, в штате Луизиана одноименный акт 1991 г.). Отсутствие единого детально разработанного и систематизированного законодательства о МЧП приводит к повышению значения неофициальных кодификаций судебных прецедентов (например, Свод законов о конфликте законов, составленный на основе 3-томного курса Билля Американским институтом права в 1934 г., и второй Свод законов о конфликте законов, вышедший в 1971 г. Необходимо, однако, отметить, что, несмотря на свою популярность, указанные издания не являются источниками МЧП.

3.2. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОГОВОРЫ И ИНЫЕ МЕЖДУНАРОДНЫЕ ДОКУМЕНТЫ

3.2.1. Международные договоры, унифицирующие коллизионные и материально-правовые нормы

90 Выше уже отмечалось, что международные договоры играют важную роль в регулировании частноправовых отношений с иностранным элементом – материально-правовой метод регулирования в МЧП предполагает обращение в первую очередь именно к международным договорам (см. п. 1.6 гл.1).

91 А.Н. Макаров в своей работе «Основные начала международного частного права» отмечал: «Мысль о необходимости таких коллективных договоров (А.Н. Макаров подразделяет международные договоры на сепаратные, т.е. двусторонние, и коллективные, т.е. многосторонние. – *Авт.*) высказана была впервые в середине XIX века итальянским юристом и государственным деятелем Манчини. Его усердным настояниям обязана инициатива Италии в деле созыва международной конференции для выработки единых норм международного частного права. Попытки итальянского правительства в 70-е и 80-е годы созвать такую конференцию не привели, однако, к практическим результатам»¹. Аналогичные попытки предприняли Нидерланды в 1874 г., но также безрезультатно.

¹ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924. С. 16–17.

И лишь в 1893 г. удалось созвать в Гааге международную конференцию, в которой участвовало 13 государств континентальной Европы. Одним из активнейших инициаторов ее созыва был голландский юрист Т.М. Ассер. Целью конференции являлось, как отмечает А.Н. Макаров, выделение отдельных вопросов коллизионного права для их «всестороннего обсуждения и отыскания решения, на котором могли бы сойтись все участники конференции»¹. Вторая конференция состоялась в 1894 г., третья – в 1900 г., четвертая – в 1904 г. Перечень вопросов, рассматривавшихся на этих конференциях, дает представление о том, какие сферы коллизионного права считались первоочередными, нуждавшимися в унификации: о браке, о передаче судебных и внесудебных актов, о наследовании, об опеке, о разводе, о гражданском процессе. Как явствует из дальнейшей работы Гаагской конференции, этот круг вопросов во многом остался неизменным. Некоторые из предлагавшихся проектов становились международными конвенциями, в частности, в 1896 г. была подписана и ратифицирована Конвенция о гражданском процессе, в 1902 г. – конвенции о браке, о разводе, об опеке над малолетними. В 1905 г. была подписана и ратифицирована уже новая Конвенция о гражданском процессе (пересмотренная Конвенция 1896 г.), в 1912 г. ратифицирована Конвенция о личных и имущественных отношениях супругов.

К сожалению, в этих конвенциях участвовало небольшое число стран континентальной Европы. В большей степени это объяснялось тем, что в основу названных конвенций был положен коллизионный принцип «закон гражданства» (*lex patriae*). Это означало, что страны, придерживавшиеся принципа «закон местожительства» (*lex domicilii*), не могли в них участвовать, в частности Англия, США, Дания, Норвегия.

Царская Россия с самого начала участвовала в работе Конференции, но ратифицировала лишь Конвенцию о гражданском процессе – и 1896 г., и 1905 г.

Первая мировая война прекратила действие Гаагских конвенций между воюющими странами. По окончании войны были возобновлены далеко не все конвенции, а лишь Конвенция 1905 г. о гражданском процессе и Конвенция 1902 г. об опеке над малолетними.

Активная и плодотворная работа Гаагской конференции началась уже после Второй мировой войны. В 1954 г. была принята Кон-

¹ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. С. 17.

венция о гражданском процессе (представляет собой усовершенствованную Конвенцию 1905 г., вступила в силу 12 апреля 1957 г., СССР присоединился к Конвенции в 1966 г., и она вступила в силу для СССР 26 июля 1967 г.).

- 97 В 1955 г. Гагской конференцией была принята Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров. Она вступила в силу в 1964 г. и во многом заложила основы коллизионного регулирования в этой сфере. В настоящее время Конвенция действует для восьми стран – Дании, Финляндии, Норвегии, Швеции, Франции, Италии, Швейцарии и Нигера (Бельгия ее денонсировала). Конвенция впервые ввела весьма значимые нормы и правила, воспринятые в последующих международных конвенциях, как коллизионных, так и материально-правовых. В частности, установленная сфера применения Конвенции (она не применяется к продажам ценных бумаг, зарегистрированных кораблей и судов или летательных аппаратов, к продажам в силу судебного решения или в порядке принудительного исполнения) стала во многом примером для последующих конвенций, принимаемых в сфере международной купли-продажи товаров, в частности Венской конвенции 1980 г.

- 98 Как подчеркивает Н.Г. Вилкова, указанная Гагская конвенция стала первым международным актом, разработанным в континентальной Европе, в котором был закреплен принцип автономии воли сторон договора при выборе применимого права¹. Как указано в ст. 2 Конвенции, выбор права сторонами должен быть прямо выражен или же «недвусмысленно вытекать из положений договора». При отсутствии выбора права сторонами в ст. 3 Конвенции установлена следующая схема его определения:

а) применяется право страны постоянного проживания продавца в момент получения им заказа либо право страны нахождения предприятия продавца, если заказ получен предприятием;

б) применяется право страны постоянного проживания покупателя или места нахождения предприятия, выдавшего заказ, если заказ получен в этой же стране продавцом, его представителем, агентом или коммивояжером.

- 99 В процессе дальнейшей унификации этот коллизионный принцип упрощался, о чем будет сказано далее.

¹ Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 109. Как подчеркивается в данной работе, исторически впервые принцип автономии воли сторон был закреплен в Кодексе Бустаманте 1928 г.

С Гаагской конвенцией 1955 г. связана Конвенция 1986 г. о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров. Конвенция 1986 г. не вошла в силу, но, несмотря на это, имеет большое значение в сфере коллизионной унификации. Нельзя не учитывать то обстоятельство, что она была принята после Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров и в какой-то степени может рассматриваться как «коллизионное дополнение» Венской конвенции. Сфера ее применения определена так же, как и в Венской конвенции, хотя есть и отличие: в противоположность Венской конвенции в Гаагской конвенции в понятие «товар» включены суда водного и воздушного транспорта, суда на воздушной подушке и электроэнергия.

В ст. 7 Конвенции 1986 г. зафиксирована автономия воли сторон выбирать применимое право. В отличие от ст. 2 Гаагской конвенции 1955 г., в которой выбор права сторонами должен быть прямо выражен или «недвусмысленно вытекать из положений договора», в Конвенции 1986 г. при определении воли сторон о выборе права наряду с упомянутым учитывается и поведение сторон.

Если стороны договора не избрали применимое право, то он регулируется «правом государства, в котором на момент заключения договора продавец имеет свое коммерческое предприятие» (ст. 8 Конвенции 1986 г.). Точкой отсчета для определения применимого права является место нахождения предприятия продавца, что совпадает с Конвенцией 1955 г., однако время выбора уже связано не с моментом получения продавцом заказа, что не всегда просто определить, а с моментом заключения договора.

Из этого общего правила предусмотрены исключения, и при определенных обстоятельствах договор регулируется правом страны нахождения предприятия покупателя. Это происходит, если:

- в этом государстве велись переговоры и договор был заключен сторонами, находившимися в этом государстве;
- в договоре прямо предусмотрено, что продавец обязан выполнить свои обязательства по доставке товаров в это государство;
- договор был заключен на условиях, определенных главным образом покупателем.

В п. 3 ст. 8 Конвенции 1986 г. предусмотрено еще одно исключение из общего коллизионного принципа, установленного в ст. 7. Это исключение носит более общий характер и отражает новые тенденции современного МЧП. Если договор с учетом всех обстоя-

тельств, например деловых отношений между сторонами, имеет более тесную связь с другим правом, то договор регулируется этим другим правом. Принцип наиболее тесной связи, рассматривавшийся в гл. 4 настоящего учебника, широко используется в МЧП многих стран и на международном уровне. Тем не менее, учитываемая неодинаковая отношение стран – участниц Гаагской конвенции к данному принципу, в ней предусмотрена возможность не применять п. 3 ст. 8 (п. «б» ст. 21).

105 В Конвенцию 1986 г. также включено коллизионное регулирование вопросов формальной и материальной действительности договоров купли-продажи (ст. 11 и 10), а также действительности соглашения сторон о применимом праве (ст. 10).

106 Российская Федерация участвует помимо уже указанной Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. в Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов 1965 г. (вступила в силу 10 февраля 1969 г., Россия присоединилась к Конвенции 1 мая 2001 г.¹, и она вступила в силу для России 1 декабря 2001 г.), в Конвенции, отменяющей требование легализации иностранных официальных документов 1961 г. (вступила в силу 24 января 1965 г., СССР присоединился к Конвенции в 1991 г.², и она вступила в силу для России 31 мая 1992 г.), в Конвенции о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г. (вступила в силу 7 октября 1972 г., Россия присоединилась к Конвенции 1 мая 2001 г.³, и она вступила в силу для России 30 июня 2001 г.).

107 Следует также упомянуть такие конвенции Гаагской конференции, как Конвенция 1961 г. «О коллизии законов в отношении формы завещаний» (вступила в силу в 1964 г.), 1971 г. – «О праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям» (вступила в силу в 1975 г.), 1973 г. – «О праве, применимом к ответственности изготовителя» (вступила в силу в 1977 г.), 1980 г. – «О гражданско-правовых аспектах международного похищения детей» (вступила в силу в 1983 г.).

¹ Федеральный закон от 12 февраля 2001 г. № 10-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам» // СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 615. Указом Президента от 24 августа 2004 г. Министерство юстиции РФ было назначено Центральным органом по данной Конвенции // СЗ РФ. 2004. № 35. Ст. 3608.

² Постановление ВС СССР от 17 апреля 1991 г. № 2119-1.

³ Федеральный закон от 12 февраля 2001 г. № 11-ФЗ // СЗ РФ. 2001. № 7. Ст. 616.

В настоящее время Гагская конференция, которая после принятия в 1955 г. своего Статута стала постоянной межправительственной организацией, продолжает разрабатывать конвенции по тем вопросам, которые традиционно являлись ее сферой унификации – гражданский процесс, семейные и наследственные отношения, в частности Конвенция 2005 г. «Соглашения о выборе суда» и Конвенция 2007 г. «О праве, применимом к алиментным обязательствам» (эти конвенции пока не вступили в силу). Наряду с этим данная международная организация уделяет внимание и вопросам коммерческого и банковского права, которые сегодня требуют международной унификации в силу своей актуальности и значимости. Речь идет о Конвенции 2006 г. «О праве, применимом к отдельным правам в отношении ценных бумаг, хранящихся у посредника».

Вообще, за послевоенный период (с 1951 г. по настоящее время) Гагской конференцией принято почти сорок конвенций. Не все из них ратифицированы, но тем не менее они оказывают существенное влияние на МЧП различных государств. Данная организация планирует разработать конвенции по весьма значимым вопросам МЧП, в частности, касающихся конфликта юрисдикций, международного процессуального и административного сотрудничества в связи с гражданско-правовой ответственностью за причиненный экологический вред, проблем МЧП в отношении незарегистрированных пар (*unmarried couples*), в отношении недобросовестной конкуренции.

В 2001 г. Россия официально оформила свое членство в Гагской конференции по международному частному праву, о чем было принято соответствующее Постановление Правительства РФ¹. В 2003 г. Министерство иностранных дел РФ Постановлением Правительства РФ было назначено уполномоченным органом Российской Федерации по связям с Гагской конференцией².

Важнейшую роль в коллизионной унификации играет Конвенция 1980 г. «О праве, применимом к договорным обязательствам» или Римская конвенция, принятая в рамках Европейского Союза, и это обуславливает необходимость остановиться более подробно на истории ее создания и ее содержании³.

¹ Постановление Правительства РФ от 13 ноября 2001 г. № 784 «О вступлении Российской Федерации в Гагскую конференцию по международному частному праву» // СЗ РФ. 2001. № 47. Ст. 4449.

² Постановление Правительства РФ от 10 июня 2003 г. № 340 // СЗ РФ. 2003. № 24. Ст. 2334.

³ В настоящее время данный документ трансформирован в Регламент ЕС, о чем более подробно будет сказано далее.

112 В сентябре 1967 г. постоянный представитель Бельгии в Комиссии ЕЭС обратился к Комиссии от имени своего правительства и от имени правительств Люксембурга и Нидерландов с предложением кодифицировать коллизионные нормы силами экспертов стран-участниц на основе проекта стран Бенилюкса¹. Необходимость унификации коллизионных норм была признана столь же необходимой, как и унификация материально-правовых норм. Это нашло свое отражение в обращении генерального директора по вопросам внутреннего рынка и сближения законодательств в Комиссии *V. Th. Vogelaar* к правительственным экспертам в феврале 1969 г.² По его мнению, различие правовых систем и отсутствие единообразных коллизионных норм препятствовало свободному движению лиц, товаров, услуг и капиталов между странами – участницами Содружества, т.е. достижению основной цели его создания.

113 В октябре 1969 г. правительственные эксперты стран Содружества, за исключением Германии, согласились объединить свои усилия в области гармонизации права, сосредоточив их в первую очередь в следующих областях:

- право, применимое к движимому и недвижимому имуществу;
- право, применимое к договорным и внедоговорным обязательствам;
- право, применимое к форме юридических актов и ее доказыванию;
- общие вопросы международного частного права – обратная отсылка, квалификация, применение иностранного права, публичный порядок, правоспособность, представительство.

114 Результаты этой встречи были обобщены генеральной дирекцией по внутреннему рынку и сближению законодательств и представлены Комиссии с предложением обратиться к государствам с инициативой начать работу по подготовке проекта конвенции о единообразном законе в отдельных областях международного частного права. Комиссия согласилась с этим предложением, и в январе 1970 г. была сформирована группа экспертов по подготов-

¹ Проект Единообразного закона о международном частном праве стран Бенилюкса (Бельгия, Нидерланды, Люксембург). В его 24 статьях содержатся коллизионные нормы, регулирующие различные вопросы МЧП, касающиеся, в частности, личного статуса физического лица, семейных и наследственных отношений, определения права, применимого к договорам, и др. Этот проект так и не был принят, однако сыграл свою положительную роль в унификации МЧП хотя бы потому, что послужил базой для разработки других унификационных актов.

² Цит. по: *Journal Officiel des Communautés Europeennes*. 1980.31.10. N C 282. P. 4.

ке проекта или проектов конвенций в области МЧП по вышеуказанным проблемам, которые были распределены между странами следующим образом:

- право, применимое к движимому и недвижимому имуществу, – Германия;
- право, применимое к договорным и внедоговорным обязательствам, – Италия;
- право, применимое к форме юридических актов и ее доказыванию, – Франция;
- общие вопросы международного частного права – обратная отсылка, квалификация, применение иностранного права, публичный порядок, правоспособность, представительство – страны Бенилюкса.

В июне 1972 г. группой экспертов был представлен проект конвенции о праве, применимом к договорным и внедоговорным обязательствам, для его передачи правительствам стран-участниц. В нем также нашли отражение вопросы о праве, применимом к форме юридических актов и ее доказыванию, и о толковании единообразных норм и их взаимоотношении с другими унифицированными коллизионными нормами. 115

Присоединение к ЕЭС в 1973 г. новых членов – Великобритании, Ирландии и Дании – потребовало введения новых членов в комитет постоянных представителей и в группу экспертов, что повлекло за собой необходимость определенного пересмотра проекта конвенции. 116

В марте 1978 г. группа экспертов решила ограничить разрабатываемую конвенцию вопросами, связанными с договорными обязательствами, поскольку, по ее мнению, такая конвенция должна быть разработана в первую очередь. Одновременно было решено, что конвенция о праве, применимом к внедоговорным обязательствам, будет разрабатываться позже¹. 117

¹ Лишь в 1988 г. возобновилась работа над документом по унификации коллизионных норм, применимых к внедоговорным обязательствам, получившим название «Рим II». Разработанный документ, однако, представляет собой не международную конвенцию, а, как уже говорилось, Регламент Европейского Союза «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам», который в соответствии со своей ст. 32 применяется с 11 января 2009 г. С английским текстом Регламента можно ознакомиться в Интернете по адресу: www.europa.eu.int и в Official Journal of European Union UJ L 199. 2007.31.07. P. 40–49. Более подробно о Регламенте см. в т. 2 «Особенная часть» настоящего учебника.

- 118 В мае 1979 г. председатель группы экспертов передал проект конвенции Совету Содружества, в который должны были поступать замечания правительств стран-участниц. 19 июня 1980 г. на заседании Совета, проходившего в Риме, были проведены завершающие переговоры, установлено необходимое число ратификаций для вступления конвенции в силу – семь. В этот день конвенция была подписана представителями Бельгии, Германии, Франции, Ирландии, Италии, Люксембурга и Нидерландов. Конвенция вступила в силу в 1991 г.
- 119 17 июня 2008 г. Европейским парламентом и Советом был принят Регламент № 593/2008, который призван заменить собой Римскую конвенцию и озаглавленный Регламентом о праве, применимом к договорным обязательствам («Рим I»)¹. В соответствии со ст. 29 Регламент применяется с 17 декабря 2009 г., за исключением ст. 26, которая применяется с 17 июня 2009 г. В ст. 26 установлено, что к 17 июня 2009 г. страны – члены ЕС должны представить Комиссии список конвенций о коллизионном регулировании договорных обязательств с целью их последующей денонсации. В п. 2 ст. 24 Регламента установлено, что любая отсылка к Римской конвенции понимается как отсылка к Регламенту.
- 120 Возвращаясь к анализу Римской конвенции 1980 г. необходимо подчеркнуть, что ее специфика в первую очередь была связана со сферой применения – в соответствии со ст. 1 она применялась к договорным обязательствам в любой ситуации, включающей выбор между правом разных стран. Это означает, что применение Конвенции не ограничивалось кругом субъектов из стран-участниц. М.П. Бардина в своей статье, посвященной анализу Римской конвенции, пишет: «Используемая судами и арбитражами стран ЕС, Конвенция не ограничивает свою сферу регулирования договорами субъектов, принадлежащих к этим странам. Она действует применительно ко всем договорным отношениям, включая и те, в которых одна сторона или обе стороны договора относятся к третьим странам»².
- 121 В Римской конвенции 1980 г., как и в других конвенциях, очерчен круг ситуаций, к которым она не применяется. Этот круг намного шире, чем в Гаагских конвенциях 1955 и 1986 гг., и охватывает,

¹ Текст Регламента см.: Official Journal of European Union OJ L 177. 2008.04.07. P. 6–16, а также доступен на сайте ЕС: www.europe.eu

² Бардина М.П. О праве, применимом к договорным обязательствам в странах ЕС // Хозяйство и право. 1997. № 4. С. 115.

в частности, вопросы, связанные с личным статусом или правоспособностью физического лица, с завещанием, семейными отношениями, ценными бумагами, процессом.

В ст. 3 Римской конвенции был зафиксирован уже общепризнанный к тому времени принцип автономии воли сторон при выборе применимого права. Разработчики еще больше расширили права сторон при выборе права – это можно сделать в отношении части договора, а также если договор реально связан лишь с одной страной. Наряду с этим в п. 1 ст. 3 установлено, что выбор права сторонами может быть прямо выражен в договоре «или с разумной определенностью вытекать из условий договора или обстоятельств дела».

Если стороны договора не выбирают применимого права, оно определяется на основе принципа наиболее тесной связи (п. 1 ст. 4). В п. 2 ст. 4 Римской конвенции принцип наиболее тесной связи раскрывается следующим образом: предполагается, что договор наиболее тесно связан с той страной, где в момент заключения договора имеет обычное местожительство или административный центр сторона, осуществляющая исполнение, являющееся характерным для данного договора. Это положение является яркой иллюстрацией удачного «соединения» различных подходов к определению применимого права в странах общего права и континентального права. Подчеркнем, что принцип наиболее тесной связи, будучи институтом англо-американского права, был соединен с принципом характерного исполнения, использовавшегося в странах континентальной Европы. Соединение этих двух подходов привело к удачному унификационному результату. Такая схема их соединения впоследствии стала использоваться и в национальном законодательстве, в частности в России (ст. 1211 ГК РФ).

В Римской конвенции 1980 г. выделены специальные положения об определении применимого права в отношении потребительских (ст. 5) и трудовых договоров (ст. 6).

В ст. 7 Римской конвенции нашла отражение современная концепция, получившая в доктрине название «сверхимперативных норм» или «норм непосредственного применения». Отметим лишь, что впервые она была включена в Гагскую конвенцию 1978 г. «О праве, применимом к агентским отношениям» (ст. 16). Однако поскольку эта Конвенция действует лишь для четырех государств, ст. 16 и содержащееся в ней положение о сверхимперативных нормах не получили широкого освещения. Напротив,

- ст. 7 Римской конвенции очень широко обсуждалась и, что более важно, нашла отражение в законодательстве разных стран, включая Россию (ст. 1192 ГК РФ).
- 126 Под свехимперативными нормами обычно понимается узкий круг национальных норм, которые в силу своего особого значения применяются независимо от применимого права¹.
- 127 Весьма сложная проблема МЧП нашла отражение в ст. 8 и 9 Римской конвенции, посвященных материальной и формальной действительности договоров. Общая коллизионная норма ст. 8 связывает определение материальной действительности договора с правом, применимым к договору. Формальная действительность по общему правилу определяется в зависимости от места нахождения сторон в соответствии с правом страны, где договор был заключен, либо правом, применимым к договору, либо правом одной из стран, где находятся стороны.
- 128 В Конвенции также были установлены коллизионные привязки для установления права, применимого к дееспособности физического лица, цессии, суброгации. Помимо этого в Конвенции установлен ряд общих правил, традиционно относимых к общей части МЧП. Речь идет, в частности, об обратной отсылке (ст. 15)², оговорке о публичном порядке (ст. 16)³.
- 129 Конвертация Римской конвенции 1980 г. в Регламент ЕС «Рим I» явилась логичным шагом по пути конвертации международных конвенций, разработанных в рамках ЕС, в такой правовой документ вторичного права ЕС, как Регламент; Римская конвенция была последней такой Конвенцией в сфере МЧП. Причин для этого процесса несколько, в частности большая степень унификации, возможность единообразного толкования Регламентов в суде ЕС (*Court of Justice*), обязательность применения унификационных коллизионных норм новыми членами ЕС.
- 130 Конвертация Конвенции именно в Регламент, а не в Директиву ЕС объясняется правовой природой и условиями применения

¹ В отечественной литературе первая публикация на эту тему принадлежит перу О.Н. Садикова. См.: Садиков О. Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. № 2. С. 71. Наиболее подробно этот вопрос исследован А.Н. Жильцовым. См.: Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): Автореф. дис. ... канд. юрид. наук. М.: МГИМО (У), 1998.

² Более подробно об обратной отсылке см. п. 4.5 гл. 4 настоящего учебника.

³ Более подробно об оговорке о публичном порядке см. п. 4.7 гл. 4 настоящего учебника.

первого – именно Регламент является документом прямого и обязательного действия в странах ЕС, в отличие от Директивы, которая может меняться на национальном уровне. С помощью Регламента эффективно достигается необходимый уровень унификации права в рамках ЕС.

При конвертации Римской конвенции 1980 г. в Регламент ЕС «Рим I» встал вопрос о внесении изменений в ее текст. Один из основных вопросов, практически всегда обсуждаемый при разработке унификационных коллизионных документов сегодня, – это вопрос о том, как найти баланс между достаточно жесткими коллизионными нормами и усмотрением судьбы при выборе применимого права. 131

Изменения, внесенные в Регламент «Рим I», отражают этот непрерывающийся процесс поиска баланса. Наиболее ярко эти поиски проявились при формулировке положений о выборе применимого права при отсутствии его выбора сторонами. Если в ст. 4 «Применимое право при отсутствии выбора права сторонами» Римской конвенции на первом месте стоял принцип тесной связи, с помощью которого необходимо было определять применимое право, то в аналогичной ст. 4 Регламента «Рим I» прежде всего устанавливаются положения для определения применимого права к конкретным договорам – купли-продажи, предоставления услуг, в отношении вещных прав на недвижимое имущество, аренды недвижимости и др. (п. 1). Если это не приводит к необходимому результату, то необходимо обратиться к концепции «характерного исполнения», которая связывает определение применимого права с местом нахождения стороны, осуществляющей характерное исполнение по договору (п. 2). Если обстоятельства свидетельствуют, что договор явно тесно связан с правом иной страны, то должно применяться право этой страны (п. 3). Завершает статью п. 4, в котором устанавливается возможность обратиться к принципу тесной связи, если применимое право не может быть определено с помощью привязок применительно к конкретным договорам (п. 1) и с помощью принципа характерного исполнения (п. 2). 132

Данная схема определения применимого права критиковалась в литературе, преимущественно представителями стран общего права; по их мнению, предложенные формулировки ведут к существенному уменьшению гибкости при определении применимого права. Однако представители стран континентального права подчеркивают, что необходимый уровень гибкости сохраняется бла- 133

годаря включению в ст. 4 Регламента «Рим I» п. 3, позволяющего, исходя из конкретных обстоятельств, применить право, которое, по мнению судьи, явно более тесно связано с договором. Эти точки зрения отражают продолжающиеся размышления в сфере МЧП о соотношении определенности и гибкости регулирования отношений, осложненных иностранным элементом. Видимо, приходится признать, что вряд ли возможно однозначное решение этой проблемы, и в различные исторические периоды превалирует первая или вторая часть данной дихотомии.

134 Несколько слов необходимо сказать об упоминавшемся выше Регламенте ЕС «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам («Рим II»)), вступившем в действие в январе 2009 г. Важность принятия этого унификационного документа трудно переоценить. Подробно он будет рассматриваться в т. 2 «Особенная часть» учебника, но здесь уместно сказать об основных новеллах данного документа.

135 Прежде всего, обращает на себя внимание ст. 4 Регламента «Свобода выбора», в которой установлена автономия воли сторон внедоговорных обязательств выбирать применимое право, при этом стороны, осуществляющие предпринимательскую деятельность, могут выбрать право и до наступления события, послужившего основанием для возникновения ущерба.

136 Общее коллизионное правило установлено в ст. 4, согласно которому к внедоговорным обязательствам применяется право той страны, где возник ущерб (*in which the damage occurs*), независимо от того, где имело место событие, послужившее основанием для требования о возмещении ущерба. Такая коллизионная привязка обозначается как *lex loci damni*.

137 Еще одной особенностью Регламента «Рим II» является введение специальных привязок для различных видов деликтов и иных видов внедоговорных обязательств – ответственности изготовителя, недобросовестной конкуренции, экологического ущерба, нарушения интеллектуальных прав, забастовок и локаутов и др. Все вышесказанное свидетельствует об уникальности документа, хотя и не исключает различных оценок его значимости. Сравнение с национальными законодательствами разных стран свидетельствует о том, что для одних стран общая коллизионная норма, введенная Регламентом, является уже привычной (например, для Италии), а для других – новой (Австрия), что потребует существенных изменений в подходах и практике.

Коллизионная унификация в странах Латинской Америки началась, как и на Европейском континенте, в конце XIX в., но наибольших успехов достигла в связи с деятельностью выдающегося кубинского юриста и дипломата Антонио Санчеса де Бустаманте-и-Сирвена. В 1928 г. в Гаване на VI международной конференции американских государств, созванной Панамериканским союзом, была принята Конвенция о международном частном праве, приложением которой является кодекс, известный как Кодекс Бустаманте по имени его составителя. Кодекс содержит 437 статей и состоит из вступительного раздела и четырех книг, охватывающих различные области МЧП. Первая книга – «Международное гражданское право» – включает вопросы правового положения физических и юридических лиц, брака и развода, отцовства и происхождения детей, алиментных обязательств, усыновления, опеки, безвестного отсутствия, собственности и способов ее приобретения, обязательств и договоров, давности. Вторая книга – «Международное торговое право» – содержит положения о коммерсантах, торговых договорах, о морской и воздушной торговле. Третья книга посвящена международному уголовному праву, последняя четвертая – международному процессу¹. 138

Кодекс Бустаманте ратифицирован 15 государствами Латинской Америки – Боливией, Бразилией, Венесуэлой, Гаити, Гватемалой, Гондурасом, Доминиканской Республикой, Коста-Рикой, Кубой, Никарагуа, Панамой, Перу, Сальвадором, Чили и Эквадором. С учетом сделанных ими заявлений и оговорок он действует в этих странах до сих пор. Однако круг стран, применяющих Кодекс Бустаманте, не ограничивается странами, его подписавшими. Как отмечает В.П. Звеков, «в других американских государствах Кодекс применялся судами в силу «разумности и целесообразности»². Все это является свидетельством успешной региональной коллизионной унификации. 139

Еще одним унификационным документом в этом же регионе является Межамериканская конвенция 1994 г. о праве, применимом к международным контрактам. Конвенция была разработана в рамках Организации американских государств (ОАГ), созданной в 1948 г., и принята на пятой межамериканской специализированной конференции по международному частному праву, 140

¹ Полный текст Кодекса Бустаманте на русском языке см.: Международное частное право. Иностранное законодательство. М., 2001. С. 748–798.

² Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 97.

проходившей в Мехико в марте 1994 г. В конференции приняли участие представители 17 латиноамериканских государств, а также США и Канада.

141 В Межамериканской конвенции 1994 г. в первую очередь определяется понятие «международный контракт». Для этого используется применяемая в международных конвенциях формулировка: под международным контрактом понимается контракт, стороны которого имеют обычное место жительства или коммерческие предприятия в различных договаривающихся государствах. Помимо этого международным признается контракт, «имеющий объективную связь более чем с одним договаривающимся государством»¹.

142 В ст. 5 установлена сфера применения Конвенции, которая в большей степени совпадает с аналогичным положением Римской конвенции: Конвенция 1994 г. не применяется, в частности, к семейному статусу физических лиц, правоспособности сторон, последствиям недействительности контракта, обязательствам по оборотным документам, сделкам с ценными бумагами, соглашению сторон об арбитраже или о выборе суда, праву о компаниях.

143 Основные правила определения применимого права содержатся в ст. 7 и 9 Межамериканской конвенции 1994 г. В ст. 7 зафиксирован принцип автономии воли, что особенно важно для стран Латинской Америки. Как указывает Н.Г. Вилкова, в этом регионе в течение долгого времени преобладало отрицательное отношение к автономии воли сторон договора. В работах латиноамериканских коллизионистов отмечалось, что «автономия воли сторон представляет чужеродный элемент в коллизионном праве и, несмотря на его солидную историю, заслуживает скорее порицания и недоверия, нежели одобрения»².

144 Сама формулировка принципа автономии воли в большей степени совпадает с аналогичным положением Римской конвенции 1980 г. (ст. 3).

145 Если стороны не выбрали применимое право, то оно определяется с учетом принципа наиболее тесной связи (ст. 9). При этом надо отметить, что в отличие от других международных актов, где данный принцип «раскрывается» через местонахождение стороны, осуществляющей характерное исполнение по договору, в Межамериканской конвенции 1994 г. такое положение отсутствует. В ней

¹ Цит. по: Вилкова Н. Г. Указ. соч. С. 467.

² Там же. С. 147.

установлены два следующих критерия, которые должен принимать во внимание суд при определении тесной связи: 1) любые объективные и субъективные элементы контракта; 2) общие принципы международного коммерческого права, признанные международными организациями. В этой формулировке нашел отражение общий подход к регулированию международных контрактов в Латинской Америке, который заключается в стремлении максимально отойти от национального регулирования и использовать действительно международные регуляторы.

В Межамериканской конвенции 1994 г. также регулируются 146 вопросы материальной и формальной действительности контракта, сферы действия применимого права, сверхимперативные нормы, оговорка о публичном порядке и общие положения относительно вступления в силу Конвенции.

Унификация коллизионных норм решает хотя и важную, но 147 все же «половинчатую» задачу. Сохраняется коллизионный этап определения применимого права, сохраняется необходимость применения национального права к отношениям с иностранным или международным элементом – то, что многими специалистами рассматривается как недостаток регулирования. Избежать эти обстоятельства можно лишь с помощью унификации материально-правовых норм путем разработки и принятия международных договоров и иных международных документов.

Работа по унификации материально-правовых норм ведется 148 в самых разных областях частного права – договоры, внедоговорные обязательства, интеллектуальная собственность, транспорт, расчеты, трудовые отношения и др.

Не будет преувеличением сказать, что наибольшие результа- 149 ты достигнуты в области унификации договоров, а точнее договоров международной купли-продажи товаров. Хронологически первые «материально-правовые» конвенции о договорах международной купли-продажи были подготовлены УНИДРУА в 1964 г. Прежде чем кратко охарактеризовать эти конвенции, необходимо сказать несколько слов об УНИДРУА – международной организации, играющей важную роль в развитии современного международного частного права.

УНИДРУА – это Международный институт по унификации 150 частного права, для обозначения которого чаще всего используется аббревиатура UNIDROIT. Институт был учрежден в 1926 г. как орган Лиги Наций (предшественница ООН) с нахождением в Риме.

После роспуска Лиги Наций в 1940 г. УНИДРУА был заново учрежден на основе международного соглашения – Статута УНИДРУА. За время своего существования Институт подготовил международные конвенции в области международной купли-продажи товаров, международного лизинга, защиты культурных объектов, обеспеченных сделок и др. Весьма значимым вкладом Института является разработка Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА¹. В стадии разработки находится международная конвенция по ценным бумагам, хранящимся у посредника².

151 Возвращаясь к конвенциям 1964 г., необходимо сказать, что речь идет о двух конвенциях, это: 1) Конвенция о Единообразном законе о заключении договора международной купли-продажи товаров (*Convention relating to a Uniform Law on the Formation of Contracts for the International Sales of Goods – ULFIS*, вошла в силу 23 августа 1972 г.) и 2) Конвенция о Единообразном законе о международной купле-продаже товаров (*Convention relating to a Uniform Law on the International Sale of Goods – ULLIS*, вошла в силу 18 августа 1972 г.).

152 Каждая из этих конвенций представляет собой небольшой по объему документ, состоящий из 13–15 статей, в приложении к которым даны упомянутые Единообразные законы. Несмотря на сегодняшнее весьма скромное их распространение и применение (они действуют для четырех государств – Великобритании, Гамбии, Израиля и Сан-Марино), роль этих конвенций весьма значима. Без этого этапа унификации вряд ли была бы возможна гораздо более успешная унификация – Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров, объединяющей сегодня более 60 государств.

153 Над Единообразными законами 1964 г. работали представители разных правовых семей – и континентальной, и англо-американской, и достижение единообразных результатов продемонстрировало возможность нахождения компромиссных результатов.

154 В Единообразном законе о заключении договоров международной купли-продажи зафиксирован континентальный подход к определению момента заключения договора – это момент получения акцепта offerentом (в отличие от англо-американской доктрины «почтового ящика», в соответствии с которой договор считается заключенным в момент отправки акцепта).

¹ См. п. 3.2.3 настоящей главы.

² С текстом проекта конвенции можно познакомиться на сайте УНИДРУА: www.unidroit.org

Наряду с этим в Едином законе о международной купле-продаже товаров нашли отражение термины и концепции англо-американского права, в частности «существенное нарушение договора», «разумный срок».

Конвенции УНИДРУА 1964 г. в большой степени послужили основой для разработки Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров – ей посвящен специальный параграф настоящего учебника.

В рамках УНИДРУА подготовлены также конвенции о международном финансовом лизинге, о финансовом факторинге, которые подробно рассмотрены в Особой части настоящего учебника.

В настоящее время, как уже упоминалось выше, в рамках УНИДРУА заканчивается работа над конвенцией по унификации материально-правовых норм в отношении ценных бумаг, хранящихся у посредника. Эта работа ведется в рамках специально созданного Комитета правительственных экспертов, в состав которого входят и эксперты Российской Федерации. Так же как и Гагская конференция, УНИДРУА принял решение о работе в весьма специфичной сфере в связи с существенным повышением риска владельцев таких ценных бумаг при осуществлении различных операций на международной арене. В проекте конвенции, в частности, предусматривается предоставление определенных гарантий владельцам ценных бумаг, передаваемых в управление посредникам, в том числе в условиях многоуровневой системы передачи этих ценных бумаг, включая передачу третьим лицам. В тексте конвенции предполагается изложить подробные механизмы материального закрепления таких гарантий путем совершения соответствующих записей в счете владельца ценных бумаг, а также принципы и правила, способствующие увеличению оборота ценных бумаг на финансовых рынках (более подробно о проекте конвенции см. в т. 2 «Особенная часть» настоящего учебника).

Важнейшей работой, проведенной УНИДРУА, является подготовка Принципов международных коммерческих договоров. Этот документ представляет собой пример современного регулирования международной коммерческой деятельности и повсеместно признается составной частью *lex mercatoria*.

В 1995 г. Правительством РФ было принято постановление о возобновлении участия России в УНИДРУА¹.

¹ Постановление Правительства РФ от 20 апреля 1995 г. № 370 // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1664.

- 161 Другой международной организацией, активно работающей в сфере международной унификации, является Комиссия ООН по праву международной торговли – ЮНСИТРАЛ. Созданная в 1966 г., эта организация активно способствует унификации права международной торговли.
- 162 Помимо уже упоминавшейся Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. данной Комиссией подготовлены Конвенция об исковой давности 1974 г., Конвенция о морской перевозке грузов 1978 г.
- 163 Унификацией материально-правовых норм по различным частноправовым вопросам занимаются и такие организации, как Международная организация гражданской авиации (ИКАО), Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС), Международная морская организация (ИМО). Конвенции, разработанные этими и другими международными организациями, рассматриваются в соответствующих разделах Особенной части настоящего учебника.

3.2.2. Унификация права в странах СНГ

- 164 СНГ – межгосударственное объединение, образованное Беларусью, Россией и Украиной в декабре 1991 г. после распада СССР. Тогда же к Соглашению о создании СНГ присоединились Азербайджан, Армения, Казахстан, Киргизия, Молдова, Таджикистан, Туркмения, Узбекистан. В 1993 г. участником СНГ стала Грузия, в этом же году был принят Устав СНГ.
- 165 Государства, входившие ранее в состав СССР, образовали также ряд других международных организаций. В частности, на постсоветском пространстве созданы:
- Евразийское экономическое сообщество (ЕврАзЭС);
 - Организация за демократию и экономическое развитие – ГУАМ (после выхода Узбекистана в нее входят четыре государства: Грузия, Украина, Азербайджан и Молдова);
 - Центральное-Азиатское сотрудничество (ЦАС), которое в связи с предстоящим вступлением Узбекистана в ЕврАзЭС должно быть упразднено;
 - Союзное государство Российской Федерации и Республики Беларуси (далее – Союзное государство).
- 166 Наибольшее влияние на унификацию права оказывают СНГ, ЕврАзЭС и Союзное государство.

Процесс создания единообразных норм для снятия различий 167
в национально-правовом регулировании новых независимых госу-
дарств, входивших ранее в состав СССР, характеризуется следую-
щими особенностями.

Во-первых, на момент распада Советского Союза в советских 168
социалистических республиках действовало единообразное зако-
нодательство. На базе Основ гражданского законодательства Сою-
за ССР и республик 1991 г. в союзных республиках были введены
в действие соответствующие республиканские кодексы. По мно-
гим вопросам действовали единые союзные акты.

После распада Советского Союза новые независимые государ- 169
ства стали формировать национально-правовые системы, ориен-
тируясь на свои специфические интересы и приоритеты. В итоге
за период самостоятельного существования право государств –
участников СНГ приобрело различия. Таким образом, унификация
права в регионе СНГ происходит в условиях соотношения центро-
бежных и центростремительных тенденций.

Во-вторых, унификация в регионе СНГ происходит на фоне 170
разноуровневой и разноскоростной интеграции. Государства, вхо-
дившие ранее в состав СССР, создали целый ряд институцион-
ных и договорных механизмов, предусматривающих унификацию.
Поэтому нередко по одному и тому же вопросу имеется несколь-
ко унификационных инструментов, принятых разными интегра-
ционными объединениями.

В-третьих, основными способами унификации в регионе СНГ 171
является заключение международных договоров и совершенство-
вание национального права на основе модельного законодатель-
ства, разработанного международными организациями. Данные
способы характерны для универсального уровня сотрудничества.
Пример ЕС свидетельствует, что унификация права в ходе тесно-
го экономического сотрудничества должна осуществляться более
быстрыми темпами и поэтому осуществляется преимущественно
через принятие органами интеграционного объединения юри-
дически обязательных предписаний¹. Унификация и гармониза-
ция права стран – членов ЕС осуществляется в первую очередь
через формирование вторичного права. Страны региона СНГ так-
же участвуют в региональной экономической интеграции. Одна-

¹ См.: Европейское право. Право Европейского Союза и правовое обеспечение за-
щиты прав человека: Учебник для вузов / Рук. авт. кол. и отв. ред. Л.М. Энтин.
2-е изд., пересмотр. и доп. М., 2007. С. 95.

ко в настоящий момент органы созданных этими странами интеграционных объединений не обладают полномочиями принимать акты, аналогичные по своей правовой природе директивам и регламентам ЕС. В результате, несмотря на довольно активную работу органов СНГ, ЕврАзЭС и других интеграционных объединений, созданных в регионе СНГ, по унификации, национальные законы содержат значительные различия.

172 В-четвертых, сотрудничество стран региона СНГ преимущественно направлено на решение экономических проблем. Поэтому значительная унификация осуществляется по вопросам таможенного, транспортного, налогового, банковского регулирования. Сотрудничество по сближению правового регулирования семейных, наследственных отношений, обязательств из причинения вреда, интеллектуальной собственности пока не получило значительного развития.

173 Задача сближения национального законодательства государств – участников СНГ была поставлена уже в первых документах этого интеграционного объединения. Унификация изначально стала рассматриваться как необходимое условие формирования общего экономического пространства. В 1992 г. было заключено Соглашение о принципах сближения хозяйственного законодательства государств – участников СНГ и приняты Основные направления сближения национальных законодательств государств – участников СНГ.

174 В Уставе СНГ, принятом в 1993 г., была четко обозначена необходимость взаимной правовой помощи и сотрудничества в различных сферах правовых отношений (ст. 2). Однако механизмы унификации в Уставе СНГ не были четко обозначены. В ст. 20 Устава закреплено намерение государств осуществлять сближение национального законодательства и в качестве основного средства унификации указаны только многосторонние и двусторонние договоры о правовой помощи. Государства – участники СНГ заключили несколько таких договоров. Основными из них являются:

- Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, подписанное 20 марта 1992 г. в Киеве (Киевское соглашение 1992 г.);
- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная 22 января 1993 г. в Минске (Минская конвенция 1993 г.);
- Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам, подписанная 7 октября 2002 г. в Кишиневе (Кишиневская конвенция 2002 г.).

В данных договорах о правовой помощи содержатся коллизионные нормы, которые должны единообразно регулировать выбор между правом государств-участников. Однако договоры устарели по сравнению с коллизионным правом государств-участников. В частности, можно сравнить многочисленные дифференцированные привязки в ст. 1211 ГК РФ и принцип «место совершения сделки» в ст. 41 Минской конвенции 1993 г., по которым определяется право, подлежащее применению к договору. 175

Унификация не только обеспечивает единообразие национально-го права отдельных государств. Важной задачей унификации является также совершенствование и прогрессивное развитие правового регулирования. В отличие от унификационных инструментов международного частного права ЕС (основными из них являются регламент ЕС от 22 декабря 2000 г. «О признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и коммерческим спорам», регламент ЕС от 17 июня 2008 г. «О праве, применимом к договорным обязательствам», регламент ЕС от 11 июля 2008 г. «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам») договоры о правовой помощи между государствами – участниками СНГ эту задачу не решают. В первую очередь эти договоры определяют правовые основы взаимодействия органов государств-участников в ходе оказания правовой помощи. 176

По мере развития экономической интеграции в регионе СНГ происходит совершенствование правовой регламентации унификационного процесса. В договорах по различным этапам и формам экономической интеграции между государствами, входившими ранее в СССР, последовательно развиваются нормы о методах и способах осуществления унификации. 177

В 1993 г. в целях развития общего экономического пространства, основанного на свободном перемещении товаров, услуг, рабочей силы и капиталов, а также упрочения прямых связей хозяйствующих субъектов государствами – участниками СНГ был заключен Договор о создании Экономического союза. Он был подписан и ратифицирован Азербайджаном, Арменией, Беларусью, Казахстаном, Кыргызстаном, Молдовой, Россией, Таджикистаном, Узбекистаном. Грузия и Туркменистан, присоединившиеся впоследствии к Договору о создании ЭС, также приобрели статус государств-членов Экономического союза. На правах ассоциированного члена к ЭС присоединилась Украина. 178

В соответствии со ст. 3 Договора о создании ЭС государства-участники должны создать гармонизированное хозяйственное 179

законодательство. Основные направления этого процесса наиболее четко обозначены для первого этапа углубления экономической интеграции. В ст. 5 указанного Договора в целях создания межгосударственной ассоциации свободной торговли государства-участники согласились осуществлять гармонизацию таможенного законодательства механизмом тарифного и нетарифного регулирования, а также унификацию форм таможенной документации для ведения таможенной статистики.

180 Большое значение для регламентации унификационного процесса в рамках СНГ представляет ст. 26 Договора о создании ЭС. В ней определены основные способы достижения единообразного регулирования экономических отношений:

- разработка модельных актов, регулирующих хозяйственные взаимоотношения;
- координация и сближение действующего национального законодательства на основе модельных проектов и норм международного права с целью устранения противоречий в них;
- согласованное принятие новых национальных законодательных актов по экономическим вопросам;
- проведение предварительной экспертизы проектов нормативных актов, которая обеспечит соответствие этих актов нормам международного права, двусторонним и многосторонним соглашениям.

181 Важнейшим органом СНГ, обеспечивающим данную деятельность, является Межпарламентская ассамблея (далее – МПА). В ст. 8 Соглашения о Межпарламентской ассамблее государств – участников СНГ 1992 г. определено, что этот орган принимает свои решения в форме заявлений, обращений, рекомендаций, предложений и разрабатывает рекомендательные законодательные акты.

182 Внутренние акты МПА СНГ регламентируют процесс модельного законотворчества. В Положении о разработке модельных законодательных актов и рекомендаций МПА СНГ, принятом 14 апреля 2005 г., модельное законотворчество определено как деятельность по разработке, принятию и опубликованию модельных законодательных актов, отвечающих целям сближения (унификации) законодательства государств-участников и задачам интеграционного развития СНГ.

183 МПА СНГ разработала более 200 модельных законодательных актов. Это модельные кодексы и модельные законы, относящиеся к различным областям правового регулирования: гражданское,

административное, уголовное, таможенное, процессуальное право. МПА СНГ разрабатывает также рекомендательные акты, в которых содержатся пожелания по сближению законодательства государств-участников, в частности рекомендации по гармонизации законодательства в сфере функционирования финансовых рынков, по совершенствованию национальных законов об авторском праве и смежных правах государств – участников СНГ, общих принципах правового регулирования иностранных инвестиций в государствах – участниках МПА и др.

Таким образом, деятельность МПА СНГ по унификации права является очень значительной. Вместе с тем приходится констатировать, что в праве государств – участников СНГ имеются существенные расхождения. Несмотря на то, что в основе коллизионного права этих государств лежат нормы разд. VII «Международное частное право» Модельного гражданского кодекса для государств – участников СНГ (соответствующие положения содержатся в третьей части, принятой Постановлением МПА СНГ 17 февраля 1996 г. № 7-4), в развитии законодательства государств-участников по международному частному праву имеются расхождения. Однако кодификация коллизионного права в государствах – участниках СНГ идет разными путями.

В Армении, Беларуси, Казахстане, Кыргызстане, Молдове, России, Узбекистане, Таджикистане нормы о международном частном праве содержатся в соответствующих разделах гражданских кодексов. В Азербайджане, Грузии, Украине приняты законы о международном частном праве.

Большинство законов о международном частном праве и гражданских кодексов используют правовые конструкции регулирования отношений с иностранным элементом Модельного гражданского кодекса СНГ. Вместе с тем есть различия. В основном они заключаются в добавлении к унифицированным правилам новых положений. Так, закон Украины от 23 июня 2005 г. № 2709-IV «О международном частном праве» кодифицировал нормы нескольких кодексов: гражданского, семейного, процессуального. В этом нормативно-правовом акте содержатся унифицированные нормы Модельного гражданского кодекса СНГ по общим вопросам международного частного права (оговорка о публичном порядке, отсылки и т.д.) и коллизионные правила о лицах, праве собственности, обязательствах, наследовании и причинении вреда, которые вошли в гражданские кодексы государств – участников СНГ. Кроме того, украин-

ский закон содержит коллизионные нормы о трудовых отношениях (разд. VIII), семейных отношениях (разд. IX), процессуальных отношениях (разд. XI, XII, XIII), не являющиеся результатом унификационного процесса и содержащие решения новых проблем современного международного частного права. Так, ст. 52 закона закрепляет общую коллизионную привязку для трудовых отношений «место выполнения работы», ст. 59 позволяет сторонам брачного договора самостоятельно определить применимое к нему право.

187 В настоящий момент унификация международного частного права в СНГ происходит в противоречивых условиях. С одной стороны, довольно значительное развитие получила договорная база правовой помощи. С другой стороны, развитие национального коллизионного права не происходит согласованно. Коллизионные нормы договоров о правовой помощи между государствами – участниками СНГ не регулируют многие вопросы, оставляя место для применения коллизионных норм государств-участников, предусматривающих разные правила.

188 К середине 90-х гг. стало очевидным, что не все государства – участники СНГ готовы идти по пути последовательной интенсификации экономического сотрудничества. Более тесная экономическая интеграция развивается между Российской Федерацией, Республикой Беларусь, Республикой Казахстан, Кыргызской Республикой и Республикой Таджикистан.

189 Развитие сотрудничества между этими странами привело к созданию ЕврАзЭС. Основными договорами, лежащими в основе создания ЕврАзЭС, являются:

- Соглашение о Таможенном союзе (далее – ТС) от 6 января 1995 г.;
- Соглашение о ТС от 20 января 1995 г.;
- Договор об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях 1996 г.;
- Договор о ТС и Едином экономическом пространстве (далее – ЕЭП) 1999 г.;
- Договор об учреждении ЕврАзЭС 2000 г.

190 Во всех этих договорах государства подтверждают необходимость развития и углубления унификационного процесса. Создание ЕврАзЭС не было обусловлено желанием создать отдельную от СНГ структуру. Государства – члены ЕврАзЭС намерены продолжить сотрудничество по достижению целей и задач, обозначенных в рамках СНГ. Однако унификационный процесс в рамках ЕврАзЭС

должен иметь более интенсивный характер и призван обеспечить введение единообразных правил по более широкому кругу вопросов. В договорах, приведших к созданию ЕврАзЭС, поставлены более масштабные задачи сближения правового регулирования.

В ЕврАзЭС основным органом, разрабатывающим рекомендации по унификации права, является МПА. МПА СНГ оказала существенную помощь в становлении и развитии Межпарламентского комитета, учрежденного в соответствии с Договором об углублении интеграции в экономической и гуманитарной областях от 29 марта 1996 г., позднее преобразованного в МПА ЕврАзЭС. Согласно ст. 7 Договора об учреждении ЕврАзЭС МПА ЕврАзЭС не только рассматривает вопросы гармонизации (сближения, унификации) национального законодательства государств-членов, но также исследует проблему приведения его в соответствие с договорами, заключенными в рамках ЕврАзЭС.

Основными средствами унификационной деятельности МПА ЕврАзЭС являются:

- основы законодательства;
- типовые проекты законодательных актов;
- рекомендации по гармонизации (сближению, унификации) законодательств.

МПА ЕврАзЭС уже разработала проекты данных актов во многих областях, в частности концепции Основ пенсионного законодательства ЕврАзЭС, законодательства о здравоохранении, об образовании и др.

МПА ЕврАзЭС проводит значительные сравнительно-правовые исследования, на основе которых принимаются конкретные унификационные рекомендации. Примерами таких актов являются рекомендации по унификации и гармонизации законодательства государств – членов ЕврАзЭС в сфере противодействия монополистической деятельности и развития конкуренции, по гармонизации законодательства государств – членов ЕврАзЭС о биржах и биржевой деятельности и др. Правовые механизмы Союзного государства предусматривают значительные возможности не только по сближению национально-правового регулирования государств-участников, но и по введению единых норм права, с помощью методов, аналогичных используемым при формировании вторичного права ЕС.

Договор о создании Союзного государства 1999 г. был заключен в развитие интеграционных отношений Российской Федерации и Республики Беларусь.

- 196 В ст. 2 Договора о создании Союзного государства сказано, что одной из основных целей является формирование единой правовой системы демократического государства.
- 197 Показательна в этом плане ст. 20 Договора о создании Союзного государства. В ней очень четко обозначено, что для создания единого экономического пространства в Союзном государстве действует унифицированное, а затем и единое законодательство, регулирующее хозяйственную деятельность, в том числе гражданское и налоговое законодательство.
- 198 К совместному ведению Союзного государства и государств-участников в ст. 18 Договора отнесена задача гармонизации и унификации законодательства государств-участников. К исключительному ведению Союзного государства отнесено в ст. 17 данного Договора создание правовых основ общего рынка, единых систем хозяйствования и единого законодательства об иностранных инвестициях.
- 199 Одновременно с Договором о создании Союзного государства была принята Программа действий по реализации его положений, в которой содержится регламентация содержания, этапов и сроков унификационных мероприятий. Несмотря на то, что требования данной Программы не в полной мере выполнены, развитие правового регулирования в государствах-участниках в значительной степени осуществляется согласованно. Так, в настоящий момент унификация ставок и тарифов таможенных пошлин достигла порядка 96%¹.
- 200 Важное место в сотрудничестве Российской Федерации и Республики Беларусь занимают вопросы по сближению правового статуса российских и белорусских граждан на своих территориях.

3.2.3. Принципы УНИДРУА. *Lex mercatoria*

- 201 Во второй половине XX в. в науке МЧП сформировались концепции транснационального права и современного (нового) – *lex mercatoria*.
- 202 Одним из первых, кто попытался сформулировать концепцию транснационального права, был американский судья **Филипп Джессап** (Philip C. Jessup). Джессап предложил использовать вместо термина «международное право» термин «транснациональное право»

¹ См. официальный сайт Союзного государства: www.soyuz.by

(*transnational law*)¹. Согласно теории Джессапа транснациональное право охватывает «все право, регулирующее действия или события, которые выходят за пределы национальных границ»². Транснациональное право, по мысли Джессапа, включает в себя публичное и частное международное право, так же как и «другие нормы, которые полностью не входят в такие стандартные категории»³.

Концепция транснационального права, разработанная Джессапом, близка, но не идентична монистической концепции французского ученого Сселля (*un Droit intersocial unifie*). Как пишет в этой связи Джессап, «в то время как я согласен с ним (т.е. с Сселлем. – *Авт.*), что государства не являются единственными субъектами международного права, я не перехожу к другой крайности и не утверждаю вместе с Сселлем, что индивиды – это его единственные субъекты»⁴.

По мнению Джессапа, понятие «транснациональная ситуация» как объект регулирования транснационального права включает в себя деятельность индивидов, корпораций, государств, организаций государств или других групп⁵.

Деление права на различные отрасли Джессап считает чем-то искусственным и мешающим решению конкретных практических проблем. Проявляя прагматизм, свойственный американской юриспруденции, он ратует за то, чтобы исходить не из юридических абстракций, а из требований и обстоятельств конкретного дела. Вот как Джессап формулирует специфику своей теории: «Таким образом, транснациональное право включает в себя как гражданско-правовые, так и уголовно-правовые аспекты, оно включает в себя то, что мы знаем как публичное и частное международное право, оно также включает в себя национальное право, как публичное, так и частное. Не существует никаких причин, вследствие которых судебный орган, будь он национальным или между-

¹ Сам термин «транснациональный» использовался в юридической литературе американским ученым Майрсом Макдугалом. Макдугал с помощью этого термина описывал группы, чей состав или деятельность выходит за пределы национальных границ. Другой американский ученый, Джозеф Джонсон, в своем выступлении в 1955 г. предложил использовать понятие «транснациональное право» вместо понятия «международное право».

² *Jessup P. Transnational Law. New Haven, 1956. P. 2.*

³ *Ibidem.*

⁴ *Ibid. P. 3.*

⁵ *Ibidem.*

народным, не должен иметь права выбирать между всеми этими отраслями права норму, которую он считает наиболее соответствующей разуму и справедливости для решения какого-либо конкретного спора»¹.

206 При этом Джессап призывает руководствоваться человеческим опытом и соображениями удобства.

207 Некоторые теоретики МЧП (например, Чешир и Интема) охарактеризовали подход Джессапа как возрождение теории Савиньи.

208 Разновидностью теории транснационального права можно считать теорию транснационального торгового (коммерческого) права, или *lex mercatoria*.

209 Следует отметить, что концепция *lex mercatoria* является одной из самых противоречивых концепций в современной теории МЧП. Вокруг нее продолжают множиться многочисленные, временами бурные дискуссии ее сторонников и оппонентов.

210 Противоречивость теории *lex mercatoria* обусловлена неопределенностью ее термина, доктринальной дефиниции и юридического содержания. Это, очевидно, является существенным препятствием на пути к более широкому признанию данной концепции в научных кругах ученых-цивилистов.

211 По всей видимости, неопределенность *lex mercatoria* объясняется прежде всего тем фактом, что данная теория – сравнительно новое явление социальной жизни и находится еще на этапе становления под воздействием изменчивости процесса развития мировой экономики.

212 Относительно самого термина *lex mercatoria* (буквально означает «торговое право») в юридической литературе еще не достигнуто единство мнений. Наряду с этим понятием в доктрине МЧП предлагались еще и такие понятия, как «транснациональное право», «вненациональное право», «а-национальное право», «транснациональное экономическое право», «право частной международной торговли», «право международной торговли» (Луссуарн и Бредэн), «международное торговое право» (Б. Гольдман), «международное право предпринимательской деятельности» (Ж. Шапира), «международное купеческое право», «международное деловое право» (*transnational business law*), «протоправо» (*protolaw*) и т.п.² Впрочем, термин *lex mercatoria* остается наиболее распро-

¹ Jessup P. Transnational Law. P. 106.

² В российской науке С.В. Бахиным было предложено понятие «субправо», которое «следует рассматривать как продукт деятельности международных органи-

страненным и указывает на определенное родство современного *lex mercatoria* со старым *lex mercatoria*, существовавшим еще во времена Средневековья, которое было одним из важных исторических этапов развития нормативной регламентации международной торговли.

В настоящий период концепция *lex mercatoria* получила новый импульс для своего развития, поскольку национальное право суверенных государств столкнулось с трудностью адаптации к глобализации торгово-экономических связей. 213

В связи с этим во второй половине 50-х гг. XX в. некоторые ученые-юристы начинают отстаивать концепцию нового *lex mercatoria*, которое, по их мнению, способно преодолеть кризис, возникший в практике нормативного регулирования международных торгово-экономических отношений. Среди сторонников этой концепции возрожденного *lex mercatoria* следует назвать в первую очередь таких известных юристов, как Б. Гольдман, Ф. Фушар, Ф. Кан, К. Шмиттгофф, Н. Хорн, К. Зихр, А. Тракман, Ф. Риго и др. Особую популярность упомянутая концепция приобрела у представителей французской юриспруденции. 214

Во французской науке МЧП истоки теории нового *lex mercatoria* восходят к учению **Эдуарда Ламберта** (Edouard Lambert). Как пишут по поводу возникновения теории *lex mercatoria* А. Тынель, Я. Функ и В. Хвалей, «особенная заслуга в данной области принадлежит известному французскому компаративисту Э. Ламберту. Основываясь на практических исследованиях своих учеников, таких, как М. Ишизаки (M. Ishizaki), Ламберт первым сформулировал теорию чего-то, что впоследствии было названо «новым *lex mercatoria*» или автономным купеческим правом. Данная концепция была представлена на Первом международном конгрессе сравнительного права в 1900 году. Указанная теория была обновлена и развита после второй мировой войны несколькими известными юристами, такими, как С.М. Schmitthoff (Великобритания), В. Goldman (Франция), Ph. Kahn (Франция)»¹. 215

заций, ставящих перед собой цель оптимизации регулирования международных коммерческих отношений». Основу субправа, по мнению этого автора, составляют как положения действующего права (нормы международных конвенций, обычаи, национальное законодательство), так и правила, складывающиеся в практике предпринимательской деятельности (обычаи, типовые контракты, общие условия, кодексы поведения и т.д.), а также «обобщение судебных и арбитражных решений» (Бахин С.В. Субправо. СПб., 2002. С. 140).

¹ Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. Минск, 1999. С. 18.

216 В конце XIX в. Ламберт пришел к выводу, что международная торговля регулируется не только национальным правом и судами, но также особым правом, вырабатываемым заинтересованными деловыми кругами с помощью комбинации общих договорных условий, торговых обычаев и решений международных коммерческих арбитражей. Это явление было названо *droit corporatif international*. В основе унификации права международной торговли, по мысли Ламберта, лежали рыночные силы. Теорию Ламберта в Бельгии развивал **Дель Мармоль** (Del Marmol).

217 В 50-х гг. XX в. свою теорию *lex mercatoria* сформулировал **Бертольд Гольдман** (Berthold Goldman, 1913–1993). Для теории Гольдмана характерны следующие моменты. Во-первых, Гольдман квалифицирует транснациональные материальные нормы как нормы французского права, которые были специально созданы для международных ситуаций и могут быть использованы в других юрисдикциях. Во-вторых, он подчеркивает важность для права международной торговли таких источников, как кодифицированные обычаи, общие договорные условия, международные конвенции и нормы, регулирующие деятельность международных компаний. Эти источники, по мнению Гольдмана, имеют достаточно общий характер, созданы легитимной властью и могут быть эффективно реализованы. В-третьих, Гольдман обращает особое внимание на роль общих принципов права в процессе регулирования международных торговых отношений. Эти принципы являются общими для всех или большинства государств, участвующих в международной торговле. Общие принципы права, по мысли Гольдмана, являются настоящим источником *lex mercatoria*, поскольку они эффективно используются в международной торговле. Главную функцию этих принципов Гольдман видел в том, чтобы заполнять пробелы в правовом регулировании, которые были оставлены другими источниками права. Еще одним важным компонентом теории Гольдмана является практика международных коммерческих арбитражей. В своих лекциях в Гагской академии международного права Гольдман подчеркивал необходимость разработки автономных коллизионных норм для международных коммерческих арбитражей с целью избежать неудовлетворительных результатов, связанных с применением коллизионных норм места арбитража или других национальных коллизионных норм. Кроме того, автономные коллизионные нормы необходимы в тех случаях, когда арбитраж руководствуется исключительно арбитражными правилами,

а также тогда, когда речь идет о применении *lex mercatoria*. Гольдман даже предпринял попытку поиска таких автономных коллизионных норм на основе анализа международных конвенций, типовых условий договоров и арбитражной практики, что, однако, не имело в то время заметного успеха.

Если вначале Гольдман видел в *lex mercatoria* незаконченный процесс развития, то позднее он пришел к выводу, что *lex mercatoria* представляет собой автономную, хотя и незавершенную, правовую систему. Он признавал тот факт, что *lex mercatoria* нуждается в помощи национального права, особенно тогда, когда речь идет о реализации арбитражных решений, принятых на основе норм *lex mercatoria*. В рамках национальной судебной практики Гольдман считал необходимым рассматривать *lex mercatoria* наравне с нормами иностранного права. Причем национальные суды, по его мнению, могут применять *lex mercatoria* в силу национальных норм коллизионного права. Вместе с тем, как отмечал Гольдман, применение норм *lex mercatoria* не должно вести к нарушению международного или национального публичного порядка.

Теория Гольдмана оказала влияние на его последователя **Филиппа Кана** (Philippe Kahn), который акцентировал внимание на социологическом аспекте права международной торговли. По мысли Кана, международное деловое сообщество является той социальной средой, в которой возникают и развиваются нормы *lex mercatoria*. В своей диссертации Кан исследовал эту особенность *lex mercatoria* на примере международного сообщества продавцов и покупателей, которое было вполне гомогенным и обладало достаточным уровнем социальной организации и солидарности. Аналогичные тенденции Кан заметил и на других рынках, в частности в банковском сообществе на рынке еврооблигаций.

К числу источников *lex mercatoria* Кан относил обычаи, типовые условия контрактов и общие принципы права. Кан признавал, что для автономии норм *lex mercatoria* может возникнуть угроза, когда дело рассматривается национальным судом, поскольку национальный суд в принципе применяет нормы национального права и неизбежно будет оценивать *lex mercatoria* с точки зрения национального права. По этой причине Кан в качестве более благоприятного места для применения и реализации норм *lex mercatoria* рассматривал международные коммерческие арбитражи. В то же время Кан не считал автономия *lex mercatoria* абсолютной и признавал, что международный публичный порядок и нор-

мы *jus cogens* международного права могут ограничивать действие *lex mercatoria*.

221 В Дижонском университете, где преподавали Гольдман и Кан, теория *lex mercatoria* оказала заметное влияние на взгляды таких авторов, как **Фушар** и **Локэн**. Все эти авторы исходят из того, что создавать нормы права может не только государство, но также другие социальные группы (так называемая юриспруденция правового плюрализма).

222 В своей диссертации Фушар (Ph. Fouchard) исследовал взаимоотношения между нуждами международного делового сообщества и деятельностью международных коммерческих арбитражей. В ходе этого исследования Фушар обнаружил существование автономной системы права, действующей независимо от национальных систем права. Согласно теории Фушара это *lex mercatoria*, которое основывается на таких источниках, как правила профессиональных организаций, обычаи и обыкновения, общие условия, типовые договорные условия и клаузулы, арбитражные правила, арбитражная практика, а также общие принципы частного и коллизионного права.

223 Фушар привнес в развитие теории *lex mercatoria* два важных момента. Во-первых, он осуществил анализ различия между обычаем и обыкновением. По его мнению, это различие имеет чисто процедурный характер: если обычай, как норма права, должен быть известен национальному суду, то все обыкновения, не являясь нормами права, могут быть неизвестны суду, и стороны спора должны доказать факт их существования. Однако для международных коммерческих арбитражей данное различие едва ли имеет практическое значение, поскольку предполагается, что арбитраж должен знать торговые обыкновения.

224 Во-вторых, Фушар, анализируя процесс применения общих принципов права, предложил сравнивать не все правовые системы, а лишь некоторые из этих систем, в результате чего может быть дедуцирован общий принцип права. В процессе поиска такого общего принципа права Фушар считал целесообразным применять наиболее подходящий для данной конкретной проблемы принцип.

225 В итальянской науке права сторонником теории *lex mercatoria* является профессор **М. Бонелл** (Michael Joachim Bonell), перу которого принадлежит «Международный свод контрактного права»¹.

¹ Bonell M. An International Restatement of Contract Law: The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts (Second Enlarged Edition). Transnational Publishers Inc., 1997.

В основе этого труда Бонелла лежит идея международной унификации права без помощи национального законодательства. В этом смысле Бонелл использует методологию Ламберта.

В Англии в 1954 г. **Клайв Шмиттгофф** (Clive Macmillan Schmitthoff, 1903–1990) разработал довольно влиятельную теорию нового торгового права (*new law merchant*). В своей теории Шмиттгофф подчеркивал специфический характер современного права международной торговли, в котором ведущую роль играют международные конвенции, единообразные законы, обычаи и обыкновения¹. В отношении торговых обычаев и обыкновений Шмиттгофф признавал, что они больше не являются исключительным результатом спонтанного поведения субъектов международной торговли, поскольку в их создании и неофициальной кодификации принимают участие такие международные организации, как Международная торговая палата, а также различного рода международные профессиональные организации и объединения. Шмиттгофф полагал, что современное международное деловое право (*international business law*) является автономной системой права. По существу, учение Шмиттгоффа о новом торговом праве объединяет два элемента: во-первых, подчеркивается важность международного происхождения некоторых норм для применения и толкования международного делового права; во-вторых, международный характер этих норм ведет к единообразию международного делового права.

Шмиттгофф проводил параллель между новым торговым правом и средневековым *lex mercatoria*. При этом он отмечал не только бессистемный, сложный и многообразный характер нового торгового права, но также его «живучесть, реализм и оригинальность» (*bewildering vigour, realism and originality*).

Среди ученых-цивилистов еще не сложилось единой общепризнанной научной дефиниции *lex mercatoria*. В частности, один из основателей этой концепции Б. Гольдман считает, что *lex mercatoria* представляет собой совокупность принципов, институтов и норм, вытекающих из всех источников, питающих юридические структуры и деятельность сообщества, которое составляют участники международной торговли².

¹ Schmitthoff C. International Business Law: a New Law Merchant, Current Law and Social Problems. University Western Ontario, 1961. P. 149.

² Goldman B. La Lex mercatoria dans les contrats et l'arbitrage internationaux: Realite et perspectives // Journal Droit international. 1979. № 3. P. 487.

229 Другие юристы видят в *lex mercatoria* «нормы права, присущие всем или большинству государств, принимающих участие в международной торговле... где подобные общие нормы не являются четкими... нормы... которые арбитр считает наиболее приемлемыми и справедливыми... с учетом законов нескольких правовых систем»¹, или «отражения растущего однообразия коммерческих законов основных юрисдикций»², «единую систему права, регулиующего международные коммерческие соглашения»³, часть «транснационализации правового поля», являющуюся «конститутивным элементом процесса глобализации»⁴ и т.п.

230 Канадский ученый Клэр Катлер (Claire Cutler) анализирует транснациональное торговое право с точки зрения его политико-экономического содержания в контексте процесса глобализации. Отмечая ошибочность рассмотрения транснационального торгового права (*transnational merchant law*) в сугубо технических, функциональных и «аполитичных» терминах, Катлер усматривает его политико-экономическую сущность в том, что это право является «центральной и решающей медиатором между национальным и глобальным политико-правовым порядком в том плане, что оно позволяет экстратерриториальное применение национальных законов, так же как национальное применение транснационального коммерческого права»⁵.

231 Катлер постулирует существование в условиях глобального капитализма особого социального класса – «меркатократии» (*mercatorocracy* от термина *lex mercatoria*), включающей в себя транснациональных коммерсантов, юристов, специализирующихся в области МЧП, а также других профессионалов и их ассоциации, правительственных чиновников и представителей международных организаций⁶. Транснациональное торговое право, по мысли Катлер, обеспечивает нормы, практику и общий язык, которые связывают и объединяют эту

¹ Lando O. The *Lex mercatoria* in International Commercial Arbitration // International and Comparative Law Quarterly. 1985. Vol. 34. P. 747.

² Wood P. Law and Practice of International Finance. 1981. P. 34.

³ Selden B. *Lex mercatoria* in European and U.S. Practice: Time to Take a Closer Look // Annual Survey of International and Comparative Law. 1995. № 2. P. 112.

⁴ Santos B. Toward a New Common Sense: Law, Science, and Politics in the Paradigmatic Transition. Routledge: London and New York, 1995. P. 268.

⁵ Cutler C. Private Power Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. Cambridge University Press, 2003. P. 4.

⁶ Ibid. P. 4–5.

глобальную корпоративную элиту. С другой стороны, «меркатократия» функционирует на глобальном и локальном уровнях, создавая новые нормы транснационального торгового права, регулирующего международную торговлю и решение международных коммерческих споров, а также «универсализирует» право посредством унификации и гармонизации национальных коммерческих правопорядков. В качестве сложного соединения публичной и частной власти «меркатократия» ведет к стиранию четкой грани между публичными и частными коммерческими акторами, публичной и частной деятельностью и правом¹. Главную опасность деятельности «меркатократии» и существования транснационального торгового права Катлер видит в том, что они ведут к тому, что сфера публичных интересов выдается за сферу частных интересов, в результате чего эта сфера выводится из-под влияния демократического контроля.

Наряду с доктринальными дефинициями *lex mercatoria*, предлагаемыми в научной литературе, можно также встретить попытки определить это явление в судебной практике. 232

Определение *lex mercatoria* как «системы права, базирующейся не только на институциях и локальных обычаях отдельной страны, а состоящей из определенных принципов справедливости и торговых обычаев, установленных для общего удобства и обусловленных понятием справедливости для регулирования международной коммерческой деятельности»² как раз является одним из таких примеров из современной судебной практики. 233

Некоторые оппоненты *lex mercatoria* трактуют его не столько как полноценное право, сколько как *principia mercatoria*, т.е. как «совокупность общих принципов», которые не имеют никакой юридической силы, или как квазиюридические правила здравого смысла, справедливости и рассудительности, которые правильнее было бы применять и без ссылки на *lex mercatoria*³. 234

В трудах авторов, отстаивающих концепцию *lex mercatoria*, нет единства относительно четкого перечня источников этого права. Чаще всего среди источников *lex mercatoria* в научной литературе называют: 235

1) международные конвенции, прежде всего Венскую конвенцию ООН о договорах международной купли-продажи товаров

¹ Cutler C. Private Power Global Authority. Transnational Merchant Law in the Global Political Economy. P. 5.

² Bank of Conaway v. Stary, 200 N.W. 505, 508–509 (N.D. 1924).

³ Highet K. The Enigma of the *Lex mercatoria* // Tulane Law Review. 1989. Vol. 63. P. 628.

1980 г., а также типовые законы, разрабатываемые на международном уровне;

2) торговые обычаи и обыкновения (*trade customs and usages*);

3) общие принципы права, признанные большинством коммерческих государств;

4) правила международных организаций;

5) типовые контракты и проформы;

6) решения международных коммерческих арбитражей;

7) коммерческую практику, начиная еще с *ius gentium*;

8) теоретические труды выдающихся юристов и т.п.

236 Впрочем, некоторые из упомянутых источников серьезно критикуют даже сторонники *lex mercatoria*.

237 Развитие и применение *lex mercatoria* поддерживается главным образом международным торговым (коммерческим) сообществом (*societas mercatorum*), охватывающим физические и юридические лица и стремящимся создать автономную и единую систему права, которая могла бы обеспечить эффективную нормативную регламентацию международной торговли. Для международного торгового сообщества *lex mercatoria* является неотложной потребностью и целью, поскольку МЧП при современных условиях недостатает необходимого уровня унификации, что делает его менее привлекательным и недостаточно эффективным средством в глазах международного торгового сообщества.

238 Вместе с тем оппоненты *lex mercatoria* часто выдвигают два основных замечания относительно этого явления: отсутствие механизмов имплементации этого права, т. е. обеспечения его реализации в принудительном порядке, а также его недостаточная определенность и ясность. Однако это не бесспорно. Как отметил по этому поводу в одном из своих решений итальянский Кассационный суд: «Мы также должны признать, что акты и решения, осуществляемые организациями торгового сообщества, в частности арбитражными органами, имеют эффект не только в области *lex mercatoria*, но и также в государстве, где они действуют. Это признание государствами необходимо из-за того, что недостаток суверенитета торгового сообщества и недостаток принудительной власти его органов диктует необходимость обращения к принудительной власти государств, чтобы обеспечить эффективность действия его органов, как в коммерческой среде, так и в самом государстве»¹.

¹ Judgment of February 8. 1982. Cass., 1982. Foro It. I, 2285.

Как свидетельствует практика, международные коммерческие арбитражи, так же как и национальные суды, в своей деятельности начинают все больше обращаться к источникам и нормам *lex mercatoria*. Так, например, по делу *Sapphire International Petroleum Ltd v. National Iranian Oil Company* арбитр международного коммерческого арбитража применил *lex mercatoria* вместо национального права, ссылаясь на то, что национальное право может быть изменено государством и «часто является неизвестным или недостаточно известным для одной из сторон контракта»¹.

По делу *Pabalk Ticaret v. Ugilor/Norsolor* арбитр избрал непосредственно *lex mercatoria* вместо одного из национальных правопорядков для решения спора. Позже это решение было обжаловано в Австрии и Франции, но суды этих стран пришли к выводу, что арбитр не превысил своих полномочий, избрав *lex mercatoria*, и поддержали его решение.

Рассматривая дело *Mechema Ltd* (Великобритания) *v. S.A. Mines, Mineraux et Mtaux* (Бельгия), международные арбитры пришли к такому выводу: «Поскольку, как это было установлено, характер контракта и место, где он имеет последствия, исключает обязательное применение бельгийского или английского закона, по этим причинам арбитры будут применять *lex mercatoria*»².

Среди других важных арбитражных решений, указывающих на реальность концепции *lex mercatoria*, следует назвать дело *V.P. v. Libya* (здесь шведский арбитр применил к международному коммерческому контракту общие принципы права из-за отсутствия принципов, общих для права Ливии и международного права); а также дело *Texaco and Calasiatic v. Libya*, в котором арбитр тоже вынес решение, ссылаясь на нормы *lex mercatoria*.

Особенно часто ссылку на *lex mercatoria* можно встретить 239
в арбитражных решениях Международной торговой палаты (ИСС).

Если в международной арбитражной практике концепция *lex 240*
mercatoria почти сразу начала завоевывать серьезные позиции, то достичь ее признания в национальном праве государств оказалось намного сложнее.

В частности, по делу *Messageries maritimes* (21 июня 1950 г.) французский Кассационный суд вынес решение, по которому «любой международный контракт обязательно должен иметь привязку к национальному закону».

Только с начала 80-х гг. национальные суды постепенно 241
и не очень охотно начинают признавать и применять нормы *lex mercatoria*. Заметим, что именно французские суды одними из первых начали благосклонно относиться к *lex mercatoria*.

По новому Гражданскому процессуальному кодексу Франции 242
(ст. 1496) «арбитр разрешает спор в соответствии с нормами права, избранными сторонами; в отсутствие такого выбора – в соот-

¹ *Kurkela M.* Letters of Credit Under International Trade Law: U.C.C., U.C.P. and Law Merchant. 1985. P. 14, 331.

² Yearbook of Commercial Arbitration. 1982. Vol. 7. P. 77–79.

ветствии с нормами права, которые он считает уместными»; при этом «он обязан соблюдать торговые обычаи во всех случаях»¹.

243 Относительно права США, принадлежащего к системе общего права, следует отметить, что хотя американские арбитры не очень склонны к использованию *lex mercatoria*, однако американские суды вряд ли будут отрицать легитимность арбитражных решений, в которых использовано *lex mercatoria*. Как заявил американский Верховный суд в своем решении по делу *Mitsubishi Motors Corp. v. Soler-Chrysler-Plymouth, Inc.*, «международный арбитражный суд не должен быть предварительно лояльным к юридическим нормам любого отдельного государства».

244 Говоря о правовой системе США и ее отношении к концепции *lex mercatoria*, невозможно оставить вне поля зрения Единый торговый кодекс (*Uniform Commercial Code*), который, по мнению некоторых американских юристов, является «кристаллизацией *lex mercatoria*» и признает, что *lex mercatoria* продолжает развиваться и будет таким способом «дополнять Кодекс»².

245 Дело в том, что ст. 1-103 этого Кодекса включает *lex mercatoria* как право, которое дополняет положения Кодекса, а официальный комментарий № 3 к ст. 1-105 непосредственно указывает на то, что Единый торговый кодекс является воплощением норм *lex mercatoria*.

246 Самыми консервативными относительно концепции *lex mercatoria* оказались английские суды, длительное время противившиеся ей. Но со временем даже они начали склоняться к признанию *lex mercatoria*. В частности, по делу *Home and Overseas Insurance Co. v. Mentor* один из английских судов все же признал легитимность арбитражного решения, вынесенного в соответствии с нормами *lex mercatoria*.

247 Значительным шагом в развитии *lex mercatoria* следует считать разработку и публикацию Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА. Принципы УНИДРУА имеют большой потенциал как один из источников *lex mercatoria*, что значительно повышает степень определенности и надежности норм *lex mercatoria*. Можно предвидеть, что Принципы УНИДРУА, будучи не только своеобразным компромиссом между разными юриди-

¹ Новый Гражданский процессуальный кодекс Франции / Пер. с фр. В. Захватаева; предисл. А. Довгерт, В. Захватаева; Отв. ред. А. Довгерт. Киев. 2004. С. 365.

² *Draetta U., Lake R., Nanda V. Breach and Adaptation of International Contracts. An Introduction to Lex Mercatoria. USA, 1992. P. 19.*

ческими традициями, но и воплощением наивысших достижений основных правовых систем мира, могут стать весьма популярными как среди судей международных коммерческих арбитражей, так и среди международных коммерсантов во время заключения международных контрактов; а следовательно, будет расти авторитет и самого *lex mercatoria*.

Практическая значимость Принципов УНИДРУА иногда видится в том, что реализация этого «транснационального» документа может способствовать снятию противоречий между интернациональным характером международных сделок и национальным содержанием существующего в отдельных странах правового регулирования.

Принципы УНИДРУА, будучи продуктом «неформальной унификации», устанавливают общие нормы для международных коммерческих договоров. Они подлежат применению, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами. Они также могут применяться, когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, *lex mercatoria* или аналогичными положениями. Они могут использоваться для решения вопроса, возникающего при невозможности установить соответствующую норму применимого права. Эти Принципы могут использоваться для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов. Кроме того, они могут служить моделью для национального и международного законодательства.

Интересно отметить, что поскольку Принципы УНИДРУА изначально разрабатывались под влиянием Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., они направлены на восполнение пробелов этой Конвенции, а также используют юридико-технические решения, нашедшие применение в этой Конвенции.

Исследуя теорию транснационального торгового права (*lex mercatoria*), можно прийти к следующим выводам относительно того, какое место занимает эта теория в современной теории и практике МЧП.

Возникновение *lex mercatoria* является свидетельством сложности для МЧП с помощью одного лишь коллизионного метода эффективно исполнять функцию правового регулирования внешнеэкономических операций. В этом смысле концепция *lex mercatoria*, с одной стороны, представляет собой определенный

вызов и альтернативу традиционной теории МЧП, базирующейся на воззрениях юридического позитивизма и не признающей возможности существования автономного правопорядка вне государства. С другой стороны, *lex mercatoria* не может существовать без МЧП, поскольку некоторые важные институты договорного права всегда должны регулироваться не посредством *lex mercatoria*, а национальным законодательством с помощью коллизионного метода. Например, такие вопросы, как договорная правоспособность, налогообложение, антитрестовское законодательство и охрана окружающей естественной среды, всегда должны регулироваться на основе закона страны суда (*lex fori*).

253 *Lex mercatoria* является новым явлением и находится в процессе формирования. Можно согласиться с юристами, считающими *lex mercatoria* «мягким правом» (*soft law*), т. е. совокупностью норм, имеющих скорее не юридическую, а морально-политическую силу. Однако «мягкое право» не означает «слабое право».

254 *Lex mercatoria* в глазах транснационального коммерческого сообщества иногда представляет собой более удобное и более справедливое средство правовой регламентации отношений, возникающих между субъектами этого сообщества. Привлекательность *lex mercatoria* для международных коммерсантов объясняется в первую очередь тем фактом, что его нормы являются относительно простыми сравнительно со сложностью национальных правовых систем.

255 Существование *lex mercatoria* является свидетельством недостаточной унифицированности национальных правовых норм, регулирующих коммерческие отношения, осложненные иностранным элементом. Концепция *lex mercatoria* представляет собой своеобразный общий знаменатель основных правовых систем мира и в конечном итоге выражает потребность глобального гражданского общества в унифицированных материально-правовых нормах, способных обеспечить адекватную регламентацию мировой торговли.

3.2.4. Принципы европейского договорного права и Принципы европейского права

256 В Европейских сообществах еще в 1980-х гг. зародилась концепция поэтапной кодификации частного права, начиная с разработки Договорного кодекса ЕС, затем Европейского гражданского кодекса и заканчивая созданием свода частного права ЕС. Отправной точкой проведения такой кодификации было избрано

договорное право как наиболее важная отрасль для развития единого внутреннего рынка Сообществ.

В 1982 г. была сформирована неправительственная Комиссия по европейскому договорному праву, состоящая из ученых–представителей всех стран – участниц Европейских сообществ. Эта Комиссия под руководством датского ученого Оле Ландо разработала **Принципы европейского договорного права** (ч. I – 1995 г., ч. I и II (консолидированная версия) – 1999 г., ч. III – 2002 г. (дополнительные главы)).

В настоящее время в пояснительной записке к проекту Гражданского кодекса Европейского Союза от 8 ноября 2004 г. предлагается назвать такие части: кн. I «Общие положения», кн. II – «Договоры и другие юридические акты», кн. III – «Договорные и внедоговорные обязательства».

Эти три книги включены как составные части в структуру кодификации под названием «Принципы европейского права», состоящую из 10 книг и рассматриваемую в целом как будущий проект Гражданского кодекса Европейского Союза.

Полная редакция Принципов европейского договорного права¹ (далее – Принципы ЕДП) посвящена регулированию общих положений договорного и обязательственного права и содержит 17 глав: 1. Общие положения; 2. Заключение договора; 3. Полномочия представителей; 4. Действительность; 5. Толкование; 6. Содержание и последствия; 7. Исполнение; 8. Неисполнение и общие средства правовой защиты; 9. Особенности средства правовой защиты в случае неисполнения; 10. Множественность сторон; 11. Уступка требования; 12. Перевод долга; 13. Зачет требований; 14. Исковая давность; 15. Противозаконность; 16. Сделки, совершенные под условием; 17. Начисление процентов.

Согласно ст. 1:101 Принципов ЕДП они применяются в случаях, если стороны согласились включить их положения в договор либо подчинить им договор; либо стороны согласились регулировать договор общими принципами права, *lex mercatoria* или аналогичными положениями; либо стороны не выбрали право, применимое к их договору. Кроме того, Принципы ЕДП могут использоваться для восполнения пробелов в праве.

¹ См. подробнее сравнительно-правовой анализ содержания Принципов ЕДП: *Сироткина О.В.* Гражданско-правовые договоры в правовой системе Европейского Союза: проблемы унификации и гармонизации: Дис. ... канд. юрид. наук (12.00.03). Ставрополь, 2004.

- 262 В отличие от Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 г.¹, которые представляют собой универсальный свод правил, источник «всемирного» *lex mercatoria*, Принципы ЕДП имеют региональный характер и представляют собой общие правила договорного и обязательственного права Европейского Союза. Их основное назначение – служить первым пробным проектом части будущего ГК ЕС. Однако до тех пор, пока они не будут официально приняты компетентными органами Европейского Союза, Принципы ЕДП могут быть также применимы как *часть европейского lex mercatoria* в отношении сделок между сторонами как в пределах, так и за пределами ЕС.
- 263 В настоящее время на практике возникает проблема конкуренции Принципов ЕДП (кн. I, II и III) с Принципами УНИДРУА 2004 г., которые с ними во многом текстуально совпадают. Вполне закономерно может возникнуть вопрос: какие Принципы применимы, если в договоре указано, что он регулируется *lex mercatoria*?
- 264 Некоторые зарубежные ученые проблему выбора сторонами и арбитрами одного из двух фактически равнозначных наборов Принципов называют «страшным сном»². Другая группа авторов считает, что в скором будущем потребуются принятие специальной международной конвенции, разрешающей коллизию между Принципами УНИДРУА, принципами ЕДП, тремя *leges mercatoriae* в Азии, двумя – в Африке и семнадцатью – в Латинской Америке³.
- 265 М. Бонелл считает, что вообще такая проблема не существует, поскольку Принципы имеют различную сферу применения и предназначение. Принципы УНИДРУА применимы только к международным коммерческим договорам, сторонами которых являются профессиональные предприниматели. В отличие от этого Принципы ЕДП могут применяться к любым заключаемым в Европейском Союзе договорам, включая потребительские.

¹ Первое издание Принципов УНИДРУА было опубликовано в 1994 г.

² *Kessedjian C.* Un exercice de rénovation des sources du droit des contrats du commerce international: les Principes proposés par l'UNIDROIT // *Revue critique de droit international privé.* 1995. P. 669; *Raeschke-Kessler H.* Should an Arbitrator in an International Arbitration Procedure apply the UNIDROIT Principles? // *Institute of International Business Law and Practice.* P. 174–175.

³ *Herrmann G.* The Future of Trade Law Unification // *Internationales Handelsrecht.* 2001. N 6. P. 11. Cit: *Bonell M.J.* UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International Commercial Contracts adopted by the International Institute for the Unification of Private Law. Rome, 2004. P. 32.

Однако на практике арбитры и суды достаточно часто приме- 266
няют при рассмотрении одного спора одновременно и Принципы
УНИДРУА, и Принципы ЕДП, что свидетельствует, как уже гово-
рилось, о наличии определенной конкуренции между этими дву-
мя видами Принципов.

Например, 1 мая 2004 г. в Европейский Союз вступили 10 новых 267
государств-членов. В 2006 г. Верховный суд Литвы в своем реше-
нии¹ по гражданско-правовому спору между двумя литовскими
контрагентами (т.е. по спору, не отягощенному иностранным эле-
ментом), вытекающему из нарушения предварительного согла-
шения о купле-продаже земельного участка, применил не только
нормы Гражданского кодекса Литвы, но и положения Принципов
УНИДРУА и Принципов ЕДП.

В указанном деле две литовские стороны по результатам переговоров
достигли предварительного соглашения о купле-продаже земельного участ-
ка, которое подлежало подтверждению формальным договором, но впослед-
ствии одна из сторон отказалась от подписания основного договора, вынуж-
дая контрагента обратиться с иском о взыскании убытков.

Разрешая дело в пользу истца, Суд применил ст. 6.165(4) Гражданского
кодекса Литвы, предусматривающую возмещение убытков за нарушение пре-
варительного договора. Суд также сослался на комментарий № 2 к ст. 2.1.13
Принципов УНИДРУА, указывающий, что «в коммерческой практике... дос-
таточно часто после длительных переговоров стороны подписывают нефор-
мальные документы, называемые «Предварительное соглашение»... в которых
содержатся условия, по которым сторонам удалось на данном этапе достичь
соглашения, но одновременно в них констатируется намерение оформить дого-
воренность на более поздней стадии официальным документом»² (например,
формальным договором).

Верховный суд Литвы также сделал ссылку на ст. 2.1.15(2) и (3) Принци-
пов УНИДРУА и ст. 2.301(2) и (3) Принципов ЕДП, которые текстуально сов-
падают и предусматривают, что сторона, которая ведет или прерывает пере-
говоры вопреки принципу добросовестности и торговой честности, является
ответственной за потери, причиненные другой стороне. Недобросовестным,
в частности, является вступление стороной в переговоры или их продолжение
при отсутствии намерения достичь соглашения с другой стороной³.

¹ Решение Верховного суда Литвы от 6 ноября 2006 г. по делу *V.Š. vs A.N., A.N.*
№ ЗК-Р-382/2006 // <http://www.unilex.info>

² Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2004 / Пер. с англ.
А.С. Комарова. М., 2006. С. 61.

³ См.: Принципы европейского договорного права / Пер. с англ. О.В. Сироткиной // Сравнительные опыты кафедры гражданского права и процесса СГУ / Под ред. С.Н. Медведева, С.О. Звонок. Вып. 2. Ставрополь, 2003.

268 Как следует из международной арбитражной и судебной практики, если сторона в споре имеет отношение к Европейскому Союзу (например, юридическое лицо имеет национальность одного из государств – членов ЕС; сторона в споре является наднациональным юридическим лицом по праву Европейского Союза; либо когда коммерческое предприятие стороны находится на территории ЕС; либо арбитраж или суд расположены в стране – участнице ЕС и т.д.), это еще не означает, что арбитраж или суд автоматически отдаст предпочтение Принципам ЕДП, нежели Принципам УНИДРУА, особенно если речь идет о предпринимательской деятельности.

Примером может служить решение Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма¹ № 117/1999², вынесенное в 2001 г. Сторонами спора выступали люксембургская компания³ (далее – европейская компания) и китайская компания (далее – промышленная корпорация). Договорные отношения между сторонами длились с 1980 по 1995 г. Европейская компания была и лицензиатом, и лицензиатом; промышленная корпорация также выступала и лицензиатом, и лицензиатом. В 1998 г. они заключили соглашение, обязывающее их не разглашать коммерческую тайну до 31 декабря 2002 г. Это обязательство было нарушено китайским контрагентом, и соответственно европейская компания для разрешения спора, возмещения убытков обратилась в Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма.

Арбитрами было установлено, что договор был подписан сторонами в Пекине и не содержал условия о применимом праве. Истец (европейская компания) настаивал на том, чтобы в качестве применимого было избрано: (1) шведское право (как нейтральное право) либо Принципы УНИДРУА (как общепринятые международные стандарты); или (2) право Люксембурга. Ответчик категорично настаивал на применении только китайского права, с чем истец был не согласен.

В соответствии с Римской конвенцией 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, для разрешения спора должно было быть применено право Люксембурга, поскольку именно европейская компания, domiciliрованная в Люксембурге, была стороной, осуществляющей характерное исполнение. С другой стороны, Суд признал, что соглашение сторон было достаточно запутанным, поскольку обе стороны одновременно были и лицензиарями, и лицензиатами.

Поскольку ст. 24(1) Регламента Стокгольмского арбитражного института уполномочивает состав арбитража при отсутствии соглашения сторон о выборе права применить закон или нормы права, которые он считает наиболее подходящими, арбитраж решил применить для разрешения спора Принципы УНИДРУА. По мнению арбитров, именно Принципы УНИДРУА имеют широкое признание и предусматривают основные принципы торгового права, присущие всем развитым государствам и предоставляющие защиту контрагент-

¹ Швеция вступила в Европейский Союз с 1 января 1995 г.

² Stockholm Arbitration Report 2002. P. 59–65.

³ Люксембург – государство – член Европейского Союза.

там. Кроме того, арбитры решили в части, не урегулированной Принципами УНИДРУА, subsidiarily руководствоваться нормами применимого права – законом суда (*lex fori*). В данном деле таковым являлся закон места арбитража, т.е. шведское право.

В целом анализ международной арбитражной и судебной практики свидетельствует о том, что Принципы УНИДРУА применяются намного чаще, нежели Принципы ЕДП. 269

В России также в решениях международных коммерческих арбитражей и судов, в том числе в практике МКАС при ТПП РФ, достаточно часто встречается обращение к Принципам УНИДРУА и редко – к Принципам ЕДП. 270

Например, в решении МКАС при ТПП РФ от 1 февраля 2007 г. № 23/2006 по иску компании с местонахождением на территории Эстонии (государства-члена Европейского Союза с 1 мая 2004 г.) к ТОО с местонахождением в Казахстане о взыскании денежной суммы за неисполнение договора поставки товара единоличный арбитр использовал ст. 1.3 Принципов УНИДРУА (принцип *pacata sunt servanda*¹) и ст. 7.2.1–7.2.2 Принципов УНИДРУА об исполнении денежных и неденежных обязательств для толкования положений Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров.

В решении МКАС при ТПП РФ от 5 июня 2002 г. № 11/2002² по иску российской организации к немецкой фирме в связи с неоплатой счета за оказанные маркетинговые услуги по договору арбитраж также применил Принципы УНИДРУА, а не Принципы ЕДП, несмотря на то, что Германия является страной – участницей Европейского Союза. В договоре сторон содержалось условие о том, что споры из него подлежат разрешению на основе общих принципов *lex mercatoria*.

Сама практика применения Принципов ЕДП крайне противоречива. Например, в решении Арбитражного суда МТП от 6 января 2003 г. арбитр вообще отклонил требование истца применить Принципы ЕДП при рассмотрении спора. Арбитр сослался на то, что, по его мнению, Принципы ЕДП представляют собой научное исследование, на данном этапе не очень известны международному сообществу деловых людей, являются только предварительным проектом ГК ЕС и еще не приняты в законодательном порядке. 271

В другом решении, наоборот, подчеркивается значимость Принципов ЕДП. Апелляционный суд Нидерландов Hof `S-Нертogenbosch³ в решении от 16 октября 2002 г. по спору, вытекающе- 272

¹ *Лат.* – договоры нужно соблюдать.

² Из практики МКАС при ТПП РФ // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 2002. № 11. С. 124–127.

³ <http://www.unilex.info>

му из договора купли-продажи оборудования, заключенного между французским продавцом и нидерландским покупателем, пришел к выводу, что Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и Принципы УНИДРУА содержат пробел правового регулирования по следующим вопросам: как определить, имела ли присоединившаяся к договору сторона разумную возможность ознакомиться с содержанием стандартизированных условий? Необходимо ли согласно принципу добросовестности, чтобы контрагент принимал для этого необходимые меры, например направлял текст стандартизированных условий контрагенту до или во время заключения договора?

273 Для рассмотрения вышеуказанного дела эти вопросы были крайне важны. Продавец настаивал, что договор был заключен на основании его стандартизированных условий, покупатель опровергал этот факт, указывая, что такие условия не были инкорпорированы в договор.

274 Нидерландский Апелляционный суд применил ст. 2:104 Принципов ЕДП, которая четко указывает, что индивидуально не согласованные стандартизированные условия могут быть применены только в случае, если сторона, на них ссылающаяся, предприняла разумные меры, чтобы довести содержание таких условий до сведения другой стороны до или после заключения договора. Простая ссылка на них в тексте договора, даже если он подписан, не рассценивается как ознакомление контрагента с содержанием стандартизированных условий.

275 Сложность применения на практике Принципов ЕДП связана также с различным толкованием основополагающих положений в частности таких, как добросовестность и честная деловая практика.

276 Например, принцип добросовестности признается и закрепляется в § 242 Германского гражданского уложения (далее – ГГУ), а также в ст. 6:2 Гражданского кодекса Нидерландов. В отличие от этого общее право Англии, наоборот, не признает никаких обязательств действовать в соответствии с добросовестностью и честной деловой практикой. В прецеденте *Arcos v. Ronassen*¹ указано, что «предсказуемость правового решения по делу более важна, чем абсолютная справедливость».

¹ *Arcos Ltd v. E.A. Ronassen and Son* [1933] A.C. 270 // Chitty on Contracts. 1999. Vol. II. P. 4–49.

В решении Верховного суда Испании от 4 июля 2006 г.¹ положения Принципов ЕДП и Принципов УНИДРУА 2004 г. были применены для разрешения сложной проблемы, возникшей в результате коллизии между правовыми нормами двух национальных правовых систем в определении принципа добросовестности. 277

Немецкая судоходная компания заключила агентский договор с испанской компанией. В качестве применимого к договору права стороны избрали немецкое право. Впоследствии немецкая компания прекратила договор и обратилась в суд с иском к агенту о возмещении убытков. Испанская компания подала встречный иск. Суд первой инстанции удовлетворил требования истца (немецкой компании), а также требования испанской компании как истца по встречному иску, постановив, что обе компании должны возместить убытки, причиненные друг другу. Решение было оставлено в силе Апелляционным судом, указавшим, что немецкая судоходная компания обязана возместить убытки, поскольку действовала недобросовестно при исполнении договора.

В Верховном суде Испании немецкая компания обжаловала, в частности, неправильное, по ее мнению, применение принципа добросовестности Апелляционным судом, приводя аргумент о том, что § 242 ГГУ по содержанию совпадает со ст. 1258 Гражданского кодекса Испании.

Верховный суд Испании отверг данный довод, указав, что § 242 ГГУ имеет отношение только к должнику, возлагая на него обязанность исполнить обязательство в соответствии с принципом добросовестности и торговыми обычаями.

В отличие от этого Суд установил, что согласно ст. 1258 ГК Испании к правам и обязанностям сторон по договору относятся не только права и обязанности, которые прямо предусмотрены в договоре, но и те, которые следуют из принципа добросовестности и поэтому относятся к каждой из сторон. Верховный суд Испании применил более широкий подход к определению добросовестности, закрепленный в ст. 1258 ГК Испании, подкрепив свою позицию ссылкой на идентичные по содержанию положения ст. 1.7 Принципов УНИДРУА и ст. 1:201 Принципов ЕДП о том, что каждая сторона должна действовать добросовестно и в соответствии с честной деловой практикой.

Принципы УНИДРУА и Принципы ЕДП достаточно часто применимы на практике для толкования внешнеэкономических договоров. Например, ст. 4.7 Принципов УНИДРУА и ст. 5:107 Принципов ЕДП предусматривают следующее правило: если договор выполнен в двух и более языковых версиях и каждый из его текстов имеет одинаковую силу, то в случае расхождения между текстами предпочтение отдается толкованию в соответствии с вариантом текста договора, который был составлен первоначально. 278

Применительно к условию контракта о порядке разрешения споров такой вопрос, в частности, возник в отношениях между российской организацией

¹ <http://www.unilex.info>

и канадской фирмой (дело № 217/2001, решение МКАС при ТПП РФ от 6 сентября 2002 г.). В контракте сторон от 1 октября 1998 г. (составленном на русском и английском языках с указанием, что оба текста имеют одинаковую юридическую силу) в тексте на русском языке содержалась оговорка о передаче споров на рассмотрение в Арбитражный суд при ТПП РФ. В тексте же на английском языке предусматривалась передача споров «to the Arbitration court of Russia». Таким образом, тексты арбитражных оговорок на русском и английском языках не совпадали.

МКАС при ТПП РФ указал, что термин *Arbitration Court* в английском языке равнозначен в русском языке термину «третейский суд». Кроме того, в заседании арбитража было установлено, что первоначально вариант текста контракта был подготовлен на русском языке, а затем был переведен на английский язык. Применяв вышеуказанную норму ст. 4.7 Принципов УНИДРУА, МКАС при ТПП РФ пришел к выводу, что в английском тексте были пропущены слова «at the Chamber of Commerce and Industry» – «при Торгово-промышленной палате», указанные в русском тексте¹.

279 С середины 1999 г. работу Комиссии по европейскому договорному праву продолжила Рабочая группа по ГК ЕС (далее – Рабочая группа по ЕГК) под руководством известного ученого Кристиана фон Бара из университета города Оснабрюк. Указанной рабочей группой подготовлен проект последующих книг кодификации «Принципы европейского права»:

- книга IV – отдельные виды договоров: раздел «Долгосрочные договоры: коммерческое агентирование, франчайзинг и дистрибуторство» 2003 г.; «Принципы европейского права: договоры купли-продажи» 2004 г.; раздел «Личные обеспечительные договоры» 2005 г.; «Принципы европейского права об аренде движимого имущества» 2005 г.; «Принципы европейского права о договорах оказания услуг» 2005 г.;
- раздел «Представительство и посредничество» 2005 г.;
- книга V – «*Negotiorum Gestio*» (действия в чужом интересе без поручения) 2006 г.;
- книга VI – «Принципы европейского деликтного права» 2005 г.;
- книга VII – «Принципы европейского права о неосновательном обогащении» 2006 г.;
- книга VIII – «Приобретение и прекращение права собственности на движимое имущество» 2005 г.;
- книга IX – «Вещные обеспечительные права на движимое имущество» 2005 г.;

¹ См.: *Розенберг М.Г.* Международная купля-продажа товаров: комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров. 2-е изд., испр. М., 2004. С. 91–92.

- книга Х – «Принципы европейского трастового права» 1999 г.

Принципы европейского трастового права, состоящие из восьми статей, базируются на разработках, которые были сделаны Гаагской конференцией по международному частному праву в 1980–1984 гг. в процессе подготовки Конвенции от 1 июля 1985 г. о праве, применимом к трастам, и об их признании.¹

3.3. МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОБЫЧАИ

В науке права существуют различные теории и концепции обычая, среди которых особое место занимают две: концепция социологического плана² и концепция обычая, разработанная в рамках позитивистской школы³.

Социологическая концепция отводит обычаю преобладающую роль среди источников права, считая его основой права. С точки зрения позитивистского направления в праве обычай играет мало-заметную роль на фоне кодифицированного права, которое позитивистская школа отождествляет с волей законодателя.

По мнению французского компаративиста Рене Давида, стремящегося найти «золотую середину» между двумя упомянутыми концепциями обычая, обычай не имеет значения сам по себе; он важен лишь в той мере, в какой служит нахождению справедливого решения, поскольку закон в ряде случаев для своего понимания нуждается в дополнении обычаем⁴.

Если в одних странах (например, во Франции) в обычае видят устаревший источник права, значение которого уменьшилось по сравнению с законом, то в других странах (ФРГ, Швейцария, Гре-

¹ Гаагская конвенция 1985 г. вступила в силу в Австралии, Канаде, Китае (в специальном административном районе Китая – Гонконг), Италии, на Мальте, в Нидерландах и Соединенном Королевстве Великобритании. Конвенция также подписана Кипром, Францией, Люксембургом и США.

² Социологический подход к праву отводит решающую роль в возникновении права не государству, а обществу, рассматривая право в качестве социального явления, продукта общества.

³ Напомним, что сторонники юридического позитивизма видят в праве прежде всего продукт государства. По их мнению, правила, которые не созданы государством либо которые не были им признаны, не могут считаться нормами права и лишены юридически обязательного характера.

⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1999. С. 94–95.

ция) обычай и закон рассматриваются как два источника одного плана.

285 В юридической литературе выделяют различные виды обычая: обычай международного права, международный торговый обычай, обычай делового оборота, а также местный обычай.

286 В ГК РФ (п. 1 ст. 5) обычай делового оборота определяется как сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе. При этом обычай делового оборота рассматривается в качестве дополнительного источника права, поскольку согласно п. 2 ст. 5 ГК РФ обычай делового оборота, который противоречит закону или договору между участниками соответствующего отношения, не применяется.

287 Вместе с тем не вполне ясно, включает ли в себя понятие «обычай делового оборота» международный торговый обычай.

288 В законодательстве Российской Федерации используется также термин «торговый обычай» (п. 3 ст. 28 Закона РФ от 7 июля 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже»).

289 Российская Федерация участвует также в Конвенции ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров, ряд положений которой специально посвящен обычаям. Так, согласно ст. 9 Конвенции: 1) стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях; 2) при отсутствии договоренности об ином считается, что стороны в договорах данного рода используют обычные правила и практику в соответствующей области торговли.

290 Анализируя эти положения Конвенции, И.С. Зыкин приходит к заключению, что «применимость обычаев и заведенного порядка базируется на прямо выраженном или подразумеваемом согласии самих контрагентов»¹. По его мнению, обычаи входят в состав волеизъявления сторон и могут рассматриваться как часть их договора².

291 «При формировании торговых обычаев, – пишет В.П. Звеков, – первичными являются поведение самих участников гражданского оборота, их намерение и воля следовать рождаемым деловой жизнью неписаным правилам»³.

¹ Зыкин И.С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 206.

² См. там же.

³ Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 1999. С. 93.

Возможность применения международных торговых обычаев 292
предусматривается также в положениях Европейской конвенции
о внешнеторговом арбитраже 1961 г., Арбитражном регламенте
ЮНСИТРАЛ и Арбитражном регламенте ЕЭК ООН.

Так, согласно ст. VII Европейской конвенции о внешнеторго- 293
вом арбитраже 1961 г. при разрешении дела «арбитры будут руко-
водствоваться положениями контракта и торговыми обычаями».

Отсылки к международным торговым обычаям содержатся 294
в законодательстве Российской Федерации в области торгового
мореплавания. Так, например, ст. 138 Кодекса торгового море-
плавания РФ 1999 г. предусматривает, что перевозчик имеет пра-
во перевозить груз на палубе только в соответствии с соглаше-
нием между перевозчиком и отправителем, законом или иными
правовыми актами Российской Федерации либо обычаями дело-
вого оборота.

Значительную роль в возникновении и развитии торговых обы- 295
чаев играет судебное-арбитражная практика, а также кодифика-
ционная деятельность международных организаций, в том числе
неправительственных организаций. Примерами неофициальной
кодификации международных торговых обычаев и обыкновений
являются Международные правила толкования торговых терми-
нов ИНКОТЕРМС 2000 – документ, разработанный Междунаро-
дной торговой палатой в Париже.

В прошлом торговые обычаи, принятые среди купцов и торго- 296
вцев, играли важную роль в развитии торгового права. Однако
в современных условиях, как отмечает английский автор Деннис
Ллойд, осталось мало возможностей для обычаев вносить изме-
нения в торговое право¹. В Англии, например, последний такой
случай датируется 1898 г., когда облигации на предъявителя были
признаны полноценными оборотными документами в силу при-
нятого торгового обычая. Вместе с тем, отмечает Ллойд, остаются
еще другие способы влияния обычая на право. Как пишет Ллойд,
«происходит это посредством коммерческих контрактов. Пре-
зюмируется, что условия таких контрактов представляют собой
либо установление торгового обыкновения в строгом смысле это-
го слова, либо указывают на разумную необходимость признания
того, что для достижения экономической эффективности данно-
го контракта он был заключен на основе уже существующей прак-
тики в данной сфере бизнеса. Таким образом, суды и торговые

¹ См.: Ллойд Д. Идея права. М., 2002. С. 283.

арбитражи могут отражать в своих решениях последствия изменений, имевших место в практике коммерческих сделок и торговых обычаях»¹.

297 Интересно отметить, что в дореволюционной российской науке права теория торгового обычая получила основательное развитие благодаря трудам профессора торгового права П.П. Цитовича. Профессор П.П. Цитович называл обычай вторым источником торгового права после торгового закона, полагая при этом, что торговый обычай должен иметь следующие качества: «а) многократная примененность, б) постоянство применения, а вследствие одного и другого – в) общеизвестность, ибо без последнего качества, обычая нельзя знать, а потому никто не обязан знать»².

298 В современной науке права под международным торговым обычаем понимают единообразное правило поведения, сложившееся в практике международной торговли между частными лицами в результате неоднократного воспроизведения одних и тех же действий³.

299 **Юридическая природа международного торгового обычая.** Одним из спорных вопросов современной науки МЧП является вопрос о юридической силе (нормативности) международного торгового обычая: является ли такой обычай нормой права?

300 В отношении этого вопроса в литературе сложилось два противоположных подхода. Первая группа авторов (в основном сторонники теории транснационального торгового (коммерческого) права, или *lex mercatoria*), полагают, что обычаи представляют собой элемент международного торгового права и, следовательно, имеют либо нормативный, либо по крайней мере *quasi*-нормативный характер⁴. Вторая группа авторов утверждают, что торговый обычай всегда применяется в качестве элемента воли сторон договора, даже в том случае, если эта воля носит сугубо фиктивный характер⁵. Эти авторы также подчеркивают, что за обычаями не стоит авторитет государств или международных организаций.

301 Большое значение международные обычаи как источник МЧП имеют в странах общего права (*common law*), тогда как в МЧП стран

¹ См.: Ллойд Д. Идея права. С. 283–284.

² Цитович П.П. Очерк основных понятий торгового права. М., 2001. С. 72.

³ См.: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С. 13.

⁴ Piłich M. Dobra Wiara w Konwencji o Umowach Międzynarodowej Sprzedaży Towarów. em. Warszawa, 2006. S. 244.

⁵ Ibidem.

континентальной системы права международные обычаи, как правило, имеют субсидиарное значение. Так, например, по мнению македонского ученого Траяна Бендевского, «в международном частном праве обычаи являются источниками только в том случае, если государство законом санкционировало их в качестве источника или суды в своей практике признали за ними свойство обычая»¹.

В советской и современной российской доктрине МЧП также нет единства по поводу юридической природы (нормативности) торговых обычаев. Так, например, авторы комментария к тексту Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров отмечают, что «в принципе, под термином «обычай» может пониматься не только правило, являющееся правовой нормой и применимое в качестве таковой (правовой обычай), но и правило, не являющееся правовой нормой, применимость которого базируется на том, что оно считается входящим в состав волеизъявления сторон по договору (обыкновение)»².

Как отмечают авторы этого комментария, обычай как диспозитивная норма применяется, если иное не установлено соглашением сторон, а обыкновение применяется, если в договоре содержится ссылка на него либо если договор позволяет предположить намерение сторон руководствоваться тем или иным обыкновением³.

Профессор М.М. Богуславский утверждает, что в Российской Федерации торговые обычаи являются источником МЧП и это проявляется, в частности, в том, что, во-первых, «постоянный арбитражный орган – Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ (ранее именовавшийся Внешнеторговой арбитражной комиссией – ВТАК) при разрешении споров учитывает торговые обычаи»; и, во-вторых, в Законе «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. предусмотрено, что третейский суд разрешает споры на основе торговых обычаев (п. 3 ст. 28)⁴.

Другие российские авторы, наоборот, утверждают, что «обычаи международного торгового или делового оборота» не имеют юридической силы и не могут быть источником МЧП⁵. Вместе с тем эти

¹ Бендевский Т. Международное частное право. М., 2005. С. 49.

² Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. М., 1994. С. 34.

³ См. там же.

⁴ См.: Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1994. С. 72.

⁵ См., например: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2000. С. 74.

авторы отмечают, что обычаи международного делового оборота могут приобрести юридическую силу и стать источником права, если государства признают за ними это качество. По их мнению, это возможно в двух вариантах: «либо индивидуально государством и тогда международный торговый обычай становится санкционированным обычаем и в таком качестве – источником национального права; либо совместно с государствами в форме международного договора или в форме международно-правового обычая и в таком качестве он становится источником международного (публичного) права»¹.

306 В качестве примера санкционированных обычаев международного делового оборота приводится п. 2 ст. 285 КТМ РФ, которым предусматривается, что при определении общей аварии, размеров общеаварийных убытков и их распределении применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии и другие обычаи торгового мореплавания в двух случаях: если это предусмотрено соглашением сторон или в случае неполноты подлежащего применению закона².

307 **Критерии международного торгового обычая.** В доктрине МЧП авторы предлагают разные критерии, позволяющие идентифицировать международный торговый обычай. Причем многое зависит от отношения того или иного автора к вопросу о нормативном характере обычая.

308 Так, например, И.С. Зыкин утверждает, что для квалификации правила как международного торгового обычая необходимы два обстоятельства: 1) устойчивая единообразная практика международной торговли; 2) санкционирование государством такой практики³.

309 Если обобщить критерии обычая, предлагавшиеся в доктрине МЧП, то международный торговый обычай должен отвечать следующим критериям:

- обычай должен постоянно соблюдаться в соответствующей области торговли. Постоянность соблюдения обычая является одной из его наиболее характерных черт, позволяющих определить, существует ли данный обычай вообще;
- обычай должен быть широко известным. Причем критерий «широкая известность» помогает ответить на вопрос, можно ли применить соответствующий обычай к отношениям сторон контракта;

¹ См., например: Международное частное право: Учебник / Под ред. Г.К. Дмитриевой. С. 74.

² См. там же. С. 74–75.

³ См.: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. С. 13, 84.

- обычай должен отвечать требованиям справедливости, разумности и добросовестности¹;
- обычай должен рассматриваться международным деловым сообществом как общеобязательный.

Французские юристы называют еще такие признаки торгового 310
обычая: единообразие, повторяемость, известная продолжитель-
ность существования во времени и в пространстве, определен-
ность, допущенная законодателем, а также непротиворечие доб-
рым нравам и публичному порядку.

Можно добавить, что международный торговый обычай дол- 311
жен не противоречить международному публичному порядку,
основу которого составляют нормы, содержащиеся во Всеобщей
декларации прав человека 1948 г., Пактах о правах человека 1966 г.
и Заключительном акте СБСЕ 1975 г.

Важным условием применения обычая является знание о нем 312
сторон – участников сделки. Как правило, когда стороны знают
о существовании того или иного обычая, то особых проблем не воз-
никает; однако проблемы могут появиться, когда одна из сторон
отрицает свое знание какого-либо обычая. В этом случае необходи-
мо выяснить, должна ли была эта сторона знать о существовании
данного обычая. Решение этого вопроса в конечном счете опреде-
ляется тем, насколько данный обычай известен в международной
торговле и как постоянно он соблюдается. В таких ситуациях на
первый план выходит не столько субъективный критерий (факти-
ческое знание или незнание обычая определенным лицом), сколь-
ко объективный – широкая известность и постоянство соблю-
дения обычая. Другими словами, фактическое знание обычая не
обязательно, значение имеет то, что сторона, будучи профессио-
налом в данной сфере международной торговли, должна была знать
о существовании этого обычая. Примером применения обычая
независимо от фактического знания о нем является обычай, суще-
ствующий в торговле определенным видом товаров. Стороны, веду-
щие торговлю этим товаром на регулярной основе, должны знать
о соответствующих обычаях.

Таким образом, общие правила применения торгового обы- 313
чая сводятся к следующему: 1) стороны договора связаны любым
обычаем, относительно которого они договорились; 2) при отсут-

¹ Это, в частности, означает, что обычай, целью которого является регулирование определенной области международной торговли, может не подходить для регулирования нетипичных для данного вида обычаев отношений.

ствии договоренности об ином считается, что стороны подразумевали применение к их договору обычая, о котором они знали или должны были знать, который широко известен в международной торговле и постоянно соблюдается сторонами в договорах данного рода в соответствующей области торговли как общеобязательное правило.

314 В этом контексте значительный интерес представляет ст. 1.8 Принципов УНИДРУА («Обычай и практика»), которая содержит следующие правила в отношении обычаев: «1. Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились, и практикой, которую они установили в своих взаимоотношениях. 2. Стороны связаны обычаем, который известен и постоянно соблюдается в соответствующей области торговли, кроме случаев, когда применение такого обычая было бы неразумным».

315 Как сказано в комментарии к Принципам УНИДРУА, «как обыкновения (заведенный порядок), так и обычаи, будучи применимыми в конкретном случае, имеют преимущество над отличающимися от них положениями Принципов. Причина этого заключается в том, что они связывают стороны как подразумеваемые условия договора в целом или отдельных заявлений либо как следствие иного поведения одной или обеих сторон. В качестве таковых они уступают прямо выраженным условиям, согласованным сторонами, однако таким же образом, как и обычаи, они преваляют над принципами»¹.

316 По мнению французского автора Жана Шапира, чтобы сложился обычай международной торговли, необходимо два условия: во-первых, должна существовать причина возникновения этих обычаев, т.е. их цели не могут быть обеспечены иными путями; во-вторых, они должны быть предварительно зафиксированы соответствующими органами².

317 При этом, как отмечает Шапира, обычаи международной торговли возникают по двум основным причинам: необеспеченность со стороны государства (т.е. отсутствие правовых норм в определенных сферах хозяйственной жизни, а также отставание экономического законодательства от реальных хозяйственных потребностей) и различия в национальных законодательствах³.

¹ Принципы международных коммерческих договоров. М., 1996. С. 24–25.

² См.: Шапира Ж. Международное право предпринимательской деятельности. М., 1993. С. 47.

³ См. там же. С. 47–49.

От обычаев следует отличать обыкновения (англ. *usage*), которые складываются в практике торговых сделок и определяют детали этих сделок¹. Иногда обыкновение называют еще «заведенным порядком». Даже сторонники нормативности международного торгового обычая не считают обыкновение нормой права. 318

Как отмечает М.М. Богуславский, с торговыми обыкновениями приходится сталкиваться в области морских перевозок и они складываются, например, в портах². Обыкновение регулирует взаимоотношения сторон сделки лишь в том случае, когда стороны в той или иной форме признали необходимым применение этого обыкновения. 319

В практике ВТАК при Торгово-промышленной палате СССР международные торговые обыкновения применялись даже при отсутствии ссылок на них в соглашении (см., например, дело № 73 от 1974 г.). 320

Следует подчеркнуть, что разграничить на практике обычай и обыкновение бывает весьма сложно, в силу чего в законодательстве и практике ряда государств принято толковать обычные правила как подразумеваемые условия договора, входящие в состав волеизъявления сторон по сделке, без признания за обычаями силы норм права³. 321

Вместе с тем в ряде стран (особенно в странах системы общего права) понятия «обычай» (*custom*) и «обыкновение» (*usage*) могут рассматриваться как взаимозаменяемые. Интересно также отметить, что в англоязычном тексте Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., а также в Принципах УНИДРУА для обозначения понятия «обычай» использовано слово *usage*, а не слово *custom*. 322

В английской юридической литературе торговое обыкновение определяется как правило поведения, настолько известное в данной сфере деловой жизни, что оно считается составной частью заключенного договора, если только стороны не исключили его в прямо выраженной или подразумеваемой форме. Торговые обыкновения в английском праве имеют важное значение при толковании, в частности, таких слов, как «погожие рабочие дни», «отгрузка», «текущие дни», оговорка «около» и т.д. 323

¹ Иногда вместо слова «обыкновение» в литературе используют слово «узанс».

² См.: Богуславский М.М. Указ. соч. С. 73.

³ См.: Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров: Комментарий. С. 34.

- 324 В американском праве под торговым обыкновением (*trade usage*) понимается общепринятая практика, на которую полагаются стороны многочисленных сделок в определенной области торговли. Единообразный торговый кодекс (ЕТК) США определяет торговое обыкновение как «любую практику или метод ведения торговли, которые имеют такую регулярность соблюдения в... торговле, которая оправдывает ожидание его соблюдения в отношении конкретной сделки» (ст. 1-205 (2) ЕТК).
- 325 Иногда в литературе по торговому праву можно также встретить понятие «традиции», которые выявляет судебная практика и которые появляются в результате существования обычаев. Как пишут французские авторы Кристоф Жамен и Лоран Лакур, «традиции, как и обычаи, сами по себе не являются юридическими актами, не формализованы, отличаются от нормативных актов более общим характером, отсутствием выраженного или молчаливого согласия заинтересованных сторон (они не могут применяться против их воли), а также тем, что могут оказаться сильнее существующих законов, даже таких, исполнение которых обязательно»¹.
- 326 По всей видимости, традиции не являются источником МЧП и их применение зависит в конечном счете от усмотрения суда. По своему содержанию понятие «традиции» близко понятию «обыкновение».
- 327 В судебной практике Российской Федерации также существует понятие «традиции исполнения тех или иных обязательств», под которыми понимают обычаи делового оборота в смысле ст. 5 ГК РФ².
- 328 В литературе по МЧП можно также встретить такие понятия, как «общие принципы права», «общие принципы частного права», а также «общие принципы международного частного права».
- 329 Согласно преамбуле Принципов УНИДРУА эти Принципы, в частности, могут применяться, если стороны договора согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права.
- 330 Поскольку Принципы УНИДРУА иногда рассматривают в качестве кодификации международных торговых обычаев, перед нами неизбежно возникает вопрос относительно соотношения понятий «обычай» и «общие принципы права».

¹ Жамен К., Лакур Л. Торговое право. М.: Междунар. отношения, 1993. С. 13.

² См. п. 4 постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума ВАС РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8 «О некоторых вопросах, связанных с применением части первой Гражданского кодекса Российской Федерации» (Вестник ВАС РФ. 1996. № 9).

Французский теоретик права Жан-Луи Бержель под общими принципами права понимает «положения (правила) объективного права (а не естественного или идеального права), которые могут выражаться, а могут и не выражаться в текстах, но (обязательно) применяются в судебной практике и обладают достаточно общим характером»¹. 331

Что касается общих принципов права, то они признаются в качестве источника международного права (ст. 38 (с) Статута Международного суда ООН). Однако вместе с тем в литературе по международному праву среди ученых-юристов нет единства по поводу конкретного содержания и перечня этих принципов. 332

Некоторые авторы отождествляют общие принципы права с *lex mercatoria* или транснациональным правом. Так, например, французский профессор Эммануэль Гэйар (Emmanuel Gaillard) термин «общие принципы международного права» связывает с тем, что решение проблем международного делового сообщества может быть найдено в национальных правовых системах². По его мнению, общие принципы права, или транснациональные нормы, являются не столько перечнем конкретных норм, сколько своеобразным методом поиска применимого права, который основывается на сравнительно-правовых исследованиях³. 333

Международные коммерческие арбитражи применяют общие принципы права наряду с международными торговыми обычаями. В качестве примера можно привести решение МТП № 7375, в котором арбитраж пришел к следующему выводу относительно применимого права: «Состав арбитража определил, что, помимо надлежащего уважения условий договора и принятия во внимание соответствующих торговых обычаев, Контракт № 1 должен регулироваться и толковаться в соответствии с общими принципами права, применимыми к международным договорным обязательствам, заслужившими широкое международное признание, включая положения, которые считаются частью *Lex Mercatoria* и Принципов UNIDROIT, постольку, поскольку они могут рассматриваться как отражающие общепризнанные понятия и принципы»⁴. 334

¹ Бержель Ж.-Л. Общая теория права. М., 2000. С. 168.

² Gaillard E. Use of General Principles of International Law in International Long-Term Contracts // International Business Lawyer. 1999. May. P. 215.

³ Ibidem.

⁴ Цит. по: Брунцева Е.В. Международный коммерческий арбитраж. СПб., 2001. С. 294.

3.4. СУДЕБНАЯ ПРАКТИКА И СУДЕБНЫЙ ПРЕЦЕДЕНТ КАК ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В РОССИИ И В ЗАРУБЕЖНЫХ СТРАНАХ

335 В настоящее время в научном обороте и практической деятельности применительно к вопросу об источниках правовых норм употребляются два понятия: «судебная практика» и «судебный прецедент». Несмотря на то что между указанными терминами явно существует тесная взаимосвязь, необходимо четко разграничивать их содержание.

336 Под *судебным прецедентом* понимается вынесенное по какому-либо конкретному делу решение судебного органа, обоснование которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции при рассмотрении последующих дел аналогичного характера. Прецедент выступает в качестве основного источника норм МЧП в странах англосаксонской системы права (в частности, в Австралии, Великобритании, Израиле, в ряде провинций Канады, в Новой Зеландии, США, странах Африки). Он не утрачивает свою юридическую силу по истечении даже длительного времени с момента его создания и может быть отвергнут только законом либо вышестоящим судом (а иногда и принявшим его судебным органом), если будет признан последним ошибочным и противоречащим действительности. В подавляющем большинстве стран континентальной Европы (в Германии, Италии, Лихтенштейне, Швеции, Испании и др.), Латинской Америки, в Японии и в России судебный прецедент в качестве источника права формально не признается.

337 Необходимо также заметить, что, по мнению ряда ученых, в настоящее время можно говорить не только о существовании национальных систем прецедентного права, но и о появлении таких систем регионального характера. Речь, в частности, идет о европейском прецедентном праве, сложившемся в рамках Европейского Союза и выработанном Судом ЕС в ходе своей деятельности. Все решения этого судебного органа обязательны для государств – членов ЕС, их национальных судов и административных органов, а также физических и юридических лиц, находящихся на их территории. Национальные судебные органы не вправе выносить решения, которые противоречат решениям Суда ЕС, поскольку за последними признается характер прецедента, а отраженные в них подходы Суда ЕС к разрешению тех или иных правовых вопросов должны

применяться национальными судами по аналогии. Таким образом, Суд ЕС играет немаловажную роль в развитии права стран – членов ЕС, в том числе и МЧП.

В свою очередь *судебная практика* рассматривается научным сообществом как совокупность типичных судебных решений по конкретным делам, являющаяся результатом длительного и единообразного применения судами различных уровней действующих правовых норм и отражающая общие подходы судебных органов к разрешению тех или иных правовых вопросов. Источником права в формально-юридическом смысле судебная практика не является, поскольку представляет собой не определенную форму выражения норм права, получившую надлежащее одобрение со стороны государства и обеспеченную гарантиями соблюдения, а лишь результат правоприменения, толкования норм, между тем как источник права — это результат правотворчества. Подтверждением сказанному служит подход юристов англосаксонской правовой системы, которые рассматривают в качестве источника права именно судебный прецедент, а не судебную практику. В противном случае была бы лишена смысла доктрина *stare decisis* – собственно основа прецедента в системе общего права, а также не имело бы под собой никаких оснований объективно существующее различие между судебными решениями, имеющими «убеждающее» либо «связывающее» действие, между прецедентами в собственном смысле и просто судебными решениями. Наконец, беспочвенной была бы также и теория «единой юрисдикции», действующая в США, так как вся судебная практика должна была бы составлять источник права¹. Тем не менее было бы ошибочно недооценивать значение судебной практики в выявлении общих закономерностей действия той или иной правовой нормы, в обеспечении единообразного применения всей совокупности существующих и в формировании условий и предпосылок для создания новых правовых норм. В связи с вышесказанным доктрина стран, входящих в континентальную правовую семью, рассматривает судебную практику в качестве дополнительного источника права. Более того, часто судебным органам даже предоставлено право восполнять пробелы действующего законодательства при разрешении ими конкретных споров, т.е. фактически своими предписаниями создавать новые нормы права, однако последние носят не общий,

¹ См.: Мозолин В.П., Фарсворт Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М., 1988. Цит. по: Ануфриева Л.П. Международное частное право: Учебник. В 3 т. Т. 1: Общая часть: М., 2002.

а индивидуально-определенный характер, поскольку предназначены исключительно для регулирования отношений, являющихся предметом таких споров. Хотя в связи с вышесказанным необходимо заметить, что значение решений высших судебных органов государства выходит за рамки отдельных дел: судам низших инстанций приходится учитывать подходы вышестоящих судов к разрешению определенных правовых проблем, поскольку иначе велика вероятность того, что принятые ими решения, которые противоречат таким подходам, могут быть отменены в случае их обжалования в вышестоящих судах. В пользу признания важной роли судебной практики в современной жизни говорит также и тот факт, что неуклонно возрастает количество сборников судебных решений по различным правовым вопросам в таких странах континентальной правовой семьи, как Франция, Германия, Швейцария, Италия, и многих других, а высшими судебными органами этих стран регулярно издаются акты, представляющие собой обобщение существующей в стране судебной практики и содержащие толкование действующих законодательных норм с целью достижения единообразия в их применении всеми звеньями и уровнями судебной системы страны.

339 Учитывая вышесказанное, рассмотрим значение судебной практики и судебного прецедента в МЧП на примере отдельных стран, входящих в англосаксонскую и континентальную правовые системы.

340 В **Англии** судебный прецедент является основным источником норм МЧП и может быть установлен только высшими судебными органами. 24 марта 2005 г. в Англии был принят Акт о конституционной реформе, в соответствии с которым было осуществлено разграничение между законодательной и судебной властями. С октября 2009 г. вместо палаты лордов действует Высший суд Великобритании (Supreme Court of the United Kingdom).

341 Ввиду того что количество судебных прецедентов постоянно растет, чрезвычайно важное значение имеет деятельность по их обобщению и систематизации. Наиболее известная частная кодификация английских судебных прецедентов в области МЧП содержится в неоднократно переиздававшемся Курсе Дайси по коллизионному праву.

342 Современная правовая система **Израиля** развивалась под сильным влиянием английского права, вследствие чего судебный прецедент в этой стране играет крайне важную роль в регулировании отношений, осложненных иностранным элементом. В условиях

отсутствия единого систематизированного, законодательно закрепленного свода норм МЧП суды при рассмотрении конкретных дел нередко вынуждены создавать новые нормы МЧП на основе анализа как собственного законодательства, судебной практики и доктрины, так и источников права и доктрины тех зарубежных стран, к которым принадлежат участники разрешаемого спора. Прецеденты, создаваемые Верховным судом Израиля, обязательны для всех нижестоящих судов страны, однако сам Верховный суд вправе отступать от них, если сочтет, что ранее созданный прецедент устарел или обстоятельства вновь рассматриваемого дела существенно отличаются от тех, которые имели место в деле предшествующем. В целом суды следуют принципу наиболее тесной связи, при этом стараясь учитывать интересы и ожидания сторон спора.

Современная правовая система **Канады** выглядит следующим образом: в подавляющем большинстве провинций страны действует система общего права, исключением является лишь провинция Квебек. Подобное своеобразие обусловлено исторически: территория будущей Канады осваивалась в XVI–XVIII вв. переселенцами сначала из Франции, а затем из Англии, принесшими с собой правовые нормы и обычаи своих стран. В 1763 г., после длительного англо-французского противостояния, Канада получила статус британской колонии, и на нее были полностью распространены английские законы. При этом, как и во всех британских колониях, в Канаде утвердилась система английского общего права, по которой за решениями судов высшего звена (не только местных, но и британских) была признана обязательная сила судебного прецедента. Однако одна из провинций Канады – провинция Квебек, преобладающую часть населения которой составляли выходцы из Франции, – осталась приверженной французскому праву и сохранила значительные особенности в правовой и отчасти в судебной системе по настоящее время. Нормы, направленные на регулирование отношений, осложненных иностранным элементом, в провинциях Канады с системой общего права формировались в рамках деятельности судебных органов и до сих пор практически не получили сколь бы то ни было систематизированного нормативного закрепления. В Квебеке, напротив, действует Гражданский кодекс 1991 г., кн. 10 которого посвящена вопросам МЧП и включает в себя около 100 статей. Постановления канадских судов на протяжении долгого времени подлежали обжалованию в Судебный комитет Тайного совета в Лондоне, однако сейчас решающая роль

в обеспечении единства системы общего права в стране принадлежит Верховному суду Канады. В свою очередь решения судов провинций обязательны для нижестоящих судебных инстанций.

344 В **США** отсутствует единый систематизированный акт, посвященный регулированию отношений, осложненных иностранным элементом, соответствующие нормы содержатся как в федеральных актах, так и в законодательстве отдельных штатов, однако основным источником МЧП в США является судебный прецедент. Как в Великобритании и в других странах англосаксонской правовой системы, в США большое значение придается неофициальным кодификациям судебных прецедентов (в качестве примера можно привести Свод законов о конфликте законов, составленный на основе трехтомного курса Биля Американским институтом права в 1934 г., и второй Свод законов о конфликте законов, вышедший в 1971 г.). Тем не менее, несмотря на свою популярность, указанные издания источниками МЧП не признаются.

345 В **Республике Беларусь**, как и в других странах, входивших ранее в состав СССР, судебный прецедент не признается полноценным источником правовых норм. Тем не менее решения высших судебных инстанций (Верховного и Высшего хозяйственного судов Белоруссии), а в особенности постановления, принятые на пленарных сессиях этих органов, рассматриваются в качестве вспомогательного источника права. Являясь обобщением существующей в стране судебной практики, постановления пленарных сессий упомянутых органов содержат в себе толкование существующих законодательных норм и способствуют формированию единообразных подходов судов Белоруссии к разрешению конкретных правовых вопросов.

346 В **Испании** согласно ст. 1.1 ГК к источникам права относятся закон, обычай и общие принципы права. Тем не менее ст. 1.6 ГК гласит, что «судебная практика дополняет судебную систему доктриной, которую неоднократно устанавливает Верховный суд в ходе толкования и применения закона, обычая и общих принципов права». Таким образом, не будучи официально признанным источником права, судебная практика все же имеет большое значение, поскольку может фактически изменять положения закона и устанавливать содержание общих принципов права.

347 Несмотря на то что **Нидерланды** относят к романо-германской правовой семье, в стране долгое время отсутствовали законодательные акты, посвященные регулированию отношений с иностранным элементом. В связи с этим МЧП страны вплоть до 80-х гг. XX в. раз-

вивалось исключительно благодаря деятельности судебных органов. В дальнейшем подходы, выработанные судебной практикой, в особенности Верховным судом страны, легли в основу разрабатываемого законодательства по МЧП, однако судебные решения и сегодня играют в системе права Нидерландов значительную роль.

В настоящее время **Турция** входит в романо-германскую правовую семью, занимая в ней обособленное место. Основными источниками права в этой стране являются законодательные и подзаконные нормативные акты; что же касается судебной практики, то за ней (как и за правовыми обычаями) признается статус вспомогательного источника правовых норм. При этом ряд решений высших судебных органов (решения Конституционного суда, решения Генеральной ассамблеи (Пленума) Высшего кассационного суда, принятые с участием всех составляющих его палат), носящий «унифицирующий» характер, обязателен для нижестоящих судов, а также для самих принявших такие решения органов. В то же время другие решения, в частности принимаемые Ассамблеей Палаты Кассационного суда по гражданским и уголовным делам, не носят обязательного характера, но тем не менее учитываются нижестоящими судами в своей деятельности. 348

Согласно положениям законодательства и официальной правовой доктрине **Франции** судебная практика не является источником ее права. Однако в то же время в силу ст. 4 ФГК судья не может отказать в рассмотрении дела под предлогом пробела в законе, неясности или неточности закона. В связи с этим можно заключить, что роль судебной практики во Франции состоит не только в применении действующего законодательства, уточнении смысла его норм там, где он не вполне ясен, и адаптации его к конкретным обстоятельствам дела, но и в восполнении в случае необходимости отсутствующих правовых норм. Благодаря такому подходу во Франции в настоящее время действует большое количество норм МЧП, которые были первоначально созданы именно судебной практикой, а уже в дальнейшем нашли отражение в законодательных текстах. А некоторые положения, сформулированные судами с целью регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, применяются на практике, хотя и не получили законодательного закрепления до сих пор. Так, например, судебная практика сформулировала на основе лишь нескольких содержащихся в Кодексе Наполеона односторонних коллизионных норм коллизионные нормы по различным видам частноправовых отношений. 349

350 Международное частное право **Швейцарии** возникло и на протяжении длительного времени развивалось исключительно благодаря деятельности судебных органов страны по разрешению конкретных споров. Его принципы были сформулированы Федеральным трибуналом – высшим судебным органом Швейцарии – по аналогии с законами, действовавшими еще до принятия Гражданского кодекса и разработанными преимущественно для регулирования правовых коллизий между кантонами. В связи с принятием 18 декабря 1987 г. и вступлением в силу 1 января 1989 г. Закона о МЧП (состоящего из 200 статей) различные правовые положения, посвященные регулированию отношений, осложненных иностранным элементом, и первоначально выработанные судами, получили законодательное закрепление. Однако и в настоящее время суды, в особенности высших инстанций, оказывают значительное влияние на развитие МЧП, поскольку в соответствии с ГК Швейцарии могут в случае пробельности закона «замещать» законодателя.

351 В **Российской Федерации** судебный прецедент и судебная практика не признаются в качестве формально-юридического источника права, в том числе МЧП, поскольку, согласно принципу разделения властей, действующему в нашей стране, суды не наделены законодательной властью и их решения не могут создавать новых правовых норм. Исключением из упомянутого правила являются постановления Конституционного Суда РФ, выносимые им в процессе толкования права и носящие нормативный характер. Наиболее известными постановлениями этого органа в области регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, являются следующие:

- Постановление Конституционного Суда РФ от 20 июля 1999 г. № 12-П «По делу о проверке конституционности Федерального закона от 15 апреля 1998 года «О культурных ценностях, перемещенных в Союз ССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории Российской Федерации»». В данном Постановлении Конституционный Суд признал ряд положений упомянутого акта не соответствующими Конституции РФ, в частности ограничил круг культурных ценностей, подпадавших под его действие.
- Постановление Конституционного Суда РФ от 17 февраля 1998 г. № 6-П «По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24 июня 1981 года «О правовом положении иностранных граждан в СССР» в связи с жалобой Яхья Дашти Гафура». В данном деле заявитель оспаривал конституционность положения упомянутого закона, допускающего задержание иностранных граждан и лиц без гражданства, подлежащих выдворению с территории Российской Федерации, в случае их уклонения от выезда, осуществляемое с санкции прокурора на срок, необходимый для выдворения. По его мнению, указанная норма нарушает конституционное право каждого на свободу и личную неприкосновенность. Конституционный Суд пришел к выводу о том, что упомянутое поло-

жение не соответствует Конституции в той мере, в какой допускает продление срока задержания указанных лиц сверх 48 часов без вынесения судебного решения. В своем постановлении Суд указал на то, что задержание на неопределенный срок не может рассматриваться как допустимое ограничение права каждого на свободу и личную неприкосновенность и, по сути, является умалением данного права даже тогда, когда такое задержание вынужденно затягивается в связи с тем, что ни одно государство не соглашается принять выдворяемое лицо.

- Постановление Конституционного Суда РФ от 23 апреля 2004 г. № 8-П «По делу о проверке конституционности Земельного кодекса Российской Федерации в связи с запросом Мурманской областной Думы». Поводом к рассмотрению дела явился запрос Мурманской областной Думы, в котором, в частности, оспаривалась конституционность ряда положений Земельного кодекса РФ, касающихся вопросов предоставления земельных участков в собственность иностранным гражданам, лицам без гражданства и иностранным юридическим лицам. Конституционный Суд пришел к выводу, что упомянутые нормы Кодекса соответствуют Конституции РФ, а также среди прочего подчеркнул, что при предоставлении земли в собственность передается не часть территории государства, а лишь участок земли как объект гражданских прав, что отнюдь не затрагивает территориальную целостность РФ и не противоречит конституционно-правовому статусу земли как публичного достояния многонационального народа России. В то же время установленный действующим законодательством РФ ряд ограничений для иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц в отношении права собственности на земельные участки некоторых категорий имеет своей целью обеспечение суверенных прав Российской Федерации на все ее природные богатства и ресурсы, а также направлен на защиту интересов российской экономики и предоставление российским гражданам и юридическим лицам относительно равных условий конкуренции с иностранным капиталом, что тем самым будет способствовать реализации ими конституционного права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности.

В соответствии со ст. 126 и 127 Конституции РФ Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ – высшие судебные органы в системе судов общей юрисдикции и арбитражных судов – наделены правом давать руководящие разъяснения по вопросам судебной практики и применения действующего законодательства РФ. Такие разъяснения, принимаемые пленумами этих судебных органов, источником права в РФ официально не признаются, поскольку являются не нормативными актами, а актами применения права, в них дается лишь толкование существующих правовых норм, но не создаются новые нормы. Вместе с тем суды низших инстанций при разрешении конкретных споров обязаны применять соответствующие правовые нормы лишь в истолковании, содержащемся в постановлении соответствующего судебного пленума. Более того, участники гражданского оборота часто руководствуются постановлениями судебных пленумов и в случаях, не связанных с судебным разбирательством. Таким

образом, можно говорить о том, что в настоящее время постановления ВАС РФ и ВС РФ имеют чрезвычайно важное значение для обеспечения единообразного понимания и применения действующего российского законодательства на всей территории страны и могут быть признаны вспомогательным источником права.

353 Среди наиболее известных и значимых актов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ в области МЧП можно назвать:

- Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.
- Постановление Пленума Верховного Суда РФ от 20 ноября 2003 г. № 18 «О подсудности дел, вытекающих из морских требований» // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2004. № 1.
- Определение Верховного Суда РФ от 12 января 1999 г. // Бюллетень Верховного Суда РФ. 1999. № 7. С. 2.
- Определение Верховного Суда РФ от 1 февраля 2005 г. № 5-Г05-1 // Бюллетень Верховного Суда РФ. 2005. № 10.
- Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса».
- Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1996 г. № 10 «Обзор практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц, рассмотренных арбитражными судами после 1 июля 1995 года».
- Постановление Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса».
- Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 18 января 2001 г. № 58 «Обзор практики разрешения арбитражными судами споров, связанных с защитой иностранных инвесторов».
- Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 22 декабря 2005 г. № 96 «Обзор практики рассмотрения споров по делам с участием иностранных лиц».

Необходимо также отметить, что большое значение судебная практика (но уже не национальная, а зарубежная) имеет в ситуациях, когда существует необходимость применения национальным судом норм иностранного права. В частности, ст. 1191 ГК РФ, возлагающая на судебные органы страны обязанность по установлению содержания иностранного права, гласит, что при этом суд обязан руководствоваться не только текстами иностранных законов, но и их официальным толкованием, практикой их применения (т.е. судебной практикой) и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Однако подобная ссылка на судебную практику вряд ли может свидетельствовать о том, что российский законодатель безусловно признал ее в качестве источника иностранного права, скорее в данном случае обращение к ней будет способствовать суду в понимании, уяснении смысла и содержания иностранного права, с тем чтобы не допустить искажения иностранных правовых норм при их применении для регулирования отношений, являющихся предметом конкретного спора.

КОНТРОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ К ГЛАВЕ 3

1. В чем заключается специфика источников МЧП?
2. В каких основных актах Российской Федерации содержатся коллизионные нормы?
3. В чем состоит преимущество принятия специальных законов о МЧП?
4. В каких странах приняты специальные законы о МЧП и каковы их общие положения?
5. Какова роль международных договоров в МЧП?
6. Какие иные международные документы играют важную роль в МЧП?
7. Какие основные акты по МЧП действуют в странах ЕС? Как осуществляется в ЕС унификация частного права?
8. Какие основные источники МЧП приняты в рамках СНГ?
9. В чем заключается особенность применения *lex mercatoria*?
10. В чем заключается сложность применения международных обычаев?
11. Какова роль судебной практики в МЧП? Играет ли судебная практика в России роль источника права в МЧП?

ГЛАВА 4. ОБЩИЕ ПОНЯТИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

4.1. КОЛЛИЗИОННАЯ НОРМА – ЦЕЛЬ, СТРУКТУРА, ВИДЫ

- 1 Ввиду иностранного присутствия в имущественных отношениях они могут подпадать под нероссийское регулирующее право. Фактический состав, осложненный иностранным элементом, – потенциальный объект приложения не только одного национального законодательства, так как в каждой стране, где суд может рассматривать дело, существует свое международное частное право, базирующееся на собственных установках о том, в каком объеме и каким национальным законодательством следует руководствоваться при разрешении многонационального предпринимательского или гражданского дела.
- 2 Из рассуждений ряда авторов нередко ускользало то, что более общим и важным условием отыскания применимой статьи закона на судье, обязанным руководствоваться конкретной национальной коллизионной нормой, выступает так называемый юрисдикционный охват спора, или территориальная компетентность суда. Орган, к которому обратились за исковой защитой, должен решить, насколько он обладает эффективной властью рассматривать заявленное требование. Затруднительность исполнения будущего решения из-за отсутствия ответчиков, нахождения их операций, имущества за пределами государства суда – основание для судьи признать себя не обязанным рассматривать спор.
- 3 Ранее метод коллизионного регулирования рассматривался в качестве универсального, фиксирующего компромисс между необходимостью охраны государственных суверенных интересов и требованиями международного общения, а назначением коллизионных правил считали установление территориальной границы действия иностранного права для этой цели. Сегодня характеризовать коллизионную норму таким образом уже нельзя, так как защита государственной публичной сферы эффективно достига-

ется не формулировками коллизионных правил, а иными средствами: условиями признания и приведения в исполнение иностранных решений, действием публичных норм страны суда, тем, что многие области имущественных отношений регулируются правилами международных договоров, и, наконец, оговоркой о требуемой совместимости правового результата применения с правосознанием и правовыми принципами страны, где последствия имеют место (оговоркой о публичном порядке)¹. В XX в. получила распространение доктрина о методе прямого регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом материальными правилами. Эти правовые положения теперь могут содержаться в международных договорах Российской Федерации и регулировать вопросы без необходимости задействования коллизионной нормы (п. 3 ст. 1186 ГК РФ).

В прошлые годы при меньшем значении правового регулирования, неразвитости международного имущественного оборота судебная практика стран (в меньшей степени – законодательная) держалась какого-либо одного принципа в определении применимого права: начала национальности субъектов – Италия, Франция; идеи локализации правоотношений – Германия. Подход в Соединенном Королевстве основывался на нормах национального права, свойственного договору как главному основанию возникновения обязательств.

В целом коллизионный метод сводился к анализируванию территориального предела действия своей и иностранной правовых систем и установлению окончательных критериев, позволяющих определить все случаи, когда можно было бы «дать дорогу» иностранному правопорядку, устранив действия своих норм в деле оптимального регулирования «международных имущественных обменов».

С тех пор эволюция подходов находилась под влиянием трех факторов, со временем только набирающих силу. Первый заключался в естественном усложнении международного имущественного оборота и умножении форм коммерческой деятельности. Второй – в утрате националистических влияний на законотворческий процесс и судебную практику в пользу международной унификации регулирования. И наконец, главнейшее развитие коллизионному регулированию сообщил международный коммерческий арбитраж. Это все шире распространяемое альтернативное средство разре-

¹ Подробнее см. п. 4.7 настоящей главы учебника.

шения споров придало особое направление разработке основных доктрин. Для таких третейских судов была предусмотрена несвязанность национальными коллизионными нормами, несмотря на их преимущественную императивность и возможность выбора любой системы регулирования.

7 Названные факторы выдвинули новое назначение конфликтных правил – определение наиболее удобного статута отношений, т.е. тех национальных норм, которые лучше подходят для применения по соображениям разумности, оптимальности, адекватности.

8 В период, когда международное частное право еще не имело устойчивой законодательной базы, но являлось благодатным полем для теоретических изысканий, активно дебатировался вопрос о природе тогда еще не столь разнообразных коллизионных норм. Теоретики права в России в конце XIX – начале XX в. утверждали, что коллизионное положение относится к деятельности судов и являет собой правило публично-права, какой из известных критериев отграничения публично-правовых и частноправовых норм ни взять. Объяснялось, что в назначении любой коллизионной нормы есть интерес правосудия, но нет «речи о целях и интересах индивида». При этом справедливо отмечалось, что коллизионное правило «нельзя нарушить», что если оно неправильно применено, то это не создает никогда «частноправового притязания, но лишь публично-правовое притязание», что в этом случае частное лицо «сможет жаловаться по инстанциям совершенно так, как если бы суд нарушил любую процессуальную норму», что гражданского иска о применении коллизионной нормы быть не может. Указывалось также на преимущественную императивность коллизионных положений, которые нельзя исключить «частным произволом». Дополнительно приводилось в качестве аргумента то, что коллизионное правило – норма публично-правовая по субъективному критерию вследствие наличия в отношениях, с точки зрения обладания правами и обязанностями, государства или какого-то его органа; что «государство в коллизионных правоотношениях сочло нужным фигурировать в качестве носителя прав и обязанностей». Ввиду сказанного «коллизионная норма содержит приказ государства, что при конфликте между двумя различными законами, регулирующими частноправовые отношения, судья или иной орган выбрал тот, а не другой закон». Прибавлялось, что не может считаться частным правом то, что принято в качестве законов «для отграничения территориального дейст-

вия общественного права своей страны». Указывалось, что «коллизионная норма охраняет территориальные и личные пределы действия законов гражданского права», является «публично-правовой уже потому, что она, предопределяя поведение судей данной страны, ни к чему не обязывает частных лиц. Если она, в конце концов, касается их, то это лишь потому, что на них, в конечном счете, отражаются все нормы права»¹.

В дальнейшем стали говорить о коллизионной норме как о положении, бесспорно, частного права. С 40-х гг. прошлого века был принят тезис о том, что коллизионная норма составляет единство с нормой гражданской и в этом сочетании «образует для участников гражданско-правового оборота подлинное правило поведения²», так как «предметом коллизионной и обычной нормы является отношение гражданско-правового характера». Эта точка зрения стала преобладающей на все последующие годы и нашла отражение в последних работах, посвященных МЧП. В законодательстве коллизионные нормы всегда находились в разделах базовых гражданско-правовых законов, в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик и позднее в разд. VI ГК РФ.

Коллизионное законодательство приводится в действие ввиду наличия так называемого иностранного элемента в отношениях. Эта правовая категория, не слишком подробно изложенная как понятие в отечественной литературе, играет роль «пускового механизма» в коллизионном регулировании.

Ранее иностранный элемент рассматривался вообще как нечто конкретное в составе отношений. Говорилось, что он может существовать в трех видах: имущество вне территории суда, иностранное лицо или юридический факт, происходящий за границей. Считалось, что во всех других случаях коллизионный вопрос вообще не возникает и суд обязан руководствоваться только своим правом. В то время международный имущественный оборот в Советском Союзе осуществлялся посредством торговли, а формы более глубокой экономической кооперации являлись во многих случаях неразвитыми.

В дальнейшем все чаще признавалось, что сводить иностранный элемент к названным крайностям или разновидностям иностранного присутствия неразумно, несправедливо и негибко. Развитие международного коммерческого арбитража было направлено

¹ Брун М.И. Введение в международное частное право. Пг., 1915. С. 61–69.

² Луниц А.А. Курс международного частного права. М., 1975. С. 171.

на ослабление его национальных свойств. Международные экономические связи стали пониматься широко, как любые, выходящие за пределы внутренней сферы хозяйственные взаимоотношения и деятельность. Крупные производители товаров и услуг структурировали свои операции и за пределами места их реализации. Возникли оффшорные холдинги по управлению различными производственными подразделениями. Такая деятельность регулировалась во всех случаях различными законодательствами одновременно.

13 В новейшей кодификации законодатель не определил иностранный элемент намеренно, и это скорее всего правильно, оставляя за правоприменителем возможность варьировать пределы МЧП. В литературе высказывается тезис о том, что иностранный элемент должен пониматься широко (например, как любое иностранное участие в капитале российского участника спора и т.д.) и что даже «внутренний договор», в отношениях по которому иностранный элемент отсутствует, может подчиняться зарубежному законодательству¹. Это во многом смелое суждение подкрепляют доктриной о неограниченной «автономии воли». Однако нельзя упускать из виду, что ст. 1210, ее устанавливающая, как и целиком разд. VI ГК РФ, приводится в действие лишь при наличии иностранного элемента.

14 Сегодня общепризнано, что *коллизийная норма состоит из двух частей*: объема (правового вопроса) и привязки (критерия, определяющего применимый национальный закон).

15 Коллизийные нормы текстуально претерпели серьезную эволюцию. Если раньше это были принципы, сформулированные в общих словах, то теперь они составляют систему взаимосвязанных правил с использованием своей цивилистической терминологии, иногда более общей, чем в национальном гражданском праве. Раздел VI ГК РФ оперирует такими понятиями, как «способность лица», «проценты», «личный закон», «внутренние отношения». В других статьях ГК эти базовые определения конкретизированы как «правоспособность», «дееспособность», «проценты неустойки», «проценты за пользование чужими денежными средствами» и т.д. При сопоставлении понятий коллизийных норм и материальных правил хорошо видна основная регулятивная направленность коллизийной нормы – готовность присоединиться к тому или иному своду гражданско-правовых норм.

¹ См.: Кабатова Е.В. Определение применимого права // эж-Юрист. 2006. № 41. С. 14.

Современные авторы делят все коллизионные нормы на императивные и диспозитивные, кумулятивные и альтернативные, простые и сложные, субсидиарные и т.п. В основу этой классификации положена базовая аналогия с материальными юридическими нормами в гражданском праве. 16

Кумулятивными называют привязки, подлежащие одновременному применению путем наложения согласно латинскому термину *cumulatio* – «накопление». Таковых немного. Примером кумулятивной привязки может служить ст. 156 Семейного кодекса РФ: «Условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака...» В данном случае кумулятивно, т.е. одновременно, применяются две правовые системы. Некоторые авторы в качестве кумулятивных привязок приводят положения ст. 1209 и 1224 ГК РФ. В ст. 1209 установлено, что сделка, совершенная за границей, не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования российского права (хотя это неоспорно – здесь, скорее, не одновременное применение разнонациональных правовых норм, а последовательное, поскольку вначале выясняется, соблюдена ли форма сделки по иностранному праву, и в случае отрицательного ответа на этот вопрос обращаются к российскому праву). Аналогичное правило установлено в ст. 1224 ГК РФ относительно формы завещания или его отмены. 17

Альтернативными, как это следует из семантики самого определения, называют нормы, содержащие привязки, которые можно равноценно применять. Выбор в одном случае принадлежит носителю требования, а в другом – суду. Самым ярким примером альтернативной привязки является ст. 1221 ГК РФ «Право, подлежащее применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги». В ней предусматривается, что потерпевший при предъявлении требования о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы или услуги, может выбрать любую из трех альтернатив применимого права. 18

И наконец, разделение коллизионных норм, а точнее, коллизионных привязок на *двусторонние* и *односторонние*. Односторонние нормы прямо называют материальное право. Они являются прообразом «публичного порядка» в позитивном смысле. Пред- 19

ставляется, что посредством односторонних норм реализуется прием, имеющий целью подчеркнуть безусловность или сверхимперативную силу материальных норм российского права по определенным вопросам. В п. 2 ст. 1213 ГК РФ установлено: «К договорам в отношении находящихся на территории Российской Федерации земельных участков недр и иного недвижимого имущества применяется российское право». Такие нормы как будто содержат указания иностранным судам, применяющим свою коллизионную систему, о необходимости обратиться к российской норме материального права. В этом смысле односторонняя норма не равноценна двусторонней, так как содержит положения о безусловном применении российских статей.

20 Сегодня важным является деление коллизионных норм на *гибкие*¹ и *жесткие*. Примерами первых служат п. 2 ст. 1186 ГК РФ, который гласит: «...применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано»; п. 5 ст. 1211 ГК РФ: «К договору, содержащему элементы различных договоров, применяется... право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан». В качестве «жесткой» коллизионной нормы можно привести п. 1 ст. 1205 ГК РФ: «Содержание права собственности определяется по праву страны, где это имущество находится».

21 За последние десятилетия роль гибких коллизионных норм сильно возросла. Если раньше некоторые национальные доктрины относились к ним отрицательно, то теперь во всех новых законодательствах они присутствуют в качестве основных и системообразующих. Дело здесь не в том, что одна точка зрения в юриспруденции победила другую и теоретики, ратовавшие за гибкие подходы, оказались точнее и убедительнее, чем те, которые говорили о приоритете определенности, ясности для сторон в том, какое законодательство будет в случае спора отвечать на обострившийся спорный вопрос права. Повсеместное обращение к гибким привязкам задано логикой развития коллизионного законодательства главным образом под влиянием двух факторов.

22 Во-первых, это усложнение международного имущественного оборота, невозможность его оптимально регламентировать жесткими коллизионными нормами. Во-вторых, это переход на второй план задачи защиты национального правового пространства от действия иностранного права, выражающего волю зарубежно-

¹ О гибких коллизионных нормах см. п. 4.1 настоящей главы учебника.

го законодателя. Если раньше предоставление исковой поддержки субъективным гражданским правам, возникшим под действием иностранной правовой системы, воспринималось как уступка делу международного экономического общения, изъятие из принципа «каждый суд должен руководствоваться своим правом», то теперь это абсолютно не так. Хотя функция защиты суверенных интересов остается, теперь она реализуется не посредством коллизионных норм, регламентированием баланса сфер влияния своей и чужой правовой системы, а другими средствами: публичным регулированием, императивными нормами, оговоркой о публичном порядке и т.д. Сегодня на первом месте стоит задача установления наиболее оптимального и эффективного регламентирования отношений при помощи комплекса норм, часто принадлежащих разным национальным законодательствам.

Личный закон физического лица (*lex personalis*). Под чьим бы регулирующим правопорядком ни находились субъекты разнонациональных отношений, они не должны утрачивать свою юридическую индивидуальность и связь с правовой системой, изначально дающей им качество правоспособности и формирующей их субъективные правовые особенности. *Личный закон, т.е. комплекс правил, определяющих индивидуальное состояние,* должен сопровождать субъектов, где бы они ни находились, какие бы действия ни совершали. Личный закон исходит из преимущественного подчинения участников гражданского оборота какой-либо одной государственной власти, устанавливающей требования регистрации, основного налогообложения, допуска к определенным видам деятельности тех, кто наделен качеством субъекта права. Несколько десятилетий назад гражданско-правовой статус иностранных и своих граждан мог сильно отличаться с точки зрения объема реализуемых ими имущественных прав. Однако позже такое неравенство оказалось ненужным и стало мешать обороту. Нерезидентам – физическим лицам был предоставлен универсальный национальный режим. Вместе с тем привязка к своему праву сохранила значение в ряде вопросов. Их детальный перечень составить трудно, поэтому современные кодификационные акты оперируют термином «личный закон». Этим приемом достигается то, что право суда также участвует в определении объема персональных правовых особенностей.

Законодатель ассоциирует своих физических лиц, наделяемых им гражданско-правовым статусом, либо с гражданством

(и тогда говорят о *lex patriae*), либо с местом жительства (*lex domicilii*). Никакой сравнимой по устойчивости третьей привязки найти невозможно, так как качество субъекта имущественного оборота производно либо от членства в гражданском обществе, подданства, выборных прав, либо от того, что субъект ввиду своей естественной и профессиональной деятельности связан с местом своего основного проживания. Исторически так сложилось, что в наиболее благоустроенных и процветающих экономических территориях был намеренно принят принцип места жительства как личный закон физического лица для удобства и стимуляции экономической свободы. В странах же, откуда уезжали, государства были заинтересованы в сохранении правовой связи и поэтому устанавливали привязку к гражданству физического лица.

25 В современном коллизионном законодательстве используется и любая вторая из рассматриваемых привязок для подчинения отечественному праву большего круга лиц: «1. Личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой это лицо имеет. 2. Если лицо наряду с российским гражданством имеет и иностранное гражданство, его личным законом является российское право. 3. Если иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, его личным законом является российское право» (п. 1.3 ст. 1195 ГК РФ).

26 Значительно более важным и практически более содержательным является вопрос о *демаркации обязательственного статуса отношений и личного закона физических лиц*. Баланс между этими двумя группами правовых норм, одна из которых основана на поддержании национальных особенностей, а другая – на локализации отношений, возникших вследствие сделки или иного юридического факта, в наследственных и семейных отношениях, строится в большей степени на учете индивидуальных национальных и культурных особенностей сторон имущественных отношений. Условия брака, наследования, развода, содержания детей и т.д. определяются привязкой к гражданству либо к месту жительства физических лиц: «Условия заключения брака на территории Российской Федерации определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого лицо является в момент заключения брака...» (п. 2 ст. 156 Семейного кодекса РФ); «Алиментные обязательства... определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. При отсутствии совместно-

го места жительства такие обязательства определяются законодательством государства, гражданином которого является лицо, претендующее на получение алиментов» (ст. 164 Семейного кодекса РФ); «Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства...» (абз. 1 п. 1 ст. 1224 ГК РФ).

Личный закон юридических лиц (*lex societatis*). Вопросы личного статуса юридических лиц сегодня наиболее актуальны. Современный имущественный оборот развивается и использует конструкции и формы в большей степени за счет активности международных компаний, точнее сказать, юридических лиц, действующих в области интернациональных экономических связей. За последнее время и корпоративное законодательство, и отдельные аспекты регулирования деятельности компаний сильно изменились. В структурно организованных бизнесах или группах компаний отдельное юридическое лицо может иметь одну преимущественную специализацию и подпадать под особое регулирование независимо от местонахождения, регистрации, национальности, если упомянутая группа присутствует в экономике определенной страны. В этих условиях коллизионное положение оказывается не всегда нужным, так как нормирование отдельных сторон деятельности юридических лиц как холдингов либо производственных единиц, обладателей лицензии и пр. осуществляется публично-правовыми нормами, не предусматривающими постановки коллизионного вопроса.

Привязки сохраняют весьма важное значение для определения цивилистического статуса организации, реализуемого в двух самостоятельных областях: внутренней (в вопросах функционирования органов, одобрения сделок и пр.) и внешней (во взаимоотношениях с другими субъектами). Самые современные стандарты регулирования предусматривают, что ограничения правомочности, неизвестные контрагентам, не применяются, а последствия нарушения имеют значение в корпоративной и трудовой сферах взаимоотношений с участием этой организации.

Ввиду вышесказанного в вопросе определения личного закона компаний на первый план вышла привязка к праву места государственной регистрации, т.е. к праву страны, которая «дала жизнь» организации, где она возникла как юридическая реальность и где государственным актом о регистрации введены в действие учредительные документы организации. Такую привязку включают

в себя все кодификационные законы МЧП, принятые в последние два десятилетия (в частности, в Италии, Лихтенштейне, провинции Квебек, Голландии и др.) В литературе часто говорится о двух конкурирующих началах при определении личного закона юридического лица: о праве места нахождения управляющего органа и праве места регистрации, а также о том, что существуют также привязки к гражданству лиц, контролирующих компанию, и к праву места ее деятельности. Указанные способы определения национальной принадлежности существуют и содержатся в законодательстве тех стран, законы которых были приняты давно либо недавно, но без достаточного учета современных реалий и тенденций. Например, это относится к некоторым странам СНГ.

30 Критерии места деятельности и пребывания управляющего центра весьма существенны во внутреннем праве, но по ним определяются местонахождение организации, налоговая инспекция, компетентный суд в случае подачи к ним иска и т.д. Последние десятилетия характеризуются активным участием так называемых оффшорных компаний в самых крупных и сложных корпоративных операциях в связи с продажей бизнеса, его реструктуризацией и т.п. Нетрудно увидеть те причины, которые привели к установлению и распространению привязки места инкорпорации для определения того, каким правом должна регулироваться гражданско-правовая область внутренних связей юридического лица, включая в данном случае отношения с ее участниками. Сферу управления естественнее и логичнее подчинить месту регистрации, появлению устава.

31 Тем не менее привязка к месту инкорпорации не всегда оказывается оптимальной. Например, иностранная компания начала вести операции в России и снимает здесь офис. Поскольку данное юридическое лицо находится в сфере действия российских актов монопольного, налогового, валютного и другого публично-правового законодательства, все возможные выгоды для себя из-за регистрации в другом государстве компания не получит. Наоборот, она столкнется с ограничениями в валютной области, не будет свободно вести операции в рублях и не получит лицензии. Не все контрагенты захотят иметь дело с такой компанией и сталкиваться с необходимостью учитывать иностранную юрисдикцию в случае спора и т.п. Видимо, поэтому привязка к месту инкорпорации утрачивает свое значение. Она перестает быть средством решения задачи подчинить юридические лица своему регулированию

из-за широкого применения так называемых норм прямого действия, а также использоваться как прием для так называемого обхода закона, нейтрализации нежелательного и неудобного регулирования по месту своих операций участниками экономических связей.

Lex voluntatis. Lex loci delicti commissi. Locus regit actum. Lex rei sitae. 32 Если говорить не о широко распространенных на сегодня коллизионных нормах, выражающих развитие законодательства и современные тенденции регулирования, а о тех правилах, которые в своей немногочисленности были изначально основными и воспринимаются не как результат какого-то научного решения, а как естественная территориальная привязка, наилучшим образом подходящая для разрешения важнейших материально-правовых вопросов, то в ряду этих коллизионных положений нужно привести: 1) право, избранное сторонами (*lex voluntatis*), 2) право места причинения вреда (*lex loci delicti commissi*), 3) закон, определяющий форму актов (*locus regit actum*), и 4) местонахождение вещи (*lex rei sitae*). Они являются одними из старейших и при этом не утратившими свое значение, так как выражают базовые принципы коллизионного права и естественным образом служат единому образу, удобству, разумности и должному учету ожиданий сторон. Такие формулы прикрепления, как законы страны продавца (*lex venditoris*), места арбитража (*lex arbitri*), места заключения брака (*lex loci celebrationis*), валюты долга (*lex monetae*), флага (*lex flagi*), места заключения контракта (*lex loci contractus*), являются либо производными по отношению к упомянутым ранее, либо утратившими свое прежнее значение. Особая роль принадлежит привязке *lex fori* (закон суда) как наиболее стабильной системообразующей оговорке. Тяготение к праву страны суда является естественным образом predeterminedным из-за удобства и расположения органов, разрешающих споры.

Договор – главный инструмент экономических связей. Уже давно 33 считается вполне допустимым обращаться к тому праву, которое избрали сами стороны. Сегодня признается, что выбор права осуществляется применительно к разным частям договора, определить регулирующее право можно также после возникновения спора. В некоторых странах принимается так называемый подразумеваемый выбор, когда стороны прямо не высказались о том, какое право они хотят иметь в качестве нормирующего их отношения, но из совокупности обстоятельств усматривают их наме-

рения или то, что как разумные лица они по необходимости должны были иметь в виду выбор определенного правопорядка. В п. 2 ст. 1210 ГК РФ установлено: «Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права должно быть прямо выражено или должно определено вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела».

34 Усмотрение контрагентов ничем не может быть ограничено, так как в системе коллизионного регулирования действуют так называемые императивные нормы, прямо действующие, какое бы законодательство ни избрали участники международных экономических связей.

35 Кроме договоров, другая большая группа отношений возникает из *деликтов* – причинения вреда здоровью и имуществу. Исторически признавалось, что важная функция принадлежит праву места причинения вреда как известному и наиболее легко устанавливаемому. Однако многообразию деликтов таково, что место, где совершается вредоносное действие, может носить случайный характер, например столкновение транспортных средств и пр. Современные стандарты законодательства заключаются в том, что для активной защиты интересов потерпевших применяется по выбору истцов право места причинения вреда либо места нахождения причинителя, места наступления вредоносных последствий, а также дополнительно, по инициативе суда или сторон, право совместного места жительства или просто наиболее благоприятное право. Кроме того, допускается соглашение сторон о применении права страны суда. Пункт 3 ст. 1219 ГК РФ гласит: «После совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда, стороны могут договориться о применении к обязательству, возникшему вследствие причинения вреда, права страны суда». Деликты – та разновидность юридических фактов, споры из которых преимущественно решаются в государственных судах, а не в органах международного арбитража, поэтому в этой сфере не оперируют мягкими привязками, дающими большое усмотрение в вопросе выбора применимого права. Вместе с тем необходимо подчеркнуть, что современное коллизионное регулирование в сфере внедоговорных отношений явно «смягчается», что наиболее ярко иллюстрируется нормами, включенными в Регламент ЕС «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» («Рим II»), вступивший в силу в 2009 г.

36 *Locus regit actum* – правило, устанавливающее необходимость обратиться к праву места совершения юридического либо факти-

ческого действия, чтобы убедиться, что у этих действий нет формальных изъянов. Эта привязка и в самом деле является основополагающей. Опирается она на популярные еще в XVII в. учения о международной вежливости, устанавливающие, что права, приобретенные под действием иностранной правовой системы, должны получить защиту в странах, где она испрашивается. Назначение юридической формы – это почти всегда удостоверение подлинности волеизъявления того, кто производит какие-либо действия: подписывает сделку или исполняет договорные и иные обязательства. Несоблюдение формы влечет дефект правового значения акта или ограничение возможности отстоять его правовую силу. В свете сказанного понятно, что законом, о котором разумные стороны должны справляться по вопросам формы, будет закон страны, где совершаются юридические и фактические действия. Другими словами, предполагается, что требования формы должны быть известны тому, кто, осмотрительно действуя, озаботился соблюдением регулирования в данном месте.

Пока экономический оборот находился на уровне своего доиндустриального развития, норма, содержащая упомянутую привязку, казалась стабильной. Позже, однако, появилась корректировка для сужения возможности пользоваться формой акта недобросовестно либо в ущерб принципу поддержания юридической силы отношений, если имеются некоторые неглавные нарушения. Поэтому во многие национальные законодательства вошло положение о том, что достаточно соблюсти требования не только в месте совершения акта, но и по местонахождению суда или даже убедиться, что другая сторона не могла знать о нарушениях формы. Строгость ее применения была значительно смягчена еще и тем, что само понятие «форма акта» было упрощено как результат возникновения в деловых отношениях новых разновидностей фиксирования волеизъявления, например, таких как обмен электронными сообщениями, подписание отсканированных текстов договора, заключение договора по факсу, отправка правоустанавливающих материалов курьером.

В основе принципа, определившего особенности коллизионного регулирования вещных правомочий, лежит положение о превалянии вещных прав и обязанностей над договорными, в чем проявляется так называемая *преимущественная сила публичного элемента при определении объема вещных прав*. Вещные права разделяются на те, которые не меняются, если предметы перемещают-

37

38

ся в другую юрисдикцию, и те, содержание которых может варьироваться, когда они переносятся под действие другой правовой системы. Первые регулируются правопорядком, в силу которого они возникли в момент действия, послужившего основанием для приобретения вещей. С другой стороны, права, которые представляют собой реализацию собственных правомочий по использованию вещи, определению ее юридической судьбы, будут регулироваться правом местонахождения вещи (п. 1 ст. 1205 ГК РФ: «Содержание права собственности и иных вещных прав на недвижимое и движимое имущество, их осуществление и защита определяются по праву страны, где это имущество находится»).

4.2. КОЛЛИЗИОННЫЕ ПРИНЦИПЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ. КРИТЕРИЙ НАИБОЛЕЕ ТЕСНОЙ СВЯЗИ

39 Процесс создания коллизионных норм есть целенаправленная деятельность людей: законодателя, ученых и практиков. Однако они чем должны руководствоваться, устанавливая ту или иную коллизионную норму? Есть ли какие-либо принципы, которые стоят выше намерений законодателя и являются для него «путеводной звездой» при установлении нормы, либо законодатель абсолютно ничем не связан? Какая коллизионная норма лучше для того или иного правоотношения?

40 В литературе по МЧП было высказано мнение, что существуют определенные принципы, на основании которых и должно приниматься решение об установлении той или иной коллизионной привязки¹. Такие принципы было предложено именовать *принципами формирования содержания коллизионных норм*, или *коллизионными принципами*.

41 Наиболее значимое признание назначения принципов можно найти в ст. 38 Статута международного суда (Сан-Франциско, 26 июня 1945 г.)², которая включает «общепризнанные принципы права цивилизованных народов» в число источников, к которым суд может прибегнуть. Как указывают некоторые авторы, «такое

¹ Dolinger J. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 2000. Т. 283. The Hague; Boston; London; Ходыкин Р.М. Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве: Дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

² Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных СССР с иностранными государствами. Вып. XII. М., 1956. С. 47–63.

признание общепризнанных принципов права есть отражение роли этих принципов в области международного публичного, международного частного права и любой другой транснациональной отрасли, которая подпадет или нет под юрисдикцию международного суда»¹.

Под принципами формирования содержания коллизионных норм понимаются определенные, относительно устойчивые начала создания, функционирования и развития коллизионных норм, каковые в силу высшей императивности должны направлять процесс улучшения коллизионного регулирования различных отношений с иностранным элементом с целью локализации таких отношений в рамках правовой системы, наилучшим образом обеспечивающей реализацию прав и законных интересов всех сторон правоотношения. Такие принципы способствуют созданию целостной связи между факторами, понятиями, законами и теориями международного частного права и могут проверяться практикой. 42

В отличие от общих принципов права коллизионные принципы имеют специфическое применение, поскольку выходят за рамки одной правовой системы, что проявляется в следующем: 43

а) коллизионные принципы носят универсальный характер, т.е. их следует выявлять, используя глобальный подход. Поэтому коллизионные принципы должны обеспечивать целостную связь между факторами, понятиями, законами и теориями различных правопорядков, а не только правопорядка страны законодателя или правоприменителя, и их нужно устанавливать на основе проверяемости практикой в различных государствах;

б) коллизионные принципы направлены на локализацию отношений сторон в том правопорядке, который наилучшим образом обеспечит реализацию прав и законных интересов всех сторон правоотношения.

Принципы формирования содержания коллизионных норм должны иметь практическое применение. Как любые правовые принципы, они являются основополагающим началом, ориентиром для законодателя при создании нормы и для судьи – при ее толковании². 44

Указанные варианты применения принципов, отражающие их значение для правовой науки, имеют особую значимость в МЧП. 45

¹ *Dolinger J.* Op. cit. P. 210–211.

² См. подробнее: *Ходыкин Р.М.* Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве. С. 10–11.

Традиционно МЧП в различных правовых системах развивалось по-разному, а именно: в Великобритании все международное частное право получило развитие в общем праве, т.е. нашло закрепление в судебных прецедентах и до недавнего времени не было кодифицировано. Такой подход к развитию МЧП распространился и на колонии английской короны, и сейчас этот подход можно отыскать практически во всех странах, относящихся к англо-американской правовой семье. С другой стороны, в странах континентальной системы права нормы о МЧП изначально были кодифицированы. В настоящее время статутное и общее право более сближаются, в первую очередь благодаря современной тенденции установления «гибких» коллизионных предписаний: они позволяют снизить до минимума такой порок статутного права, как трудность его изменения и приспособления к целям современной жизни. Теперь же, установив «гибкие» коллизионные нормы, законодатель фактически возложил часть своих функций на судью, наделив его правом локализовать правоотношение с учетом всех обстоятельств дела¹.

46 Таким образом, принципы должны применяться не только в процессе толкования, но и при создании коллизионных норм законодателем, в том числе при установлении новой нормы судьей в англо-американской системе права.

47 Отрицание принципов может привести к хаосу, ибо законодатель будет устанавливать нормы субъективно или в интересах отдельных групп. В этой связи очень важным представляется разработать детальные и объективные правила о коллизионных принципах, которые бы смогли стать «мерилом» любой нормы и дать ответ на вопрос, какая коллизионная норма должна быть установлена для регулирования той или иной ситуации. Объективный тест поможет разрешить многие антиномии противоречия МЧП, в частности: какой закон должен применяться для определения личного статута – *lex domicilii* или *lex patriae*? каким законом следует регулировать личный статут юридического лица? Подобные вопросы обязательно возникают при принятии актов по международному частному праву, и примеров тому множество.

48 Представляется необходимым выделить следующие три коллизионных принципа: 1) защиты прав человека; 2) наиболее тесной связи и 3) стремления к унификации.

¹ *Morse C.G.J. Making English Private International Law // Reform and Development of Private International Law: Essays in Honour of Sir Peter North / Ed. by J. Fawcett. Oxford University Press, 2002. P. 288–289.*

Защита прав человека как принцип формирования содержания коллизионных норм. Значимость принципа защиты прав и основных свобод человека на протяжении XX–XXI вв. неуклонно возрастает. Несомненно, знаковым событием стало принятие ряда международных соглашений, таких как: Всеобщая декларация прав человека (принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН 10 декабря 1948 г.); Пакт об экономических, социальных и культурных правах (1966 г.), Пакт о гражданских и политических правах (1966 г.) и т.д. Этот принцип является основополагающим и межотраслевым, однако он имеет специфику влияния на процесс формирования содержания коллизионных норм. 49

Принцип защиты прав человека тесно связан со средневековой теорией естественного права¹. Теория естественного права выдвигала тезис, что наряду с писаным правом есть высшее право, которое происходит из человеческой природы и потому обладает наивысшей юридической силой – *lex iniusta non est lex* (несправедливое право не является правом)². Этот тезис Святого Августина очень близок идее прав человека, ибо последнее как раз и объявляет недействительными все законы, которые противоречат фундаментальным правам. 50

Хотя защита основных прав человека является общеотраслевым принципом, он имеет непосредственное применение в сфере МЧП. 51

Особенно наглядно влияние этого принципа проявилось в изменении коллизионных норм, касающихся личного закона замужних женщин. В соответствии с господствующими до середины XX в. включительно воззрениями оседлость брака, равно как и личный закон жены, определялись по месту, где был домицилирован муж, который во все времена и в соответствии с законами всех наций признавался главой семьи³. Такое правило, очевидно, ставило мужчин и женщин в неравное положение, что и повлекло за собой необходимость изменения коллизионных норм во многих государствах таким образом, чтобы личный закон определялся одинаково в отношении обоих супругов. 52

¹ *Macfarlane L.J.* The Theory and Practice of Human Rights. London, 1985. P. 5; Human Rights Law and Practice / Eds. Lord Lester of Herne Hill, David Pannick. London, 1999. P. 1.

² *St Augustine.* On the Free Choice of the Will / Transl. A.S. Benjamin and L.H. Hackstaff. Indianapolis, 1964.

³ *Savigny F.K. von.* Private International Law. A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time. Translated with notes by W. Guthrie. Edinburgh; London, 1869. P. 240.

- 53 Реализация принципа защиты прав человека привела также к тому, что в делах о рабовладении суды отказывались применять коллизионные нормы о вещах к людям.
- 54 Таким образом, при установлении новых коллизионных норм или толковании существующих необходимо исходить из того, что коллизионные нормы не должны приводить к нарушению фундаментальных прав человека.
- 55 **Принцип наиболее тесной связи правоотношения с определенным правопорядком.** В литературе по МЧП единодушно отнесен к принципам формирования содержания коллизионных норм только один – принцип наиболее тесной связи с правоотношением¹. Значимость этого принципа в том, что он является специальным принципом МЧП и практически не применяется в других отраслях правовой науки.
- 56 В русской дореволюционной литературе профессор, барон Б.Э. Нольде писал: «Что означает собой всякая коллизионная норма? Ею выражается убеждение законодателя, что известное правоотношение ближе всего связано, по тем или другим соображениям, с известной иностранной системой гражданского права; когда коллизионная норма говорит, например, что дееспособность определяется по национальному закону лица, то этим самым признается, что национальное законодательство лучше всех других может указать, когда лицо делается способным к совершению правовых сделок»². В данном случае речь идет именно о принципе, поскольку предполагается, что такая связь учитывается законодателем при создании коллизионной нормы.
- 57 Учитывать наиболее тесную связь необходимо, что и делается в отечественной литературе для обоснования целесообразности или нецелесообразности применения того или иного коллизионного критерия³. Подход этот повсеместен. Например, французский

¹ См., например: Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 147–148, 151–153, 391; *Paane L.* Международное частное право / Сокр. пер. с 4-го нем. изд.; Под ред. и с предисл. Л.А. Лунца. М., 1960. С. 44–47; *Нольде Б.Э.* Очерк международного частного права // *Лист Ф.* Международное право в систематическом изложении / Пер. под ред. В.Э. Грабаря. Юрьев, 1909. С. 477–478; *Bernard Audit.* Droit International prive. Economica. Paris, 1997. P. 159 и др.

² *Нольде Б.Э.* Указ. соч. С. 477–478.

³ См., например: Международное частное право: современные проблемы. С. 147–148, 151–153, 391; Проект закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе // *Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву.* М., 1991. С. 137.

ученый Бернар Оди указывает: «Сущностью коллизионной нормы является кристаллизация в выбранной привязке соответствующего элемента, в результате чего применялось бы право, с которым ситуация наиболее тесно и существенно связана»¹.

Принцип наиболее тесной связи (иногда именуемый «принцип близости», «центр тяжести» и т.п.) воплощает в себе определенное внутреннее единство элементов и обладает признаком относительной устойчивости. Внутреннее единство проявляется в том, что этот принцип обосновывает целесообразность любой коллизионной нормы путем выявления правопорядка, с которым отношения подобного рода наиболее тесно связаны. Известный еще с XIX в., он обладает признаком относительной устойчивости. Кроме того, этот принцип проверен практикой, ибо в течение десятилетий в разных странах коллизионные нормы устанавливаются исходя из предположения, что данная норма предусматривает применение того правопорядка, который наиболее тесно связан с данным конкретным правоотношением.

Все сказанное подтверждает необходимость учета этого коллизионного принципа при создании и толковании коллизионных норм.

Стремление к унификации коллизионных норм. Еще одним коллизионным принципом можно считать принцип стремления к унификации коллизионных норм.

В литературе по международному частному праву отмечается четко прослеживаемая тенденция к сближению коллизионных норм. Для такого сближения используются различные термины, например «унификация», «гармонизация», кроме того, в последнее время часто используется собирательный термин «сближение законодательств» (*approximation of laws*). В настоящем разделе, с достаточной долей условности, будут рассмотрены все эти термины как выражающие суть одного явления – сближения коллизионных норм.

Число сторонников сближения законодательств, в том числе установления одинаковых коллизионных норм, традиционно велико. Нельзя обойти стороной работу талантливого дореволюционного российского ученого М.И. Бруна, который писал: «Единство коллизионных норм одно удовлетворяет высшим целям права, осуществлению на земле справедливости; как ни скромна та лепта, которую наука международного частного права вносит в сокровищницу мирового человеческого духа, но заслуга ее в том, что она всегда поддерживает стремление к этой конечной цели пра-

¹ *Bernard Audit. Droit International prive. Economica. § 182.*

ва, и поддерживает именно тем, что выясняется важность единого международного частного права»¹.

63 Факт достаточно широкого распространения унифицированных юридических инструментов, таких как Римская конвенция 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, или Гаагская конвенция 1955 г. о праве, применимом к международной купле-продаже, свидетельствует о том, что государства и коммерсанты позитивно воспринимают идею коллизионной унификации и считают, что унификация перевешивает преимущества разнообразия в правовых системах².

64 Значение сближения коллизионных норм нельзя недооценивать. Во все времена главной задачей международного частного права была защита сторон в обязательстве. Наибольшим «злом» в МЧП являются так называемые хромящие отношения, т.е. отношения, формально действительные в одном государстве и недействительные по законам другого. Подобная ситуация не может удовлетворять ни доктрину, ни правоприменительную практику, и главной задачей сближения законодательств является регулирование коллизионных вопросов таким образом, чтобы отношения сторон были признаны действительными повсеместно.

65 Следует также обратить внимание на то, что идея всеобщего МЧП, скорее всего, утопическая, ибо всегда найдутся нации, которые поставят на первое место свои оригинальные правовые традиции. Проявление такой антиномии уже прослеживается в невозможности государств достичь единообразия в вопросе о личном законе физических лиц и с меньшей остротой – о личном законе лиц юридических, однако стремление к единообразному коллизионному регулированию сохраняется. Составной частью принципа сближения коллизионных норм является «юридическая определенность», в состав которой входят такие факторы, как предсказуемость, защита оправданных ожиданий сторон и единообразии результатов. В таком виде принцип стремления к унификации обеспечивает целостную связь между факторами, входящими в его состав, что свидетельствует о наличии одного из признаков коллизионного принципа³.

¹ Брун М.И. Введение в международное частное право. Пг., 1915. С. 22.

² Wagner G. Transaction Costs, Choice of Law and Uniform Contract Law // Материалы конгресса, посвященного 40-летию ЮНСИТРАЛ, см. на сайте: www.uncitral.org/uncitral/en/about/congresspapers.html (на 15 декабря 2007 г.).

³ См. подробнее: Ходыкин Р.М. Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве. С. 82–84.

Кроме указания в научной литературе принцип стремления к унификации встречается в преамбулах многих международных конвенций¹, причем это единственный принцип, широко представленный в преамбулах. 66

Практическая реализация этого принципа проявляется в том, что а) национальный законодатель, устанавливая коллизионные нормы, как правило, стремится к установлению унифицированных коллизионных норм; б) судьи, арбитры и практикующие юристы при толковании коллизионных норм зачастую используют толкование норм, которые послужили материалом для рецепции. Особенно это характерно для вновь созданной коллизионной нормы, не имеющей аналогов в истории данного национального законодательства. 67

Интересно отметить, что разработчики проекта закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе в основном объясняли необходимость установления той или иной коллизионной нормы ссылками на аналогичные предписания в зарубежных странах, т.е. использовали принцип стремления к унификации, в то время как ссылка на принцип наиболее тесной связи упоминается лишь однажды – в комментарии к ст. 38². 68

Несомненно, рассматриваемый принцип внутренне согласован, обеспечивает целостную связь между понятиями и элементами, а также направляет процесс создания и толкования коллизионных норм. Поэтому его также необходимо учитывать при создании или толковании коллизионных норм. 69

Критерий наиболее тесной связи в МЧП. Одной из основных задач международного частного права является определение того правопорядка, который следует применять при разрешении спора. Как правило, выбор такого правопорядка осуществляется на основании коллизионной нормы – нормы, предусматривающей, какое право применимо к конкретному правоотношению. 70

¹ См.: Конвенция ЕС о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 19 июня 1980 г.); Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 22 декабря 1986 г.); Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров (движимых материальных вещей) (Гаага, 15 июня 1955 г.); Конвенция о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений (Гаага, 5 октября 1961 г.); Конвенция о праве, применимом к агентским договорам (Гаага, 14 марта 1978 г.), и др.

² См.: Проект закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе // Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. С. 137.

71 В новейшем российском законодательстве, регулирующем отношения в сфере международного частного права, особую роль занимает концепция «наиболее тесной связи», которая подразумевает определение применимого права не на основе жестких правил, а индивидуально в каждом деле с учетом того, к какому правопорядку спорное правоотношение «тяготеет».

72 Эта концепция не только находит отражение в нормах специальной части МЧП, но и закрепляется в качестве общего коллизионного начала в ст. 1186 ГК РФ, которая изложена следующим образом:

«1. Право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо гражданско-правовым отношениям, осложненным иным иностранным элементом, в том числе в случаях, когда объект гражданских прав находится за границей, определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса, других законов (пункт 2 статьи 3) и обычаев, признаваемых в Российской Федерации.

Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже.

2. Если в соответствии с пунктом 1 настоящей статьи невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано».

73 В разных странах и международных конвенциях встречаются различные наименования этой концепции: наиболее тесная связь, наиболее существенная связь, наиболее прочная связь, принцип близости, «оседлость» правоотношения, но все они имеют одинаковое содержание – при определении применимого права необходимо исходить из предпосылки, что правоотношение с иностранным элементом должно регулироваться именно тем правопорядком, с которым оно больше (теснее) всего связано.

74 В литературе подобные коллизионные правила получили название «гибких» коллизионных норм в противовес «жестким», которые устанавливают четкий и однозначный критерий определения применимого права (например, *lex venditoris* – закон страны продавца или *lex loci contractus* – место заключения договора).

75 Различными терминами выражается лишь основополагающая идея связи между правом и фактическим составом отношения, которое оно должно урегулировать. Краткие формулировки, дающие возможности для широкого судебного усмотрения, такие как

«право страны, с которой договор наиболее тесно связан», со временем «обрастают» судебной практикой – складываются определенные подходы и презумпции к применению таких концепций в различных обстоятельствах. Такие устоявшиеся подходы и презумпции в некоторых случаях дезавуируют саму идею теснейшей связи, что заставляет отдельные страны уходить от презумпций и настаивать на применении именно основополагающего принципа. Так произошло в Австрии при разработке Закона о международном частном праве 1978 г. В первоначальный проект, подготовленный Министерством юстиции, была включена формула регулирования отношений «наиболее тесно связанным правом». Но после обсуждения было решено заменить эту формулу термином «наиболее прочная связь» (*strongest connection*), при этом целью такого изменения являлась следующая: «...чтобы уменьшить сходство с классической доктриной и дать возможность для развития современных идей»¹. Поэтому в данном разделе термин «наиболее тесная связь» используется как собирательный, под которым понимаются все проявления общей концепции связи правоотношения с правом одной или нескольких стран, претендующих на регулирование этих отношений.

Критерий наиболее тесной связи был присущ коллизионному праву на протяжении многих столетий. Еще в работах статутариев указывалось на связь личных и вещных статутос с определенным лицом или вещью. Однако свое более позднее и детальное развитие этот принцип получает в трудах выдающегося немецкого ученого, основателя исторической школы права Ф.К. фон Савиньи, а также в судебной практике английских судов.

Ф.К. Савиньи уже в XIX в. предлагал применять гибкий подход к определению применимого права и всегда искать оседлость (*seat*) правоотношения². Однако континентальное право в отличие от общего шло по пути применения «жестких» коллизионных норм независимо от элементов правоотношения, подлежащего локализации.

Считается, что взгляды Савиньи были развиты **Джоном Уэстлейком**, который впервые употребил современный термин «наиболее тесная связь» и ввел в юридический обиход выражение «право, свойственное [договору]» (*proper law*). Но сам Уэстлейк утвержда-

¹ The Austrian Codification of Conflict Law / Prepared by Dr. Edith Palmer. Washington, 1978. P. 16–17.

² *Savigny F.K. von. Op. cit.* P. 15.

ет, что свои выводы он сделал путем скрупулезного анализа английских прецедентов по вопросам конфликта законов¹. Ценность работы Уэстлейка в другом – он был первым английским ученым, который опубликовал целостное учение о международном частном праве, влияние которого на судебную практику прослеживается и сегодня².

79 Уэстлейк использует термин «наиболее тесная связь» для обоснования применения того или иного права, причем он формулирует принципы применения иностранного права. В то время английские суды применяли право, выбранное сторонами, а если стороны не делали такой выбор, они применяли критерий «разумного человека», т.е. определяли право, которое бы избрали разумные стороны, будь они поставлены в такое же положение (при этом во многих случаях английские суды приходили к выводу, что «разумный человек» выбрал бы именно английское право).

80 Особенность теории Уэстлейка состоит в том, что он дал оценку суждениям, содержащимся в английских прецедентах, и указал, что, несмотря на такую терминологию, фактически суд применяет не право, которое бы выбрала разумная сторона, а право, наиболее тесно связанное с отношением, подлежащим урегулированию. Этот вывод он обосновал тем, что позитивное право одной страны может регулировать отношения с иностранным элементом само по себе, а не как право, выражающее команды (волю) сторон³.

81 Между тем понадобилось еще много времени, чтобы английская доктрина и судебная практика признали критерий наиболее тесной связи как основной для разрешения споров с иностранным элементом. Долгое время они продолжали определять применимое право на основе предполагаемой воли сторон правоотношения.

82 Одним из наиболее авторитетных прецедентов в Англии по вопросам применимого права считается дело *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders Aktiengesellschaft Respondents*⁴. Обстоятельства дела таковы: английским правительством был выпущен государственный заем, договор займа заключался

¹ Westlake J. A Treatise on Private International Law or the Conflict of Laws. London, 1858. P. iii.

² Morse C.G.J. Making English Private International Law // Reform and Development of Private International Law. Essays in Honour of Sir Peter North / Ed. by J. Fawcett. Oxford University Press, 2002. P. 276–277.

³ Westlake J. Op. cit. P. 152.

⁴ [1937] A.C. 500.

в США, выпуск облигаций займа происходил в США в офисе американской фирмы J.P. Morgan&Co, деньги занимались в долларах, и если бы облигации займа подлежали передаче, то они должны были регистрироваться в США и передаваться в США. Заем подлежал исполнению в США, кроме того, этот заем был обеспечен залогом в США.

Задачей английского суда было определить предполагаемое намерение сторон относительно применимого права. Как указал лорд Аткин, «подход английских судов по вопросам применимого права не разрешен однозначно. Это право, которое стороны намеревались применить. Их намерения устанавливаются из выражения воли о выборе применимого права в договоре; если в договоре нет ярко выраженной воли по этому вопросу, суд презюмирует намерение сторон из положений договора и иных окружающих обстоятельств. Для решения вопроса о применимом праве суд принимает во внимание конкретные факты и условия, которые ведут к предположению, а в некоторых случаях к решающему предположению, о применении определенного права к намерениям сторон: например, место заключения договора, место исполнения договора, в договорах, относящихся к недвижимости, – место ее нахождения, флаг, под которым судно плавает и чьи товары должны перевозиться по договору. Между тем все эти аргументы могут быть преодолены контрсоображениями, как бы тяжело не было их найти». При таких обстоятельствах можно говорить, что намерением сторон могло быть регулирование отношений по займу правом США или правом штата Нью-Йорк, поскольку большинство элементов правоотношения были сосредоточены именно в этом штате. Однако судья первой инстанции и судьи апелляционного суда пришли к выводу, что отношения должны регулироваться правом Англии по общему принципу: если правительство выпускает облигации государственного займа в иностранном государстве, то действует исключение из общего правила, и заем регулируется правом страны этого правительства, а не правом, которое обычно регулирует отношения между частными лицами, мотивируя это тем, что если государство продает облигации в разных странах, то это не значит, что в намерение сторон входило регулирование одного и того же обязательства различными законами, – контракт должен регулироваться как единое целое; этот подход подтверждается тем, что нельзя без согласия государства предъявить к нему иск в иностранном суде.

84 Палата лордов отменила решения нижестоящих судов и пришла к выводу о применении права штата Нью-Йорк, США. В выводах лорда Аткина указывалось, что все обстоятельства дела (место выпуска облигаций, валюта платежа, обеспечение платежа американской фирмой, возможность исполнения залога американским судом, вероятность того, что американские юристы консультировали стороны) свидетельствуют о намерении сторон подчинить свои отношения американскому праву.

85 В связи с этим могут возникнуть только два контраргумента: само участие иностранного государства в лице правительства Великобритании и оговорка в облигациях, что с полученных сумм не взимаются налоги по английскому праву. Как мы видим, процесс поиска применимого права действительно весьма близок к применению критерия наиболее тесной связи, но при этом суды оперируют подразумеваемым намерением сторон.

86 Следует отметить, что мнения судей при коллегиальном рассмотрении дела довольно часто расходятся, как это произошло в деле *Amin Rasheed Shipping Corporation v. Kuwait Insurance Co* (1984)¹, когда все лорды единогласно пришли к мнению о применении к регулированию отношений английского права, при этом лорды Диплок, Роскилл, Брэндон, Оакбрук и Брайтман пришли к такому выводу по презумпции намерения сторон, а лорд Уилберфорс считал, что английское право наиболее тесно связано с регулированием отношений сторон. Именно мнение последнего представляет особый интерес для развития концепции наиболее тесной связи. Так, лорд Уилберфорс указывал, что необходимо различать две ситуации: ситуацию, когда возможно делать вывод о взаимном намерении сторон, и ситуацию, когда такой вывод недопустим и необходимо установить правовую систему, с которой контракт имеет наиболее тесную связь².

87 Хотя в литературе указывается, что идея, идентичная концепции наиболее тесной связи, ранее использовалась в форме объективного презюмируемого намерения³, подлинная концепция наиболее тесной связи была воплощена лишь в 1950 г. в решении Тайного совета⁴ по делу *Bonython v. Commonwealth of Australia*

¹ А.С. 50.

² А.С. 69.

³ *Dicey and Morris on Conflict of Laws*. 13-th ed. Vol. 2. London, 2000. P. 1197.

⁴ Тайный совет (*Privy Council*) – инстанция в палате лордов, которая рассматривала апелляции на решения судов британских заморских владений.

(1951)¹, в котором устанавливался объективный критерий определения применимого права без учета подразумеваемого намерения сторон.

В рассматриваемом деле встал вопрос о том, каким правом – правом Англии и Уэльса или правом Квинсленда – должны регулироваться отношения по займу. Новое правило звучало следующим образом: «Существо обязательства... должно определяться по праву, свойственному договору, т.е. по системе права, на которую сделана ссылка в контракте *или с которой сделка имеет наиболее тесную и реальную связь* (выделено нами. – Авт.). Принимая во внимание, что в контракте не было прямо определено право, свойственное договору, этот вопрос выводится из всех обстоятельств сделки».

Это решение стало настоящим переворотом в коллизионном праве Англии, поскольку позволяло сторонам использовать объективный критерий для определения наиболее тесной связи, что привело к большей гибкости всей концепции. Надо сказать, что такой «переворот» в стране к тому времени давно назрел: практически все английские суды оперировали критерием наиболее тесной связи, но непосредственное применение этого критерия становится юридически обязательным только с принятием решения Тайным советом в 1950 г.

Нельзя не отметить, что установление означенного прецедента не устранило необходимости определять подразумеваемую волю сторон. Тем более что во многих современных актах указывается, что выбор права сторонами договора может не только явно и недвусмысленно устанавливаться в договоре, но и «вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела» (например, п. 2 ст. 3 Римской конвенции 1980 г., ч. 2 ст. 1210 ГК РФ). Таким образом, дело *Bonython v. Commonwealth of Australia* лишь предопределило, что, если отсутствуют доказательства о намерении сторон подчинить свои отношения определенному праву, необходимо применять объективный критерий для определения наиболее тесной связи.

Процесс поиска применимого права в Англии состоял из трех этапов (стадий): 1) определение явно выраженного намерения сторон о применимом праве; 2) при отсутствии явно выраженного выбора – изучение всех других элементов, которые могут свидетельствовать о намерении сторон; и только потом 3) привязка дого-

¹ А.С. 201, 219 (P.C.).

вора к системе права, с которой наличествует наиболее тесная и реальная связь¹. Однако в литературе указывается, что на практике результат применения второй или третьей стадии в большинстве случаев одинаковый², поэтому зачастую суды переходят сразу от первой стадии к третьей для определения применимого права.

Так, в деле *Armadora Occidental S.A. v. Horace Mann Insurance Co* (1977)³ судья Керр определил применимое право, опираясь на вторую стадию, а апелляционный суд оставил в силе решение, мотивируя вопрос о применимом праве на основании третьей стадии; в деле *Amin Rasheed* все лорды пришли к одинаковому выводу о применимом праве, причем лорд Уилберфорс руководствовался критерием, указанным в качестве третьей стадии, а все остальные лорды – критерием, указанным в качестве второй стадии.

92 Между тем такое отождествление второй и третьей стадии нельзя признать абсолютно правильным, поскольку при определении подразумеваемого намерения сторон необходимо исходить из предпосылки, что любое соглашение есть совпадение воли контрагентов по существенным условиям. Если стороны не достигли соглашения, то нельзя говорить о подразумеваемом намерении сторон и необходимо применять объективный критерий, указанный как третья стадия выбора применимого права. Кроме того, как указано выше, поиск намерения сторон там, где его нет, может привести к применению права иного, чем наиболее тесно связанного с договором, и потому дезавуировать саму концепцию наиболее тесной связи.

93 В США доктрина наиболее тесной связи получает развитие в концепциях «наиболее значимых контактов» (*significant contacts*), «группируемых контактов» (*grouping of contacts*), «центра притяжения» (*center of gravity*). В чистом виде эти концепции при определении применимого права используются лишь в нескольких штатах, а именно: Индиана, Северная Дакота и Пуэрто-Рико – в деликтных обязательствах; Арканзас, Индиана, Невада, Северная Каролина и Пуэрто-Рико – в договорных отношениях⁴. Однако, как указы-

¹ *Amin Rasheed Shipping Corp v. Kuwait Insurance Co* [1984] A.C. 50, 61 per Lord Diplock; *Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd. v. James Miller & Partners Ltd* [1970] A.C. 583, 611 per Viscount Dalhorne; *Coast Lines Ltd. v. Hudig & Veder Chartering N.V.* [1972] 2 Q.B. 34, 46 per Megaw L.J.; и др.

² *Dacey and Morris*. Op. cit. Vol. 2. P. 1197.

³ [1977] 1 W.L.R. 520.

⁴ *Conflict of Laws / By E.F. Scoles, P. Hay, P.J. Borchers, S.C. Symeondies*. 3-rd ed. St. Paul (Minn.), 2000. P. 95.

вается в американской литературе, суды «обычно используют для определения применимого права те же контакты, что перечислены во Втором Своде [законов о международном частном праве США 1971 г.]»¹. Поэтому при анализе концепции наиболее тесной связи необходимо обращаться к предписаниям этого Свода о международном частном праве США.

Параграф 6 Свода законов о международном частном праве США 1971 г. указывает на следующие элементы, которые необходимо принимать во внимание при определении применимого права: 94

«Принципы выбора применимого права

1. Суд в соответствии с конституционными ограничениями следует законному установлению своего штата в отношении выбора права.
2. Если такое законное установление отсутствует, то при определении применимого права учитываются следующие факторы:
 - a) интересы междуштатной и международной систем;
 - b) «политики»² суда;
 - c) «политики» штатов, имеющих интерес и интересы этих штатов в решении вопроса определенным образом;
 - d) защита оправданных ожиданий сторон;
 - e) основные принципы, лежащие в основе конкретной области права;
 - f) определенность, предсказуемость и единообразие результатов;
 - g) легкость определения и применения выбранного права»³.

Кроме того, § 188 Свода, именуемый «Регулирующее право при отсутствии эффективного выбора сторонами», специально выделяет и факторы, которые должны приниматься во внимание при локализации договоров. Параграф 188 изложен в Своде следующим образом: 95

1. Права и обязанности сторон по договорному вопросу определяются по праву штата, который, с учетом этого вопроса, имеет наиболее значимую связь с сделкой и сторонами в соответствии с принципами, установленными в § 6.
2. При отсутствии эффективного выбора права сторонами (см. § 187) для применения принципов § 6 должны быть приняты во внимание контакты для определения применимого права, включая:

¹ Conflict of Laws / By E.F. Scoles, P. Hay, P.J. Borchers, S.C. Symeondies. 3-rd ed. St. Paul (Minn.), 2000. P. 95.

² Термин «policies», использованный в Своде, не имеет адекватного эквивалента в российском праве, может переводиться как «интересы», «политики», «основы» и означает основы правового и государственного устройства, которые должны приниматься во внимание при локализации отношения с иностранным элементом. Автор считает возможным использовать перевод «политики», полагая, что он наиболее полно отражает смысл этих норм в американской юриспруденции, хотя это и небесспорно.

³ Restatement of the Law, Second. Vol. 1, §1–221. St. Paul (Minn.), 1971. P. 10.

- a) место заключения договора;
- b) место проведения переговоров по договору;
- c) место исполнения;
- d) местонахождение предмета договора и
- e) домицилий, местожительство, гражданство, место инкорпорации и место осуществления деловых операций сторонами¹.

Эти контакты должны быть оценены в соответствии с их важностью по отношению к конкретному вопросу.

3. Если место проведения переговоров по договору и место исполнения находятся в одном штате, обычно применяется право этого штата, если иное не предусмотрено в § 189–199 и 2032².

96 Таким образом, при отсутствии ярко выраженного или подразумеваемого выбора права сторонами должно применяться право, объективно имеющее наиболее тесную связь со сделкой. При определении такой связи, в частности, могут учитываться факторы, перечисленные в § 6, 188 Свода законов о международном частном праве США.

97 **Концепция наиболее тесной связи в международных коллизионных конвенциях и российском праве.** Революционной ступенью в развитии концепции наиболее тесной связи стало, безусловно, включение ее в ряд многосторонних коллизионных конвенций, таких как Римская конвенция 1980 г., Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным договорам (заключена в Мехико 17 марта 1994 г.). Концепция наиболее тесной связи была инкорпорирована в текст ст. 4 Римской конвенции 1980 г. «Применимое право при отсутствии выбора» и включала в себя следующие положения:

«1. В той мере, в какой право, применимое к договору, не было избрано сторонами в соответствии со ст. 3 [Римской конвенции], договор регулируется правом государства, с которым он имеет наиболее тесную связь...

3. Без ущерба для применения § 5 настоящей статьи презюмируется, что договор имеет наиболее тесную связь со страной, в которой сторона, осуществляющая исполнение, являющееся характерным для данного договора, имеет в момент заключения договора свое обычное местожительство или находится административный центр корпоративной или единоличной организации. Однако если договор заключается в рамках обычной торговой или профессиональной деятельности такой стороны, то такой страной будет являться страна местонахождения ее основного коммерческого предприятия, а если, согласно условиям договора, его исполнение должно осуществляться в ином месте,

¹ Термин *place of business*, который в оригинальном переводе означает «место осуществления деловых операций», в отечественном законодательстве традиционно переводится как «место нахождения коммерческого предприятия».

² Restatement of the Law. P. 575.

нежели местонахождение ее основного коммерческого предприятия, – страна местонахождения такого иного места.

< ... >

5. При невозможности определения места характерного исполнения § 2 не применяется; кроме того, если из обстоятельств дела в целом явствует, что договор имеет наиболее тесную связь с иной страной, то не применяются правила § 2, 3 и 4»¹.

Эта норма была имплементирована в законодательство всех стран ЕС, в частности в Англии – Законом о договорах (применимое право) 1990 г. (*Contracts (Applicable Law) Act 1990*), в Австрии – законом внесены изменения в Федеральный закон о международном частном праве 1978 г. и т.д. Таким образом, действие нормы Римской конвенции имеет место практически на всей территории ЕС. 98

Римская конвенция 1980 г. была заменена Регламентом ЕС № 593/2008 от 17 июня 2008 г. о праве, применимом к договорным обязательствам («Рим I»)². 99

Регламент «Рим I» ослабил значение концепции тесной связи. В частности, в отличие от Римской конвенции 1980 г. ст. 4 Регламента «Рим I» в качестве основного коллизионного начала закрепляет концепцию решающего исполнения, в то время как концепция наиболее тесной связи носит лишь субсидиарный характер и подлежит применению в ситуации, когда право не может быть определено по правилам решающего исполнения (например, в договоре мены) или когда договор очевидно более тесно связан с иной страной, нежели страна места жительства или места нахождения стороны, которая осуществляет решающее исполнение. 100

В российском праве концепция наиболее тесной связи появляется в сравнительно поздних законопроектах. В проекте части третьей ГК РФ от 30 ноября 1996 г. концепция наиболее тесной связи в основном носила субсидиарный характер. Так, в ст. 1255 проекта (теперь это ст. 1211) ГК РФ устанавливалась общая концепция решающего исполнения, и лишь при невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, в силу ч. 4 ст. 1255 проекта ГК РФ должно было применяться право страны, с которой договор наиболее тесно связан. 101

¹ Текст Конвенции на русском языке см.: *Вилкова Н.Г.* Договорное право в международном обороте. М., 2002. С. 454–466.

² Official Journal of the European Union. 4 June 2008. P. L 177/6–L 177-16. См. подробнее о принятии Регламента «Рим I»: *Асосков А.В.* Право, применимое к договорным обязательствам: Европейская реформа и международное частное право // Вестник гражданского права. 2009. № 9. С. 144–187.

- 102 Надо сказать, что теперь весьма похожий подход отражен в ст. Регламента «Рим I», с той лишь разницей, что наиболее тесно связанное право также подлежит применению в ситуации, когда несмотря на презумпцию решающего исполнения из всех обстоятельств дела следует, что договор явно связан с правом иной страны, нежели страны места жительства или места нахождения стороны, которая осуществляет решающее исполнение.
- 103 В последующем принцип наиболее тесной связи получил большую значимость в ГК РФ и применяется как общая норма в ст. 1186 ГК РФ и в качестве генерального коллизионного начала к регулированию отдельных видов отношений: ст. 1211, 1213 ГК РФ.
- 104 Статья 1211 ГК РФ посвящена определению применимого права при отсутствии соглашения сторон.
- 105 Статья 1211 ГК РФ фактически закрепила следующий порядок определения права, применимого к договорам:
- в ч. 1 ст. 1211 ГК РФ закрепляется генеральная норма, предусматривающая, что договор должен регулироваться правом, с которым он наиболее тесно связан;
 - далее, в ч. 2 ст. 1211 ГК РФ закрепляется генеральная презумпция о том, что договор считается наиболее тесно связанным с правом той стороны по договору, которая осуществляет решающее исполнение;
 - в ч. 3 ст. 1211 ГК РФ раскрывается, какая сторона по умолчанию осуществляет решающее исполнение в зависимости от вида договора, например, устанавливается, что в договоре купли-продажи решающее исполнение осуществляет продавец, в договоре перевозки – перевозчик и т.д.
- 106 Между тем все установленные в данной статье презумпции являются опровержимыми. Так, законодатель установил в ст. 1211 ГК РФ, что они применяются, «если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела».
- 107 Как видно из текста ст. 1211 ГК РФ, эта норма представляет собой конвергенцию двух подходов – наиболее тесной связи и решающего исполнения.
- 108 Несмотря на то, что при разработке ст. 4 Римской конвенции 1980 г. за основу была взята английская концепция наиболее тесной связи, понадобилось много времени, чтобы эта Конвенция распространила свое действие на территорию Британских островов. Концепция, изложенная в ст. 4 Римской конвенции, встретила

резкую критику в юридических кругах Великобритании, а многие ученые, среди которых были и члены палаты лордов, указывали, что между концепцией наиболее тесной связи, выработанной английской судебной практикой, и концепцией ст. 4 Римской конвенции практически нет ничего общего¹! Противники присоединения к Римской конвенции указывали на следующие отличия традиционной и конвенционной моделей наиболее тесной связи.

Во-первых, текст Конвенции закрепил, что контракт должен регулироваться правом страны, с которой этот *договор* наиболее тесно связан, в то время как английское общее право определяло применимое право по формуле «с которым *сделка* имеет наиболее тесную и реальную связь»². Ключевым словом является слово «сделка», т.е. английская концепция предлагала учитывать не только сам договор, но и все значимые элементы, прямо к договору не относящиеся. Например, по договору международной купли-продажи флаг судна, на котором перевозится груз, будет иметь значение для определения применимого права в соответствии с традиционным общим правом и не будет иметь при буквальном толковании ст. 4 Римской конвенции, поскольку, строго говоря, к самому договору купли-продажи не относится. В терминологии российской доктрины гражданского права договор существует в трех сферах: договор как документ, договор как сделка и договор как правоотношение³. Английская доктрина исходила из того, что при определении наиболее тесной связи необходимо принимать во внимание все элементы, в том числе относящиеся и к договору-документу, и к договору-сделке, и к договору-правоотношению. Представляется, что такой подход наиболее полно отвечает концепции наиболее тесной связи и, следовательно, должен учитываться судами при толковании других документов, реципировавших модель ст. 4 Римской конвенции (например, ст. 1211 ГК РФ).

Во-вторых, в официальном комментарии к Римской конвенции профессоров М. Джулиано и П. Лагарда указывается, что при определении наиболее тесной связи могут также учитываться фак-

¹ *Morse C.G.J.* Op. cit. P. 286–287. См. подробнее: *Ходыкин Р.М.* История и развитие концепции наиболее тесной связи в международном частном праве // Право и международные экономические отношения: Сборник статей / Отв. ред. Н.Г. Доронина. М., 2005. С. 72–84.

² *Coast Lines Ltd v. Hudig&Veder Chartering N.V.* [1972] 2 Q.B. 46. Per Lord Megaw.

³ См.: *Брагинский М.И., Витрянский В.В.* Договорное право. Кн. 1: Общие положения. 2-е изд., испр. М., 2001. С. 14–20.

торы, которые произошли после заключения договора, в то время как позиция английского права прямо противоположна – суды не могут использовать последующее поведение сторон как цель в толковании договора, за исключением доказательств изменения договора или заключения нового соглашения¹.

111 Но, так или иначе, в 1990 г. был принят закон о договорах (применимое право), а Римская конвенция 1980 г. распространила действие и на Англию. Это означало, что правила, выработанные английской судебной практикой, подлежали некоторой корректировке с учетом положений Конвенции.

112 Что же касается концепции решающего (характерного) исполнения, она была одним из наиболее превалирующих подходов для определения права, применимого к договорным обязательствам в Европе во время разработки Римской конвенции, именно поэтому она и была включена как генеральная презумпция наиболее тесной связи в ст. 4 Римской конвенции и позже была рецепирована при разработке ст. 1211 ГК РФ.

113 Еще в русской дореволюционной литературе высказывалось весьма похожее мнение, что основное обязательство договора, составляющее его главное содержание, должно служить признаком, определяющим принадлежность договора к той или иной гражданской сфере, причем указывалось, что в этом случае договор имеет наиболее реальную связь с этой страной. Концепция решающего исполнения рассматривалась как разновидность привязки *lex loci solutionis* – закона места исполнения обязательства². Между тем в Римской конвенции отношения сторон привязываются к праву того государства, где находится сторона, осуществляющая решающее исполнение, в то время как Б.Э. Нольде предлагал привязывать отношения к праву страны, где такое исполнение осуществляется. В официальном комментарии к Римской конвенции 1980 г. профессор М. Джулиано указывает, что в рабочей группе также обсуждалась возможность принять привязку к месту самого исполнения, но в конечном итоге группа приняла решение о привязке статута договора к праву стороны договора, осуществляющей решающее исполнение³.

¹ James Miller & Partners Ltd v. Whitworth Street Estates (Manchester) Ltd [1970] A.C. 583, 603, 611, 614–615; Compagnie d'Armement Maritime SA v. Compagnie Tunisienne de Navigation SA [1971] AC 572, 602–8; см. также: *North P. Op. cit.* P. 39.

² См.: *Лист Ф.* Международное право в систематическом изложении / Пер. под ред. В.Э. Грабаря. С. 517.

³ *Guiliano M., Lagarde P. Op. cit.* P. 282/21.

При определении решающего исполнения необходимо учитывать, что в основном такое исполнение не может состоять в уплате денежной суммы по договору, ибо уплата денег характерна практически для всех договоров. Такое решение прямо закрепляется в законодательстве некоторых иностранных государств. Например, в Австрии до принятия изменений в Федеральный закон о международном частном праве 1978 г. договор считался подчиненным праву страны того из контрагентов, чье основное обязательство состоит не в уплате денежной суммы (§ 36)¹. 114

Интересно отметить, что в Межамериканской конвенции 1994 г. стороны отказались от установления каких бы то ни было презумпций (пусть даже опровержимых). Статья 9 Межамериканской конвенции прямо предусматривает, что суд обязан принять во внимание все объективные и субъективные элементы договора для определения права страны, с которой он имеет наиболее тесную связь. При этом комментаторы Межамериканской конвенции указывают на опасность установления презумпций, поскольку такие презумпции могут играть роль «разрушителя связи», в частности, они указывают: «Несмотря на то, что ст. 4 (2) [Римской конвенции] гласит о «презумпции», в действительности приписывание наиболее тесной связи государству исполняющей стороны имеет сходство с фикцией: вместо определения действительного «центра притяжения» договора ст. 4 (2) искусственно переносит вес на единственную коллизионную привязку»². 115

Как указано выше, презумпция решающего исполнения может быть опровергнута. Какие же факты могут свидетельствовать о том, что договор, несмотря на указание на решающее исполнение, более тесно связан с другой страной, в соответствии с п. 2–5 ст. 1211 ГК РФ или с п. 5 ст. 4 Римской конвенции? 116

Эти обстоятельства должны устанавливаться индивидуально в каждом конкретном деле. Так, английская доктрина МЧП указывает, что один из признаков, когда необходимо задуматься о неприменении презумпции решающего исполнения, – это когда место жительства (нахождения) стороны, осуществляющей решающее исполнение, и место осуществления такого исполнения не совпа- 117

¹ См.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 156–157.

² Juenger F.K. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons // The American Journal of Comparative Law. Vol. 42. 1994. P. 385.

дают. Другой вариант – когда в договоре решающее исполнение осуществляет иная сторона, нежели установленная в ч. 3 ст. 1211 ГК РФ, например, если в договоре купли-продажи все действия (упаковку, транспортировку, страхование, погрузку) осуществляет покупатель, в то время как продавец играет пассивную роль.

118 Так, при рассмотрении МКАС одного из споров, основанного на договоре купли-продажи, выяснилось, что товар, проданный зарубежной фирмой российской организации, был ею в свою очередь приобретен у другой российской организации (изготовителя) и отгружен изготовителем непосредственно покупателю (без вывоза товара за пределы России). С учетом также того, что контракт был заключен в России и расчеты за товар предусматривались в рублях в российском банке, состав арбитража признал применимым российское право, а не право страны продавца.

119 При определении наиболее тесной связи без учета презумпций необходимо учитывать следующие элементы: место решающего исполнения; место совершения акта (например, место заключения договора); место нахождения вещи; место проведения судебного или арбитражного разбирательства; флаг судна; место совершения внедоговорного действия; domicilio, национальность и местожительство физического лица; место инкорпорации, местонахождение административного центра и место осуществления основной деятельности юридического лица; политики (интересы) заинтересованных государств; право, способствующее действительности договора. Важность того или иного фактора устанавливается индивидуально в каждом конкретном деле с учетом характера отношений сторон и всех обстоятельств дела.

120 В то же время по общему правилу не следует считать решающими такие факторы, как страна, суд или арбитраж которой выбраны сторонами для рассмотрения спора; форма (проформа) документа; язык документа; валюта обязательства. Однако эти факторы могут учитываться при определении подразумеваемого намерения сторон подчинить отношения определенному правопорядку.

121 Наконец, немаловажно, что не только весь контракт может быть более тесно связан с правом иной страны, нежели установлено презумпциями, но и отдельная его часть.

4.3. «ПРЯМОЙ ПУТЬ» ОПРЕДЕЛЕНИЯ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА

«Прямой путь» определения применимого права – *voie directe* – 122 является относительно новым для современного международного частного права способом определения применимого права, используемым в международном коммерческом арбитраже.

Часто стороны, обращающиеся в арбитраж, сами определяют 123 право, применимое к их правоотношению. Проблема отыскания применимого права возникает в ситуации, где стороны не сделали этого или – редко – где в силу действия императивной нормы закона арбитры не могут принять во внимание такой выбор, сделанный сторонами.

Voie directe генетически связан с другим способом определе- 124 ния в арбитраже применимого права, который зовется «окольным путем» (*voie indirecte*). Один способ вырос из другого; внимательный взгляд обнаруживает, что между этими техниками определения применимого права нет четкой границы.

Решение коллизионных вопросов в арбитраже обладает рядом 125 существенных особенностей, обусловленных тем особым положением, в котором находятся арбитры международного коммерческого арбитража.

Положение это может быть описано, в частности, в терми- 126 нах концепции «делокализованного» («денационализированного») арбитража¹. В формировании и определении круга полномочий арбитража важнейшей является воля самих сторон спорного правоотношения. Арбитраж хотя и санкционирован государством как инструмент разрешения спора, но не создан им. Также и ни одна национальная правовая система не является для арбитров в международном коммерческом арбитраже определено «своей». Вследствие этого арбитраж не имеет и системы коллизионных норм, которые он, подобно государственному суду, будет непременно применять для решения вопроса о применимом праве. В современном праве почти повсеместно ни один свод коллизионного

¹ *Kessedjian Catherine*. Determination and Application of Relevant National and International Law and Rules // *Pervasive Problems in International Arbitration* / Loukas A. Mistelis and Julian D.M. Lew (eds.). Alphen aan den Rijn, 2006. P. 81. О теории «делокализации» («денационализации»), в частности, см.: *Sanders Pieter*. Quo Vadis Arbitration? Sixty Years of Arbitration Practice: a Comparative Study. The Hague [etc.], 1999. P. 248–250.

права не является обязательным для международного коммерческого арбитража, тогда как государственный суд, напротив, руководствуется почти исключительно своими собственными национальными коллизионными нормами и принципами – нормами *lex fori*. Все дело в том, что государственный суд, в отличие от арбитража, – прямое порождение воли государства и часть этого государства. В свете этого национальная принадлежность суда и его локализация не вызывают сомнений.

127 Как отмечает М.П. Бардина¹, такой анализ природы арбитража стал оказывать влияние на законодательное регулирование вопроса о выборе арбитрами применимого коллизионного права со времени принятия Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 21 апреля 1961 г.)². Пункт 1 ст. VII этой Конвенции освобождает арбитраж от применения коллизионных норм места его нахождения, предоставляя ему возможность основываться на коллизионных нормах, которые он сочтет применимыми. Последующее законодательство также следует этой концепции: Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже³ (ст. 28), английский Закон об арбитраже 1996 г. (п. 3 ст. 46)⁴.

128 Хотя в современном праве арбитры и не связаны в своем выборе коллизионных норм, на которые они будут опираться при определении применимого материального права, они, тем не менее, обычно избирают для этого коллизионные нормы юридического места арбитражного разбирательства. Именно такой путь решения вопроса об отыскании применимых коллизионных правил воспри-

¹ Бардина М.П. Определение применимых коллизионных норм в практике международного коммерческого арбитража // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. М., 2007. С. 28.

² Конвенция ратифицирована Указом Президиума Верховного Совета СССР от 14 мая 1962 г. № 67-VI (Ведомости Верховного Совета СССР. 1964. № 44. Ст. 485).

³ Принят ЮНСИТРАЛ 21 июня 1985 г. и рекомендован для учета всеми государствами при разработке или совершенствовании национального законодательства резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 11 декабря 1985 г. № 40/72. ЮНСИТРАЛ 7 июля 2006 г. приняла поправки к п. 2 ст. 1, ст. 7 и п. 2 ст. 35, а также новую гл. IVA взамен ст. 17 и новую ст. 2A, изменения рекомендованы к принятию резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 4 декабря 2006 г. № 61/33. В праве России Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» основан на тексте названного Типового закона ЮНСИТРАЛ.

⁴ Russell on Arbitration / 23-rd rev. ed. by David St John Sutton, Judith Gill, Matthew Gearing. London, 2007. P. 570.

нимается в качестве традиционного¹. Так, в частности, поступают и отечественные институционные коммерческие арбитражи².

Однако арбитры могут опираться и на иные коллизионные нормы или принципы. Это, умозрительно, могут быть коллизионные нормы права, тесно связанного с правоотношением, или коллизионные нормы правовой системы, хорошо известной арбитрам. Не исключено, что арбитры могут выбрать применимую коллизионную норму, руководствуясь иными мотивами.

Коллизионные нормы, которые применяются в арбитраже, не обязательно являются внутринациональными коллизионными нормами одного определенного государства. Арбитры могут пойти и по пути применения коллизионных норм, выведенных ими на основе сопоставления коллизионных норм, содержащихся в праве стран, связанных с правоотношением; арбитры могут попробовать опираться на свое понимание общих принципов коллизионного права, например на основе анализа соответствующих международных соглашений³.

Этот подход – *voie indirecte* – санкционирован арбитражными регламентами, в частности, отечественных международных коммерческих арбитражей: п. 1 § 26 Регламента Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ⁴, п. 1 § 20 Регламента Морской арбитражной комиссии при ТПП РФ⁵.

¹ *Lew Julian D.M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan M.* Comparative International Arbitration. The Hague, 2003. P. 428–429 (par. 17–51, 17–52).

² Из практики Морской арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате Российской Федерации. 1987–2005 годы / Под ред. С.Н. Лебедева, А.И. Лободы, Д.Б. Филимонова. М., 2009. Решения МАК по делам № 22/1986 (с. 66–70), № 77/1986 (с. 18–26), № 40/1994 (с. 348–361), № 17/2003 (с. 213–217); сборник «Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г.» (сост. М. Г. Розенберг. М., 2008) не содержит сведений о решениях, в которых применялись бы иностранные коллизионные нормы; во всех случаях арбитры применяли российские коллизионные нормы, содержащиеся как во внутреннем праве, так и в международных соглашениях России. М.П. Бардина отмечает, что «признание применимыми коллизионных норм страны местонахождения арбитража при свободном выборе коллизионных норм характерно для практики МКАС при ТПП РФ» (*Бардина М.П.* Указ. соч. С. 32).

³ *Lew Julian D.M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan M.* Op. cit. P. 432–433, par. 17–65, 17–66; *Poudret Jean-François, Besson Sébastien, Berti Stephen, Ponti Annette.* Comparative Law of International Arbitration. 2-nd ed. London, 2007. P. 584–585, par. 687. См. анализ в литературе этих вариантов в: Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration / Ed. by Emmanuel Gaillard and John Savage. The Hague, 1999. P. 871, par. 1546.

⁴ <http://www.tpprf-mkac.ru/en/2010-06-13-13-33-51/reglrus>, по состоянию на 1 сентября 2010 г.

⁵ <http://www.tpprf-arb.ru/ru/2010-01-13-20-23-47/makregl>, по состоянию на 1 сентября 2010 г.

- 132 Анализируя развитие в доктрине концепции *lex mercatoria*, известный английский лорд-судья Мاستилл высказал суждение, что в свете близости коллизионных принципов, свойственных правовым системам развитых стран, можно было бы ожидать развития идеи специализированного ненационального регулирования в области коллизионного права¹. Эта мысль разделяется и иными авторами².
- 133 Однако современная практика и доктрина еще далеки от осмысления всего круга проблем, которые предстоит решить на пути создания такого транснационального свода коллизионных норм. Важно в этой связи замечание составителей современной редакции труда А. Дайси о том, что выведение таких общих коллизионных принципов возможно в небольшом числе областей права, например, вследствие кодификационных усилий Гагской конференции по международному частному праву, и применительно к небольшому числу географических областей. Коллизионное право разных стран продолжает оставаться несогласованным. Так, то, что правильно применительно к разрешению спора в отношениях сторон, находящихся в Европейском Союзе, может оказаться неправильным в иной ситуации³.
- 134 Идеи «делокализованного арбитража» получили свое дальнейшее развитие в концепции «прямого пути» – *voie directe*. Этот метод получил широкое распространение в практике и поддержку в литературе в последние десятилетия при рассмотрении споров в международном коммерческом арбитраже, особенно при рассмотрении споров из договоров⁴. Понятие и существование *voie directe* в современной практике и правовой литературе понимается по-разному. Разные авторы едины в том, что предлагается отказ от традиционной коллизионной техники. Так, Е.В. Кабатова, рассмат-

¹ *Mustill Michael*. The New Lex Mercatoria: the First Twenty-five Years. Arbitration International. 1988. Vol. 4(2). P. 91.

² *Lowenfeld Andreas F.* Lowenfeld on International Arbitration. Collected Essays over Three Decades. N.Y., 2005. P. 166–167.

³ Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws / 14-th ed. under the general editorship of Lawrence Collins. Vol. 1. London, 2006. P. 732, par. 16-058.

⁴ *Кабатова Е.В.* «Прямой» выбор применимого права в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: Сборник статей к 75-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.С. Комарова; МКАС при ТПП РФ. С. 229. *Kessedjian Catherine*. Op. cit. P. 81.

ривая существо «прямого пути», подчеркивает: «Смысл этого способа заключается в том, что определение применимого права происходит без обращения к коллизионным нормам, т.е. исключается эта дополнительная категория, стоящая между правоотношением и нормами применимого права»¹.

«Прямой путь» поддержан национальными законодательствами 135
Германии – Гражданское процессуальное уложение Германии, п. 2 разд. 1051; Индии – Закон об арбитраже, п. 1(b)(iii) разд. 28; Нидерландов – Гражданский процессуальный кодекс, п. 2 ст. 1054; Франции – Гражданский процессуальный кодекс 1981 г., ст. 1496; Швейцарии – Закон о международном частном праве 1987 г., п. 1 ст. 187².

«Прямой путь» санкционируются и многими современными 136
арбитражными регламентами: п. 1 ст. 17 Арбитражного регламента Международной торговой палаты³; п. 3 ст. 22 Регламента Лондонского международного арбитражного суда⁴; п. 1 ст. 28 Регламента международного коммерческого арбитража Американской арбитражной ассоциации⁵.

Впрочем, арбитры в прошлом и без санкции закона или арбитражного соглашения следовали «прямым путем»⁶. 137

Можно попробовать суммировать высказываемые суждения 138
в отношении существа «прямого пути», которым арбитры могут пойти в ситуации отсутствия соглашения о применимом праве, следующим образом.

1. Арбитры при определении применимого права не обя- 139
заны обращаться к каким-либо коллизионным нормам, даже к тем, которые были созданы ими самими для разрешения кон-

¹ Кабатова Е.В. Указ. соч. С. 229.

² Lew Julian D.M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan M. Op. cit. P. 434, par. 17-67.

³ Арбитражный регламент Международной торговой палаты, вступил в силу 1 января 1998 г. (http://www.iccwbo.org/uploadedFiles/Court/Arbitration/other/rules_arb_russian.pdf, по состоянию на 1 сентября 2010 г.).

⁴ Регламент Лондонского международного третейского суда, вступил в силу 1 января 1998 г. (http://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/LCIA_Arbitration_Rules.aspx#article22, по состоянию на 1 сентября 2010 г.).

⁵ Являются частью Правил процедуры разрешения международных споров (International Dispute Resolution Procedures) с изменениями от 1 июня 2009 г. <http://www.adr.org/sp.asp?id=33994#INTERNATIONAL%20ARBITRATION%20RULES>, по состоянию на 1 сентября 2010 г.

⁶ Дело МТП № 6527, сведения приводятся по: Tweeddale Andrew, Tweeddale Keren. Arbitration of Commercial Disputes: International and English Law and Practice. Oxford, 2005. P. 208, par. 6.67.

кретного дела¹. Такие коллизионные нормы, как было показано выше, могут быть выведены арбитрами из анализа, например, общих принципов коллизионного права.

140 Выбор применимого права, таким образом, может быть осуществлен без указания мотивов этого выбора. В таком виде *voie directe* может быть понят как предоставляющий арбитрам неограниченное усмотрение в вопросе о выборе применимого права в ситуации, где стороны не договорились о применимом праве².

141 В этом контексте иногда высказывается мнение, что арбитры умозрительно могут избрать применимое право, даже не связанное с рассматриваемым спорным правоотношением. Такое право может быть, например, избрано арбитрами только потому, что оно в достаточной степени развито, чтобы служить правовой основой для разрешения спорного правоотношения³.

142 Между тем *voie directe* в этом своем наиболее полном выражении, допускающем отказ арбитров от применения коллизионной техники вообще, является предметом критики.

143 Следует согласиться с мнением⁴, что выбор арбитрами применимого права без должных мотивов может повлечь неприемлемые непредсказуемость и субъективизм в вопросе о ведении дела и его исходе. Арбитры должны осуществлять обоснованный и предвидимый выбор применимого права. Такой выбор должен отвечать разумным ожиданиям сторон⁵.

144 Представляется важным упомянуть мнение американского специалиста по международному коммерческому арбитражу г. Борна, который, отстаивая необходимость обращения арбитров к коллизионным нормам при выборе применимого права, подчеркивает: предназначение коллизионных норм в том, чтобы структурировать и направить усмотрение арбитров в вопросе о выборе применимого права⁶. «Прямое» же отыскание применимого материального права без опоры на коллизионные нормы ставит права сторон в зависимость от субъективного, неартикулированного чутья конкрет-

¹ Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. P. 876, par. 1552; Kessedjian Catherine. Op. cit. P. 81.

² Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. P. 865, par. 1537.

³ Lew Julian D.M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan. Op. cit. P. 435, par. 17-73.

⁴ Tweeddale Andrew, Tweeddale Keren. Op. cit. P. 205, par. 6.61.

⁵ Poudret Jean-François, Besson Sébastien, Berti Stephen, Ponti Annette. Op. cit. P. 587, par. 687.

⁶ Born Gary B. International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn, 2009. P. 2137.

ных арбитров и мало способствует достижению предсказуемости и справедливости¹. По мнению этого автора, в тех случаях, где закон или регламент позволяют «прямое» отыскание материального права, составы арбитров должны, тем не менее, произвести коллизионный анализ, применяя объективную и определенную коллизионную норму для отыскания применимого материального права².

Ссылка проигравшей стороны на неправильное решение вопроса об избрании применимого права обычно не является основанием к отмене решения или к отказу в его признании и принудительном исполнении (ст. V Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений, Нью-Йорк, 1958 г.; ст. 34 Типового закона ЮНСИТРАЛ). В свете этого можно счесть, что вопросы о том, с использованием какой техники арбитры должны избирать применимое право и могут ли они применять не «право», а некие принципы права, не могут стать основанием к отмене решения арбитров или основанием к отказу в его исполнении. А раз так, то арбитры вольны сами решать коллизионные вопросы. 145

Коллизионные нормы – *ratio scripta* современного международного частного права. Отказ от использования коллизионных норм – отказ от осмысленного анализа коллизионной проблемы. Даже коллизионный принцип наиболее тесной связи на практике детализуется множеством дополнительных правил. Арбитры, если нет соглашения рассматривать дело исходя из общих представлений арбитров о справедливости (*ex aequo et bono* – «по справедливости», *amiable compositeur* – «мировые посредники»), должны судить именно по праву. Есть ли достаточные основания полагать, что коллизионные нормы должны составлять исключение? Они такая же часть права, как и иные правовые нормы. Если арбитры в ситуации коллизии законов не идут по пути мотивированного выбора применимого права и очевидно не используют коллизионную технику, они судят не по праву. С учетом конкретных обстоятельств дела государственный суд может счесть, что арбитраж в такой ситуации вышел за рамки своих полномочий, установленных арбитражным соглашением сторон. 146

Вдобавок отсутствие мотивировки в вопросе об избрании применимого права противоречит требованию о том, чтобы решение арбитров было мотивированным (п. 2 ст. 31 Типового закона ЮНСИТРАЛ). 147

¹ *Born Gary B.* International Commercial Arbitration. Alphen aan den Rijn, 2009. P. 2137.

² *Ibidem.*

148 Другие известные доктрине суждения о существовании «прямого пути» оказываются по сути близки к обычному коллизионному методу с той разницей, что арбитры не обязательно используют коллизионную норму конкретного национального правопорядка.

149 2. Так, в «**прямом пути**» видят право арбитров избирать материальное право, наиболее тесно связанное с правоотношением, не опираясь формально на некий определенный корпус коллизионных норм¹. В этом случае *voie directe* служит лишь обозначением права арбитров не опираться на определенную коллизионную норму, но не исключает их обязанности отыскать национальное материальное право, тесно связанное с правоотношением, рассматриваемым арбитрами. Доктрина «прямого пути» с этой точки зрения выступает в качестве последовательного выражения коллизионного принципа наиболее тесной связи.

150 Пункт 1 § 1051 Гражданского процессуального уложения Германии ограничивает усмотрение арбитров возможностью выбора только лишь национального права, тесно связанного с правоотношением². Аналогично и Закон Швейцарии о международном частном праве (п. 1 ст. 186) ограничивает усмотрение арбитров, предписывая им применять право, наиболее тесно связанное с делом³.

151 3. Высказывается мнение, что арбитры могут определить применимое право на основе анализа и ряда иных факторов: ожиданий сторон правоотношения, закона предполагаемого места исполнения⁴.

152 4. Наконец, высказывается суждение, что арбитры могут вообще избежать необходимости применения коллизионной нормы, применяя специальные материально-правовые нормы. Е.В. Кабатова сравнивает такие действия арбитров с деятельностью претора peregrinorum (*praetor peregrinus*), который при администрировании споров с участием peregrinorum не создавал коллизионные

¹ Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel, Partasides Constantine. Law and Practice of International Commercial Arbitration. 4-th ed. London, 2004. P. 144–145 (par. 2-80); Chukwumerije Okezie. Choice of Law in International Commercial Arbitration. Westport, 1994. P. 130–132; обзор литературы в этой связи см.: Poudret Jean-François, Besson Sébastien, Berti Stephen, Ponti Annette. Op. cit. P. 588.

² Гражданское процессуальное уложение Германии: Вводный закон к Гражданскому процессуальному уложению: Пер. с нем. / В. Бергманн, введ., сост. М., 2006. С. 363.

³ Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.А. Маковского; Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. С. 666.

⁴ Lowenfeld Andreas F. Op. cit. P. 12; Redfern Alan, Hunter Martin, Blackaby Nigel, Partasides Constantine. Op. cit. P. 144, par. 2-80.

нормы, а формулировал материально-правовые нормы, направленные на регулирование отношений с участием лиц, не являющихся римскими гражданами, – *ius gentium*¹.

В этой связи предполагается, что арбитры, желающие подчинить спорное правоотношение с иностранным элементом действию таких специальных материально-правовых норм, во-первых, могут опираться на нормы «современного права купцов» – *lex mercatoria*, а во-вторых, они могут пойти по пути осмысления и применения принципов материального права, свойственного каждой из правовых систем, связанных со спорным правоотношением, – доктрина *trunc commun* (фр.: общая основная часть, общий ствол; нечто общее между разными явлениями).

4.1. Случаи применения *lex mercatoria* в отсутствие соглашения сторон о выборе применимого права известны современной практике. В качестве документа, воплощающего это «современное право купцов», иногда указывают на Принципы международных коммерческих договоров Международного института по унификации частного права («Принципы УНИДРУА»)². Литературе известна та точка зрения, что в отсутствие соглашения сторон о применимом праве арбитрам следует применять *lex mercatoria*, поскольку отсутствие соответствующего соглашения можно понимать как отказ сторон от применения к их отношениям всякого национального права³.

4.2. Доктрина *trunc commun* предполагает применение при разрешении спора комбинированных правовых принципов, т.е. принципов, общих для двух или более правовых систем.

Впервые в литературе доктрина *trunc commun* была описана М. Рубино-Саммартано⁴. По его мнению, применение этого метода возможно по инициативе арбитража или по соглашению сторон. Принцип обосновывается следующим рассуждением: разумно пред-

¹ Кабатова Е.В. Указ. соч. С. 231.

² Отдельное решение № 117/1999, вынесено составом арбитров в Арбитражном институте Торговой палаты Стокгольма в 2001 г. Сведения о решении приводятся по: *Mistelis Loukas*. Unidroit Principles Applied as «Most Appropriate Rules of Law» in a Swedish Arbitral Award / *Uniform Law Review*. Vol. VIII (2003-3). P. 631–640. Анализ этой точки зрения см.: *Lew Julian D.M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan*. Op. cit. P. 434–436, par. 17–68–17–74; *Lowenfeld Andreas F*. Op. cit. P. 13, 169.

³ Анализ этой точки зрения см.: *Lew Julian D.M., Mistelis Loukas A., Kröll Stefan M*. Op. cit. P. 434–436, par. 17–68–17–74; *Lowenfeld Andreas F*. Op. cit. P. 13, 169.

⁴ *Rubino-Sammartano Mauro*. Le «Tronc Commun» des Lois Nationales en Présence (Réflexions sur le Droit Applicable par l'Arbitre International) // *Revue de l'arbitrage*, 1987. P. 133 et seq.

положить, что каждая из сторон избрала бы применимым к правоотношению свое собственное право. Отсюда исходит предположение, что справедливо было бы выделить и применить принципы, общие для правовой системы каждой из сторон правоотношения.

157 Одним из примеров, где такой метод установления применимых для разрешения спора правовых принципов был применен, стал договор о строительстве Евротуннеля между Францией и Великобританией. Этот договор, который реализовывался компаниями двух стран, предусматривал решение споров из него арбитражем в Бельгии на основе общих принципов права двух правовых систем: Англии и Франции – *Channel Tunnel Group Ltd. v. Balfour Beatty Construction Ltd.* (1993)¹. Договор устанавливал, что в отсутствие таких общих принципов применению подлежали общие принципы права международной торговли, которые применяются национальными и международными юрисдикционными органами. Это соглашение было признано действительным решением палаты лордов.

158 На практике арбитраж часто идет по пути сопоставления правовых решений спорных вопросов с точки зрения каждого применимого права.

159 Право арбитров следовать по «прямому пути», допускающему применение ненациональных правовых правил и принципов, иногда выводится из предписаний законов или арбитражных регламентов, которые допускают применение «норм права» (*rules of law*) – в отличие от «права». Этот термин – «нормы права» – в качестве предположительно указывающего на возможность применения ненациональных правовых принципов был впервые использован во французском Декрете о международном коммерческом арбитраже 1981 г. Этот Декрет включил в ст. 1496 Гражданского процессуального кодекса Франции положение, в соответствии с которым стороны, а в отсутствие соответствующего соглашения сторон – и арбитры свободны избрать «правовые нормы» в качестве применимых к существу спора. Такое толкование этой нормы закона, подразумевающее возможность применения и ненациональных правовых норм, поддерживалось в правительственном сопроводительном меморандуме. По образцу французского закона в этой части впоследствии конструировались и законодательные акты других стран (Нидерландский процессуальный кодекс 1986 г., Закон Швейцарии о международном коммерческом арбитраже)².

¹ *Dacey*. Op. cit. P. 731, par. 16-053.

² Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. P. 802, par. 1444.

Иногда говорят¹, что сходное понятие «нормы права» содержится и в п. 1 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже: «Арбитражный суд разрешает спор в соответствии с такими *нормами права* (выделено нами. – Авт.), которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора». Российский закон «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. воспроизводит это положение Типового закона ЮНСИТРАЛ. Многие арбитражные регламенты также следуют этой терминологии (Арбитражный регламент МТП – п. 1 ст. 17², Регламент Лондонского арбитража – п. 3 ст. 22³). 160

Следует учитывать преобладающее мнение, основанное на материалах обсуждения проекта типового закона в ЮНСИТРАЛ, что этот типовый закон имеет в виду иное. Выражение «нормы права» должно пониматься как указывающее на возможность применения лишь некоторых транснациональных правил, например, норм положений международных договоров, но не позволяющее подчинения спора принципам *lex mercatoria*, общим принципам права или правовым решениям, выработанным в практике международных коммерческих арбитражей⁴. 161

В любом случае Типовой закон ЮНСИТРАЛ указывает лишь на применение «права», если арбитры устанавливали применимое право на основе коллизионных норм. Пункт 2 ст. 28 указанного Закона: «При отсутствии какого-либо указания сторон арбитражный суд применяет право, установленное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми». Это означает, что «нормы права» могут быть применены по соглашению сторон, но в отсутствие оноgo применению подлежит лишь «право». 162

4.4. ПРОБЛЕМА КВАЛИФИКАЦИИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Понятие квалификации. Прежде чем решить спор суд, как и любой другой орган, применяющий право, должен оценить пред- 163

¹ Fouchard, Gaillard, Goldman on International Commercial Arbitration. P. 802, par. 1444.

² Арбитражный регламент Международной торговой палаты.

³ Регламент Лондонского международного третейского суда.

⁴ Holzmann Howard, Neuhaus Joseph. A Guide to the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration – Legislative History and Commentary. The Hague, 1989. P. 768; Binder Peter. International Commercial Arbitration and Conciliation in UNCITRAL Model Law Jurisdictions. London, 2010. P. 335, par. 6-008.

ставленные сторонами факты, подыскать для них подходящую норму. Процесс, в ходе которого конкретные жизненные обстоятельства подводятся под абстрактные правила поведения, именуется в праве *квалификацией*.

164 Результат квалификации обычно представляется в виде умозаключения, вывод из которого заключается в возможности применить норму к имеющемуся набору фактов. Например: «В отсутствие наследников имущество умершего переходит к государству; у наследодателя нет наследников; следовательно, все имущество умершего должно быть передано государству» или «Причинение вреда возмещается по законам страны места совершения деликта; деликт совершен в стране суда, значит, вред будет возмещаться по законам страны суда».

165 Для того чтобы прийти к подобному заключению, правоприменитель накладывает на происшедшее «решетку» юридических категорий, позволяющую распознать в переплетении жизненных обстоятельств причинение вреда или же спор о наследстве. При этом признаки, благодаря которым частное происшествие обретает черты юридического факта, берутся из правовой нормы путем установления возможно более точного смысла содержащихся в них понятий. В центре проблемы квалификации помещается *задача толкования юридических норм*.

166 На первый взгляд для успешного толкования достаточно иметь перед глазами текст интерпретируемого правила. На самом деле оценка фактической стороны дела и подыскание подходящей нормы представляют довольно сложный процесс, в основе которого лежат предпосылки, остающиеся порой незамеченными. Так, прежде чем извлечь смысл толкуемого правила, следует определиться с местом, которое оно занимает в ряду других норм. Установить это место возможно, располагая представлением о структуре права в целом. Кроме того, всякая норма наполняется конкретным содержанием лишь в процессе своего применения. Отсюда важно знать, как устроено судопроизводство, какова система судов. Для этого в свою очередь нужно иметь перед глазами общую картину государственного и политического устройства. Толкуя норму, следует отдавать отчет в целях, которые ставил перед собой законодатель, формулируя правило. Это в свою очередь понуждает разобраться в системе ценностей, принятых в обществе, и т.д.

167 В конечном счете интерпретация нормы всегда зависит от того, в рамках какой традиции она выполняется, к какому обществу при-

надлежит толкуемая норма. Истолковать, уяснить содержание правового института нельзя в отрыве от общего контекста, в котором он существует, не учитывая исторических, экономических, религиозных, языковых особенностей, сопутствующих его развитию.

Коллизии, с которыми приходится иметь дело суду, разбирающему спор, осложненный иностранным элементом, представляют собой столкновение не только и не столько законов разных стран, сколько различных правовых культур. Даже в пределах одной правовой семьи, чьи нормативные акты могут быть похожи до совпадения, сходство норм оказывается порой обманчивым. 168

Широко известно, например, что категория недвижимости, несмотря на свою распространенность, разделяется далеко не всеми правовыми порядками одинаковым образом. Есть правовые порядки, в которых обходятся и без нее. В тех же странах, где она используется, в нее вкладывают свой особый смысл, по-разному, например, определяя круг объектов, относящихся к недвижимому имуществу. 169

Нет единогласия относительно того, когда следует обращаться к нормам о наследовании. Хотя сам институт преемства прав умершего в той или иной степени известен всем правовым порядкам, однако взгляды на то, какие жизненные ситуации должны им охватываться, далеки от совпадения. В этой связи упоминают выморочное имущество, которое по нормам одних стран переходит к государству как к универсальному наследнику, а по правилам других – как к оккупанту, захватывающему бесхозяйную вещь. 170

Первый же опыт обращения к иностранным терминам «наследство», «брак» или «внешнеэкономическая сделка» способен поколебать уверенность в том, что привычные понятия и институты, смысл которых кажется нам само собой разумеющимся и единственно возможным, обладают такой же значимостью и самоочевидностью и в других правовых традициях. Сравнительное правоведение постоянно предоставляет в наше распоряжение примеры того, как одно и то же обстоятельство квалифицируется противоположным образом в разных странах. 171

То очевидное обстоятельство, что даже в сходные по форме категории вкладывается разное содержание, серьезно осложняет международную унификацию частного права. Попытки наднациональной кодификации норм вещного, обязательственного, семейного или наследственного права постоянно наталкиваются на то, что именуется часто «скрытыми» коллизиями. Последние 172

сохраняются даже тогда, когда явные противоречия преодолены, а юридические тексты, применяемые в разных странах, совпадают буквально. Повод для коллизий, а значит, и необходимость в коллизионном регулировании сохраняются до тех пор, пока отдельные слова и фразы будут пониматься юристами разных стран по-своему. В этой связи обычно приводят наглядный пример Франции и Бельгии, гражданское законодательство которых основывается на общем акте – Гражданском кодексе 1804 г., что не мешает французским и бельгийским судам по-разному толковать и применять внешне совпадающие положения. Если двое делают одно и то же – это не одно и то же, говорили в подобных случаях римляне.

173 **Теории квалификации.** В международном частном праве проблема квалификации отношений с иностранным элементом часто ставится как вопрос о том, право какой страны из задействованных в споре следует принимать во внимание в ходе толкования коллизионной нормы.

174 Известно, что коллизионные правила отвечают за взаимодействие одного правопорядка с другим. Они обеспечивают контакт с внешней правовой средой, что наделяет их двойственным характером. С одной стороны, они принадлежат *lege fori* – той правовой системе, в рамках которой они создаются и поддерживаются, и потому должны обладать той же природой, что и любая иная норма национального права. С другой стороны, они не могут оставаться чуждыми и тому правопорядку, к которому производится отсылка, – *lege causae*. Коллизионная норма едва ли способна выполнить свою задачу, если не находится в отношениях подобия с той правовой системой, на которую указывает. Словно ключ в замке, ее контуры должны повторять рельеф правовой местности, с которой ей предстоит соприкоснуться.

175 Подмеченная двойственность стала причиной давнего спора, ведущегося в доктрине международного частного права относительно того, что же следует взять за основу при толковании коллизионной нормы – правовые установки, которые свойственны закону суда, или же категории и понятия, предоставленные той правовой системой, к которой производится отсылка. Две конкурирующие теории на этот счет получили название *lex fori* и *lex causae*.

176 Первая настаивает на том, что коллизионная норма хотя и выделяется из ряда других правил, составляющих закон суда, остается его частью, которая должна пониматься в духе национального права. Когда в объеме или в привязке коллизионной нормы

встречаются выражения «место жительства» или «неосновательное обогащение», то смысл, который в них вкладывается, заимствуется у прочих институтов *lege fori*.

Взгляд, согласно которому коллизионную норму необходимо толковать в соответствии с критериями закона суда, сложился ранее всех остальных и до сих пор широко разделяется в доктрине, законодательстве и судебной практике. Среди авторов, придерживавшихся этого взгляда, необходимо назвать немецкого коллизиониста Кана, французских юристов Бартэна, Батиффолья. Примером законодательного закрепления такого подхода к проблеме квалификации может служить одна из старейших европейских кодификаций норм международного частного права – ГК Испании 1899 г.: «Квалификация в целях определения применимой коллизионной нормы всегда производится согласно испанскому закону» (ст. 12)¹. Есть подобная норма и в российском праве (п. 1 ст. 1187 ГК РФ).

Другая теория исходит из того, что при толковании коллизионной нормы следует обращаться к категориям, взятым в праве, к которому она отсылает, – *lex causae*. Концепция *lege causae* возникла как реакция на недостатки теории *lege fori*, которая подчас игнорирует специфику отношений с иностранным элементом, мерит равной мерой неравные вещи. Главное, доктрина *lege fori* не способна справиться с отрицательными последствиями скрытых коллизий. Одним из наиболее известных выразителей этой теории является немецкий юрист Мартин Вольф.

Специфика отношений, осложненных иностранным элементом, заключается в том, что процесс квалификации в таких случаях распадается на две хорошо различимые стадии, по мере чередования которых один и тот же набор фактов оценивается по меньшей мере дважды. Первый раз – когда подыскивается коллизионная норма для того, чтобы понять, каким правом следует руководствоваться при решении спора, второй – когда после определения применимого права, в его рамках, отыскивается подходящий институт. В доктрине эти две стадии именуются соответственно первичной и вторичной квалификацией.

Теория *lex fori* предписывает суду, любому другому правоприменителю на стадии первичной квалификации руководствоваться

¹ Сходные по существу формулировки присутствуют в ст. 10 ГК Египта 1948 г., § 3 Указа Венгрии о международном частном праве 1979 г., ст. 3078 ГК Квебека 1991 г., ст. 3 Закона Румынии 1992 г. применительно к регулированию отношений международного частного права. См. также ст. 6 Кодекса Бустаманте.

только своими представлениями о праве, воспринимая случившееся по меркам своего правосознания. После того, как коллизийная задача решена, применимое право установлено, начинается стадия вторичной квалификации, когда судья, обратившись к чужому правопорядку, вынужден переqualифицировать тот же самый набор фактов, взглянув на них, насколько это вообще возможно, глазами своего заграничного коллеги. Совершить подобный переворот в сознании, отказать от своих правовых привычек и обратиться к иностранным квалификациям правоприменителя вынуждает понимание того, что невозможно вкладывать в чужие нормы свой смысл, иначе эти нормы перестанут быть чужими, но и своими не станут. «Иностранное право применяется в соответствии с установленными в нем критериями толкования и действия его во времени», – говорит по этому поводу ст. 15 Закона о реформе итальянской системы международного частного права, устанавливая общее правило, которое повсеместно разделяется.

181 Однако в таком случае между первичной и вторичной квалификациями назревает противоречие. То, что мы только что оценивали как наследование, может на втором шаге обернуться семейно-правовым обязательством; то, что воспринималось как договорное обязательство, превращается в деликт и т. д. По ходу рассмотрения дела судье приходится менять свои представления о нем порой самым решительным образом, что отнюдь не способствует разрешению дела. Скрытые до поры коллизии проявляются и именуются в международном частном праве конфликтом квалификаций. Причиной этого является прямолинейное следование принципу *lege fori*.

182 Обращение к теории *lege causae*, напротив, позволяет, казалось бы, избежать неблагоприятных следствий скрытых коллизий. В самом деле, если на обеих стадиях процесса квалификации, на первичной и вторичной, использовать категории одного и того же правопорядка, то столкновения квалификаций не произойдет. В качестве этого правопорядка следует признать не закон суда, а применимое право, которое берет на себя основную нагрузку в разрешении спора. Критерий места заключения контракта не обманет нас в последующем, если изначально воспринимать его по английскому правилу «почтового ящика» как место отправления акцепта, а не мест его получения, как велит собственный закон.

183 Однако воплотить в жизнь принцип *lege causae* мешает одно препятствие. Дело в том, что потребность в квалификации возникает сразу, как только суд приступает к решению спора, содер-

жащего иностранный элемент. В этот начальный момент он еще не знает, право какой страны ему предстоит применять, с какими правопорядками у данного контракта, деликта или наследования установлена связь и есть ли она вообще. Не случайно процесс определения применимого права образно называют «прыжком в темноту». Оценивать правоотношение, подбирать подходящую коллизионную норму, устанавливая ее смысл, сферу действия и т.д., приходится в условиях, когда *lex causae* еще не установлен, в лучшем случае о нем можно лишь догадываться. Квалифицировать приходится тогда, когда иного права, кроме собственного, в распоряжении суда не имеется.

Пороки, которыми страдают обе концепции, не позволяют раз и навсегда отказаться от одного из принципов толкования в пользу другого. Вместо этого предпринимаются попытки установить довольно сложный баланс приемов и способов, примиряющих оба начала. Дальше всех по этому пути ведет *теория автономной квалификации*. Ее сторонники предлагают искать решение проблемы толкования коллизионной нормы не посредством выбора между *lege fori* и *lege causae*, а путем сравнения категорий и конструкций, которые в них используются, с тем чтобы на почве совпадений и сходств, на основе сравнительно-правового анализа создать особую, «автономную» квалификацию, наилучшим образом приспособленную для целей регулирования трансграничных отношений. Эту теорию наиболее активно разрабатывал и отстаивал немецкий коллизионист Э. Рабель. Если брать за основу квалификации правопорядок страны суда, следует в его рамках разработать и использовать терминологию, отличную от той, которая используется в других институтах национального права. Поскольку коллизионная норма, условно говоря, находится на положении «своей среди чужих», то и категории, в ней используемые, должны использоваться повсеместно. 184

Последний взгляд нашел отражение в одной из современных кодификаций – Кодексе международного частного права Туниса 1998 г. Вслед за декларированием принципа *lex fori* как исходного следует оговорка: «При квалификации надлежит учитывать различные международные юридические понятия и особенности международного частного права» (ст. 27). К толкованию коллизионных норм вполне могут применяться принципы, сходные с теми, которые имеют место в международном праве, чьи положения должны пониматься с оглядкой на их интернациональный характер. 185

186 При всей своей привлекательности возможности автономного толкования коллизионных норм не беспредельны, иначе последние рискуют вступить в противоречие с другими отраслями и институтами собственной правовой системы. Стремление коллизионистов разных стран выработать собственный универсальный язык, даже если оно когда-нибудь воплотится в жизнь, может привести к тому, что представители смежных дисциплин перестанут их понимать. К тому же нет простого ответа на вопрос о том, на какие органы должна быть возложена задача обобщенного толкования, как должна выглядеть подобная процедура, не подкрепленная необходимыми средствами. В частности, опрометчиво было бы заставлять суд, разбирающий и без того сложный спор о заграничном наследстве, проводить глубокий сравнительно-правовой анализ различий и сходств, существующих в разных правовых порядках относительно основных категорий наследственного права. Очевидно, что процесс создания общего понятийного аппарата коллизионного права возможен прежде всего посредством международной унификации, требующей значительных затрат времени и сил.

187 **Толкование объема коллизионной нормы.** Очевидно, что процессу толкования коллизионной нормы свойственны те же трудности, которые можно наблюдать в любой другой отрасли, будь то гражданское или уголовное право, среди которых выделяется проблема отграничения норм друг от друга, попытка определиться с тем, где заканчивается действие одного коллизионного правила и начинается действие другого. Задача отягощается явлением, которое в международном частном праве называют расщеплением, когда единое правоотношение расслаивается и подчиняется действию нескольких правовых порядков. От интерпретатора требуются подчас серьезные аналитические усилия, чтобы в споре о заключении сделки выделить то, что относится к статуту формы, а что – к содержанию договора.

188 То, что сферы действия различных коллизионных норм пересекаются, не имея четко выраженных границ, может не только затруднить, но и поспособствовать разрешению конфликта. В опытных руках квалификация объема коллизионной нормы может оказаться действенным средством, позволяющим добиться применения нужного статута, тем самым влияя на исход дела.

189 Практике американских судов известны случаи, получившие в литературе название «квалификационный трюк», когда квалификация использовалась преднамеренно с целью достичь желае-

мого коллизионного эффекта. В ряде так называемых телеграфных дел суд штата Арканзас признал требования о компенсации морального вреда, причиненного ненадлежащей передачей телеграфных сообщений, расценивая заявленные иски как деликтные. Это позволило обратиться к закону места причинения вреда, праву Арканзаса, которое давало защиту таким требованиям. Если бы суд, как можно было ожидать, квалифицировал отношения между адресантом и телеграфом в качестве договорных, пришлось бы применять другую привязку, отсылающую к праву штата места заключения нарушенного договора, которое не признавало подобные иски.

Наоборот, в деле Килберга против Северовосточных авиалиний истец, которого не устраивал невысокий предел взысканий с перевозчика по законам штата, где произошло крушение самолета, пытался сослаться на более лояльное к нему право штата места приобретения авиабилета, понуждая тем самым суд отнестись к происшедшей аварии не как к причинению вреда, а как к нарушению договорного обязательства. Суд, не согласившись с навязываемой квалификацией, тем не менее удовлетворил требования истца, посчитав, что вопросы, связанные с причинением вреда, относятся к процессу, а не к материальному праву, и, значит, к ним следует применять закон суда, который в той ситуации совпадал с законом места заключения договора¹.

В описанных случаях правоприменитель шел навстречу потерпевшим по принципу наибольшего благоприятствования слабой стороне. Тем не менее свобода, с которой суды общего права обращались с квалификацией спорных фактов, не встретила одобрения в странах гражданского права. Легко представить себе, насколько далеко может зайти суд, злоупотребляя своими возможностями, проявляя известную склонность не столько отстаивать интересы лица, чье право нарушено, сколько уклоняться от обременительной обязанности применять иностранное право.

В силу того, что скрытые коллизии относительно признаков и состава недвижимого имущества встречаются довольно часто, для их устранения в международном частном праве многих стран

¹ Трюком с квалификацией воспользовалось в свое время английское правосудие, разбирая дела о признании прав бывших собственников на имущество, изъятое по декретам о национализации, проведенной российским правительством в 1918 г. Не прибегая к оговорке о публичном порядке, суды добивались похожего результата, отказывая в экстерриториальном действии актов другой страны, разглядев в них карательный, конфискационный характер.

была введена норма, подобная той, которая содержится в § 31 австрийского Закона о международном частном праве: «Правовое подразделение вещей... определяется согласно праву того государства, в котором вещи находятся».

193 Такое правило носит вспомогательный характер, оно как бы присоединяется к коллизионной норме, при квалификации которой большинство слов и выражений, будь то «право собственности» или «место нахождения», берутся из закона суда, до тех пор, пока не встречается указание на недвижимое имущество. Тогда собственные квалификации отставляются в сторону, а на их место подставляется категория, заимствованная у *lege causae*, который в данном случае совпадает с законом места нахождения вещи. В результате вместо простого коллизионного правила образуется сложная конструкция, состоящая из разнородных частей, взятых из разных правовых систем.

194 В российском праве положение, обязывающее при делении вещей на движимые и недвижимые применять квалификации закона места нахождения вещей, помещено в п. 1 ст. 1205 ГК РФ.

195 Особенно остро вопрос о квалификации имущества как движимого или недвижимого стоит в наследственном праве. В силу того, что коллизионные нормы нередко предусматривают расщепление наследственного статута, когда среди всей наследственной массы обособляется недвижимость, следующая особым правилам, правоприменителю приходится определиться с тем, что следует понимать под этой категорией. В зависимости от того, как он истолкует понятие недвижимости, решится судьба всего наследства. Доверяться при этом лишь своим собственным квалификациям, заимствовать их из закона, практики и доктрины страны суда не всегда дальновидно. Наследственная масса может быть расположена за рубежом, рассеяна на территории разных стран, в каждой из которых могут быть свои представления о составе и признаках недвижимого имущества. Вполне возможно, что морское судно, которое суд подведет под категорию недвижимости, в стране его флага воспринимается как движимая вещь, к переходу прав на которую никаких изъятий не предусматривается. Особое внимание к переходу прав на земельные участки, здания, сооружения и другую недвижимость, как правило, приводит к тому, что в стране суда предусматривается для этих случаев специальная привязка.

196 **Квалификация института, неизвестного праву суда.** В ходе первичной квалификации может сложиться так, что факты, требующие правовой оценки, облечены в форму, инородную правовой

системе суда. Такая ситуация может возникнуть, если предметом спора являются отношения из траста, известные общему праву, но чуждые *lege fori*, относящемуся к системе гражданского права, не признающей института доверительной собственности. Отыскать подходящую привязку и определить применимое право можно, лишь предварительно установив природу этих отношений: являются ли они вещными, требующими применения вещного статута, или же мы имеем дело с особым рода обязательством, подпадающим под действие статута обязательственного. При этом оказывается, что закон суда не всегда в состоянии предложить не только тождественный, но даже близкий по существу институт. Настаивать в таких обстоятельствах на аналогии закона или права суда часто означает допускать подмену понятий, вкладывать в содержание правоотношения чуждый ему смысл. В таком случае оправданным может стать обращение к правовой системе страны, где используются искомые категории, где они развиты.

Прием, в результате которого суд при решении спора с иностранным элементом, взяв за основу свои квалификации, заимствует в чуждом праве отдельные категории, знаком многим право порядкам. В Указе о международном частном праве Венгрии он выражен следующим образом: «Если какой-либо правовой институт не известен венгерскому праву или известен с иным содержанием либо названием и его нельзя определить с точки зрения толкования норм венгерского права, правовая квалификация производится с учетом иностранного права, регулирующего этот правовой институт». В едва измененном виде это положение повторяется в п. 2 ст. 1187 ГК РФ¹. 197

Толкование коллизионных привязок. До сих пор речь шла преимущественно о толковании категорий, содержащихся в объеме коллизионной нормы. Но не меньшие трудности вызывает приращение смысла тем коллизионным признакам, которые содержатся в формуле прикрепления. 198

Как известно, в основе международного частного права лежит стремление к предсказуемости, стабильности гражданского оборота, в котором присутствует иностранный элемент. Достичь желаемого возможно, если один и тот же спор будет разрешаться одинаковым образом независимо от суда, в котором он будет раз- 199

¹ См. также: ГК Армении (ст. 1254); ГК Белоруссии (ст. 1094); ГК Казахстана (ст. 1085); ГК Киргизии (ст. 1168); ГК Узбекистана (ст. 1159); Закон Украины о международном частном праве (ст. 7); ГК Квебека (ст. 3078).

бираться. На первый взгляд достичь желаемой цели помогает международная унификация коллизионных норм, использование в разных правовых системах одинаковых привязок к сходным случаям. Цель кажется тем более достижимой, если учитывать, что набор коллизионных признаков невелик. Но и тут международной согласованности решений мешают утвердиться скрытые коллизии.

200 Какой бы используемый в привязке критерий ни попал в поле зрения, первое же сравнение двух и более право порядков позволяет выявить его неоднозначность. Хорошо известно, что английское понятие домициля не соответствует континентальному понятию места жительства. Если в странах гражданского права под последним понимается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает, то для представителя страны общего права домициль – это место, в котором он может и не проживать, но куда он намерен вернуться, когда оказывается вне его. Двусмысленностью обладает и другой традиционный коллизионный признак: место заключения договора, под которым понимают как место получения, так и место отправления акцепта.

201 Разночтения, существующие относительно внешне одинаковых привязок, ставят определение применимого права в зависимость от выбора суда. Зная об этом, истец может заранее рассчитать, куда лучше подать иск. Подобная спекуляция на международной подсудности, известная больше как *forum shopping*, приводит к неопределенности положения ответчика, повышает и без того высокие риски и издержки участия во внешнеэкономическом обороте.

202 В борьбе с неблагоприятными последствиями *forum shopping* помимо международной унификации действенными оказываются другие меры, когда коллизионные признаки детализируются, простые нормы уступают место сложным, учитывающим все возможные нюансы отношений с иностранным элементом. Если раньше коллизионное регулирование деликтных отношений ограничивалось нормой, без разбора отсылающей к закону, где имело место противоправное действие, то теперь суду доступен более широкий диапазон – от закона места действия, места наступления вреда, до общего личного закона потерпевшего и делинквента.

203 Еще дальше по этому пути идут гибкие коллизионные нормы, отсылающие к закону, наиболее тесно связанному с правоотношением¹. Подход, позволяющий установить действительную связь между фактическим составом и искомым право порядком, смягчает скрытые

¹ О принципе тесной связи более подробно см. п. 4.2 настоящей главы учебника.

коллизии, возникающие часто в силу механического, жесткого подхода к определению применимого права. Споры в отношении того, где заключается договор, в месте ли получения или направления акцепта, утрачивают свою остроту, коль скоро место заключения является лишь одним из возможных критериев, и притом, как правило, не самым решающим. Вместо этого полезнее переключиться на иные признаки (место поставки, платежа, ведения переговоров, нахождения продавца и пр.), в совокупности образующие более или менее объективную картину, складывающуюся вне прямой зависимости от того, какой суд, английский или российский, станет рассматривать спор.

Между тем свобода судейского усмотрения, предполагаемая при использовании гибких привязок, имеет обоюдоострый характер. 204
Обращение к признаку наиболее тесной связи, с присущей ему смысловой широтой, не решает проблему квалификации, а лишь переводит ее на иной уровень. Если в жесткой норме толкованию обычно подлежит всего один критерий, будь то место заключения брака или место неосновательного обогащения, то в гибкой норме таких факторов может быть заметно больше. Они рассеиваются среди «условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела», и каждый требует надлежащего истолкования, как по отдельности, так и вместе.

Разбирая спор о наследовании за умершим в Германии лицом, суд, оценив на стадии первичной квалификации спорные отношения в качестве наследственных, обращается к германскому праву. 205
И здесь он обнаруживает, что требование пережившего супруга об увеличении своей наследственной доли на четверть стоимости наследства не регулируется наследственным правом. Подходящая норма помещена в § 1371 книги 4 «Семейное право» Германского гражданского уложения и является семейно-правовой. С немецкой точки зрения возмещение потерь от того, что со смертью супруга совместное хозяйство распалось, а общее имущество перестало прирастать, по своей природе относится к институтам обязательственного права, хотя реализуется оно наследственно-правовым средством – путем увеличения доли в наследстве.

Вопрос о том, должен ли судья, не найдя необходимой нормы там, где он ожидал ее встретить, например в книге 5 «Наследственное право», отбросить условности и продолжать поиски в книге 4 «Семейное право» ГГУ, при ближайшем рассмотрении представляет собой особый, частный случай проблемы толкования коллизионной нормы. Если в формуле прикрепления встречается сло-

восочетание «закон последнего места жительства наследодателя», тщательной интерпретации подлежит прежде всего само понятие «закон» – вся ли это правовая система без исключений либо отдельная его часть, институт.

207 По общему правилу то, что суд, обращаясь к иностранному праву, не застаёт нужную норму на привычном для себя месте, не должно его смущать. В самом деле, наивно было бы ожидать, что иностранный правопорядок устроен так же, как закон суда. Коль уж применимое право поместило искомое положение за пределами подходящего с точки зрения суда института, придется последовать квалификациям *lege causae*, иное означало бы искажение его смысла: «Применение права иностранного государства охватывает все его нормы, которые регулируют соответствующие правоотношения», – гласит п. 1 ст. 6 Закона Украины о международном частном праве.

218 Вместе с тем блуждания правоприменителя по смежным отраслям не могут иметь безграницный характер. Они оговариваются целым рядом явных или подразумеваемых правил. Например, в странах, чьи правопорядки не принимают обратной отсылки, включая и Россию, коллизионные нормы применимого права выводятся за скобки, они, как правило, недоступны для суда, который в противном случае охотно бы ими воспользовался. Долгое время считалось незыблемым правило, по которому область публичного права иностранного правопорядка для суда находится вне досягаемости. Запрет на обращение к публично-правовым институтам другого правопорядка вполне понятен. Он объясняется соображениями суверенитета, которым можно поступиться в области частных отношений, но допустить подобное в области, в которой непосредственно задействовано государство, можно лишь поставив под сомнение собственную состоятельность. Применение чужого права означает подчинение власти другого суверена, поскольку право представляет собой выражение власти.

209 Частным случаем исключительности публично-правовых норм служит принцип *forum regit processum* («суд управляет процессом»), который до некоторых пор безоговорочно признавался в самых разных странах¹. Он означает, что суд, вынужденный порой отказы-

¹ См., например, ст.12 Закона о реформе итальянской системы международного частного права: «Гражданское судопроизводство, осуществляемое в Италии, регулируется итальянским процессуальным правом»; «Германские суды применяют к находящимся в их производстве спорам только германское процессуальное право» (Решение Верховного суда Германии, цит. по: *Шах Х.* Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 17).

ваться от своего права в пользу чужого, во всем, что касается процесса, применяет только свои нормы. Когда же собственное коллизионное правило отсылает к правопорядку другой страны, суд игнорирует подобающую случаю норму, если найдет ее за пределами частного права, в области процессуального права. В своем крайнем проявлении конфликт квалификации оборачивается тупиком, когда нормы, охватывающие спорные отношения, в чужом праве есть, но они оказываются вне сферы досягаемости суда.

Между тем правило *forum regit processum* обросло целым рядом оговорок и исключений, возникших потому, что до сих пор не удалось провести четкую границу между отраслями частного и публичного права, между правом и процессом. В каждой правовой системе есть институты пограничного характера, такие как исковая давность, зачет встречных требований, распределение бремени доказывания, разнообразные презумпции и прочие, которые в одних странах квалифицируются как процессуальные, а в других воспринимаются в качестве материально-правовых.

Как часто бывает, там, где присутствуют разные взгляды на природу одного и того же института, назревает конфликт квалификаций, когда суд, чье право оценивает исковую давность как институт гражданского права, на стадии вторичной квалификации обнаружит нормы о давностных сроках в пределах чужого процесса. С одной стороны, правоприменитель, подчиняясь принципу «суд управляет процессом», должен отказаться от их применения. С другой – он должен оправдать ожидания сторон правоотношения, которые, выбирая английское право, явно рассчитывали не только на развитые положения о купле-продаже, но и на длительные сроки исковой давности.

Угроза стабильности гражданского оборота, непредсказуемости в защите прав участников международного оборота заставила провести ревизию правила *forum regit processum*. В итоге появились специальные нормы, призванные смягчить или вовсе снять квалификационный конфликт в описываемой области, наподобие той, которая помещена в ст. 1208 ГК РФ¹, по смыслу которой квалификация исковой давности как процессуального срока в иностранном праве не влияет на необходимость его применения.

¹ Сходны нормы в ст. 147 Закона Румынии: «Срок исковой давности определяется законом, который применяется к самому субъективному праву»; ст. 229 Кодекса Бустаманте: «Погасительная давность вещных исков регулируется законом, которому подчинено погашаемое обязательство».

213 Несколько дальше идет швейцарский Закон о международном частном праве: «В применении иностранного права не может быть отказано на том лишь основании, что соответствующая норма считается нормой публичного права» (ст. 13)¹. Тем самым делается попытка решить квалификационную проблему не только в отношении исковой давности, но и применительно к другим подобным случаям, а именно к зачету, установлению пределов самозащиты, распределению бремени доказывания и пр.

4.5. ОБРАТНАЯ ОТСЫЛКА И ДАЛЬНЕЙШАЯ ОТСЫЛКА (ОТСЫЛКА К ПРАВУ ТРЕТЬЕГО ГОСУДАРСТВА)

214 **Существо проблемы.** Одной из наиболее интересных проблем современного коллизионного права является проблема обратной и дальнейшей отсылки (отсылки к праву третьего государства).

215 Проблема обратной отсылки состоит в *определении объема, в котором должен быть применен иностранный закон, на который указывает коллизионная норма*, – следует ли понимать указание двусторонней коллизионной нормы лишь как указание на иностранное материальное право или как указание на совокупность материальных и коллизионных норм иностранного права.

216 В первом случае проблема обратной и дальнейшей отсылки не возникает. Однако если допустить, что коллизионная норма отсылает и к материальным, и к коллизионным нормам иностранного права, т.е. имеет в виду соответствующий иностранный правопорядок в целом, картина радикально меняется. В этом случае возникает вопрос, каким образом и в каких случаях можно и нужно учитывать предписания иностранной коллизионной нормы. Ведь такая коллизионная норма чужого правопорядка может предлагать иное решение коллизионного вопроса, чем коллизионная норма страны, суд которой рассматривает спор, или коллизионная норма, которую счел применимой арбитраж. Она может указывать на правопорядок страны местонахождения суда (обратная отсылка) или на правопорядок третьей страны (дальнейшая отсылка).

217 Возникает вопрос, должна ли уступать коллизионная норма страны, суд которой рассматривает спор, свое действие иностранной коллизионной норме?

¹ Это правило воспринято, в частности, Законом о международном частном праве Украины (п. 2 ст. 6).

Конечно, было бы желательно, чтобы коллизионные вопросы 218 решались во всем мире одинаково, например вследствие международной унификации множества внутринациональных систем международного частного права. В таком случае проблемы отсылки не возникало бы вовсе. Однако пока возможность такой унификации, которая попутно предполагала бы также и единообразное решение вопросов квалификации, не просматривается.

Во французской доктрине понятия обратной и дальнейшей отсылки 219 имеют соответственно обозначения «*le renvoi au premier degré*» и «*le renvoi au second degré*» (отсылка первой и второй степени)¹. Французский термин *renvoi* используется в доктрине коллизионного права во всем мире для обозначения отсылки.

В немецкой доктрине для обозначения отсылки только к нормам 220 материального права используется термин «*Sachnormverweisung*», а для отсылки ко всему иностранному правопорядку в целом, включая и коллизионные нормы, — «полная отсылка», «*Gesamtverweisung*»². Также известны термины «*Rückverweisung*» и «*Weiterverweisung*» для обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства соответственно³.

В Англии изначально были в ходу термины «*remission*» (обратная отсылка) и «*transmission*» (дальнейшая отсылка), а в настоящее время широкое употребление получили также и понятия «*partial/single renvoi*» и «*total/double renvoi*»⁴.

Развитие коллизионного права по вопросу об отсылке. Проблема 222 обратной и дальнейшей отсылки получила теоретическое осмысление в литературе международного частного права после принятия нескольких судебных решений XIX в. которых речь пойдет далее. Однако до наших дней дошли сведения также о решениях Руанского парламента⁵, датированных 1652 и 1663 гг., в которых

¹ Loussouarn Yvonne, Bourel Pierre, de Vareilles-Sommières Pascal. Droit international privé. 9-th éd. Paris, 2007. P. 275–279.

² Makarov Alexander N. Grundriss des internationalen Privatrechts. Frankfurt am Main, 1970. S. 81; Von Hoffmann Bernd, Thorn Karsten. Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundzüge des internationalen Zivilverfahrensrechts. 9 Auflage. München, 2007. S. 246–247 (§ 75–78).

³ Von Hoffmann Bernd, Thorn Karsten. Op. cit. S. 245–246 (§ 73).

⁴ Clarkson C.M., Hill Jonathan. The Conflict of Laws. Oxford, 2006. P. 471.

⁵ Парламентами в XIII–XVIII вв. назывались верховные судебные палаты французского королевства, обладавшие также рядом управленческих функций. См.: Берго И.Б. Парламенты и политическая борьба во Франции накануне Великой французской революции // Новая и новейшая история. 1988. № 6. С. 51.

это судебное присутствие решало проблему отсылки. Эти решения описал французский юрист Фролан, который, таким образом, стал первым автором, обратившимся к рассматриваемой проблеме¹.

223

В XIX в. первыми судебными решениями о применении отсылки были решения английских судов 1841 и 1847 гг., но как таковой термин «отсылка» в этих решениях еще не фигурировал. В 1841 г. Кентерберийский суд рассматривал дело *Collier v. Rivaz* относительно английского подданного, домицилированного в Бельгии, но составившего завещание в соответствии с английским правом. По английскому закону завещание являлось недействительным, так как к документу должен был применяться закон домицилия наследодателя, т.е. бельгийский закон. Тем не менее завещание было признано действительным, так как бельгийское коллизионное право содержало правило, согласно которому домицилированный на территории Бельгии англичанин должен совершать завещание в соответствии со своим национальным законом, следовательно, с точки зрения бельгийского права, которое должен применять английский суд, в отношении данного завещания действовал английский закон. То есть английский закон отсылаел к бельгийскому закону, а бельгийский – обратно к английскому, и английский судья принял обратную отсылку и утвердил завещание². Именно в этом деле судья Дженнер сформулировал мнение, что он должен рассмотреть дело так, как если бы он был бельгийским судьей³. Английский суд должен «перевплотиться» в судью той юрисдикции, на которую указывает его собственная коллизионная норма. Именно это суждение впоследствии стало для английской доктрины и практики основной отправной точкой для анализа проблемы *renvoi*. Последующая английская практика показала колебания в вопросе о допущении обратной отсылки. Так, применимость *ratio* названного решения *Collier v. Rivaz* было по существу поставлено под сомнение последовавшим за ним решением *Bremer v. Freeman*,

¹ Вольф М. Международное частное право / Пер. с англ.; Под ред. и с предисл. А.А. Лунца. М., 1948 (по изд. 1945 г.). С. 212.

² Нольде Б.Э. Очерк международного частного права // Луиш Ф. Международное право в систематическом изложении / Пер. под ред. В.Э. Грабаря. Юрьев, 1909. С. 475; Dicey Albert Venn, Morris John Humphrey Carlile, Collins Lawrence Antony, Briggs Adrian. Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws / Under the general editorship of Lawrence Collins; with specialist eds.; [Adrian Briggs ... et al.] 14th ed. London, 2006. Vol. 1. P. 76 (par. 4-010).

³ Левитин А.Б. Спорные вопросы международного частного права // Ученые записки ВИЮН. Вып. 2 (6). М., 1957. С. 68.

в котором суд (Тайный совет) при сходном фактическом составе отказался признать действительность завещания¹.

Анализ, в частности, двух приведенных решений английского суда заставил Чешира заметить, что доктрина *renvoi* основывается на неубедительных прецедентах и не может считаться общей нормой английского права, поскольку практика не выработала достаточной прецедентной базы².

Современному английскому праву при решении некоторых специальных вопросов (касательно, например, титула на землю и на движимости за рубежом, формальной действительности брака³) свойственно использование очень специфической коллизионной техники. Английский суд применяет технику так называемой полной или двойной отсылки («*total*» or «*double*» *renvoi*)⁴. Существование этой концепции состоит в том, что английский судья должен применить всякую норму иностранного суда, на страну которого указывает его собственная коллизионная норма – норма страны суда. При этом английский судья должен принять во внимание то, как будет действовать иностранный судья. Помимо прочего это означает, что английский судья должен понять, как к *renvoi* относится иностранный судья и как этот иностранный судья понимает механизм действия своей коллизионной нормы⁵.

Дискуссия по вопросу об обратной и дальнейшей отсылке стала оживленной после принятия французским судом решения по делу Форго 1878 г. (окончательно решено кассационным судом в 1882 г.). Факты этого дела были таковы. Проживавший в течение нескольких лет в Париже баварский подданный умер без завещания, оставив движимое имущество. В соответствии с французским правом вопрос о наследовании подлежал урегулированию в соответствии с баварским законом как национальным законом Форго. Баварский же закон отсылал к французскому закону как закону последнего места проживания наследодателя. Французский Кассационный суд

¹ *Dacey Albert Venn, Morris John Humphrey Carlile, Collins Lawrence Antony, Briggs Adrian*. Op. cit. P. 77 (par. 4-013).

² *Fawcett J. James, Carruthers Janeen M., North Peter Machin*. Cheshire, North and Fawcett Private International Law. 14th ed. Consultant ed. Peter North. Oxford [etc.], 2008. P. 61.

³ *Dacey Albert Venn, Morris John Humphrey Carlile, Collins Lawrence Antony, Briggs Adrian*. Op. cit. P. 83–84 (par. 4-024–4-026).

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Fawcett J. James, Carruthers Janeen M., North Peter Machin*. Op. cit. P. 61.

склонился в пользу допущения обратной отсылки к французскому праву и применил французскую норму, в силу которой родственники Форго не имели права наследования, и все имущество перешло к французской казне¹.

227 За решением по делу Форго последовал целый ряд решений, также принявших концепцию отсылки. Однако уже в конце XIX в. и позднее имели место решения, отвергавшие применение обратной отсылки. Мнения в доктрине той эпохи разделились. В целом можно было говорить о том, что как в Германии, так и во Франции наблюдалось расхождение между наукой, в основном отвергавшей концепцию *renvoi*, и судебной практикой².

228 Так, в практике немецких судов, которые учитывали отдельные случаи допущения обратной отсылки в Германском гражданском уложении, имели место как случаи признания обратной отсылки (ремиссии), так и случаи признания отсылки к праву третьего государства (трансмиссии). Хотя право указывало лишь на несколько случаев допущения отсылки, применение концепции было расширено по аналогии до такой степени, что были охвачены практически все случаи коллизии законов³.

229 Практика США, в принципе враждебная доктрине *renvoi*, тем не менее допускала обратную отсылку при решении вопросов титула на землю и вопросов действительности разводов⁴.

230 Примером допущения обратной отсылки в законах одного из штатов США является Гражданский кодекс Луизианы 1825 г. В 1991 г. в этот Кодекс была помещена книга 4 «Коллизии законов». Статья 3517 этой книги указывает на общее недопущение отсылки: «за исключением указаний об ином, когда согласно настоящей Книге применимым является право другого штата, это право не включает коллизионное право этого штата»⁵. Однако в качестве

¹ Вольф М. Указ. соч. С. 213.

² См. обзор полемики в российской прежней литературе: Пилленко А.А. Очерки по систематике частного международного права. СПб., 1911. С. 221–224, 228–237; Левитин А.Б. Указ. соч. С. 65–89; Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 341–349; Корецкий В.М. Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. Очерк третий: Обратная отсылка // Корецкий В.М. Избранные труды. В 2 кн. / АН УССР. Ин-т государства и права; Редкол.: В.Н. Денисов (гл. ред.) и др. Киев, 1989. Кн. 1. С. 297–303.

³ Вольф М. Указ. соч. С. 214.

⁴ Там же.

⁵ Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.А. Маковского; Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001. С. 541.

исключения возможно принятие во внимание коллизионных норм иного штата в таких, например, случаях, как деликты и определение статуса физического лица¹.

Практика Германии до наших дней продолжает допускать обратную и дальнейшую отсылку. Немецкие коллизионные нормы отсылают к иностранному правопорядку в целом, т.е. и к его международному частному праву, если это не противоречит смыслу соответствующей немецкой коллизионной нормы – ст. 4 (I, 1) Вводного закона к ГГУ². Более того, в доктрине высказывается мнение, что при отсутствии искомой коллизионной нормы в праве, на которое указывает немецкая коллизионная норма, содержание такой искомой нормы выводится из смысла норм этого чужого права относительно подсудности³.

Современная практика Франции также продолжает допускать обратную и дальнейшую отсылку в значительном числе случаев⁴.

Указ 1979 г. № 13 о международном частном праве Венгрии исходит из возможности принятия обратной отсылки только в случаях, когда иностранное право отсылает к венгерскому закону (§ 4 Указа: «если иностранное право отсылает обратно к венгерскому закону, конкретный вопрос будет решаться в силу такой отсылки по венгерскому праву»)⁵.

Статья 4 польского Закона 1965 г. о международном частном праве предусматривает принятие как обратной отсылки, так и отсылки к закону третьего государства: «§ 1. Если иностранное право, указанное настоящим законом как подлежащее применению, предписывает применять к данному правоотношению польское право, применяется польское право. § 2. Если иностранное право, указанное настоящим законом как подлежащее применению, предписывает применение к данному правоотношению другое иностранное право, применяется это другое право»⁶.

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.А. Маковского; Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. С. 541.

² *Kox X, Mag nus Y, Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2003. С. 35.

³ *Von Hoffmann Bernd, Thorn Karsten.* Op. cit. P. 248–249 (§ 83–86); *Аничкин А.В.* Институт обратной отсылки в современном международном частном праве // Московский журнал международного права. 2001. № 1. С. 126.

⁴ *Loussouarn Yvonne, Bourel Pierre, de Vareilles-Sommières Pascal.* Op. cit. P. 262.

⁵ Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 230.

⁶ Там же. С. 470.

- 235 Федеральным законом Австрии 1978 г. о международном частном праве (§ 5 «Обратная и последующая отсылка») допускается отсылка к праву третьего государства, отсылка к иностранному правопорядку охватывает также его коллизионные нормы. Если иностранная коллизионная норма отсылает к австрийскому праву, применяются материальные нормы австрийского права. В случае последующей отсылки определяющими будут являться материальные нормы того правопорядка, который далее не отсылает или к которому отсылка производится в первый раз обратно.
- 236 Наиболее развернутым образом представлено регулирование по рассматриваемому вопросу в швейцарском Федеральном законе о международном частном праве, вступившем в силу в 1989 г. Во-первых, отсылка швейцарского Закона к иностранному праву охватывает все положения, которые в соответствии с этим правом подлежат применению к обстоятельствам дела (ст. 13). Во-вторых, если применимое право предусматривает отсылку к швейцарскому праву или к другому иностранному праву, то такая отсылка принимается во внимание, поскольку она предусматривается данным Законом. Например, этот Закон предусматривает отсылку к швейцарскому праву в вопросах личного и семейного статуса (п. 2 ст. 14)¹.
- 237 Так же, как и в Швейцарии, применение обратной отсылки только в конкретных, установленных законом случаях предусмотрено итальянским Законом 1995 г. № 218 «Реформа итальянской системы МЧП» (п. 1 ст. 13 «Отсылка»: в случаях, когда последующие статьи отсылают к иностранному праву, во внимание должна приниматься отсылка иностранного международного частного права к праву другого государства, если право такого государства признает обратную отсылку; отсылка сделана к праву Италии); Гражданским кодексом 1966 г. Португалии (ст. 16–19 Кодекса устанавливают самую подробную из существующих на настоящий момент национальных регламентаций института обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства).
- 238 Гражданским кодексом Испании 1889 г. (Вводный титул, гл. 4 «Нормы международного частного права», п. 2 ст. 12) применение обратной отсылки санкционируется, но не допускается отсылка дальнейшая: «отсылка к иностранному праву понимается как осуществленная к его материальному закону без учета повторной отсылки, которую его коллизионные нормы могут делать к другому закону, не являющемуся испанским»².

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 631.

² Там же. С. 313.

В числе новейших кодификаций, также построенных на отсылке, 239
следует упомянуть Гражданский кодекс Квебека 1991 г. – ст. 3080¹.

Римская конвенция 1980 г. о праве, применимом к договор- 240
ным обязательствам, отвергает обратную отсылку. В соответ-
ствии со ст. 15 Конвенции «под правом государства, подлежащим
применению в соответствии с настоящим соглашением, понима-
ются действующие в этом государстве правовые нормы, за исклю-
чением норм международного частного права»². Упоминание этой
Конвенции особенно важно в связи с тем, что ею в странах Евро-
пейского Союза, по существу, эффективно устранено применение
отсылки в области договоров.

Аналогично решен вопрос об отсылке и в ст. 20 Регламента ЕС 241
№ 593/2008 от 17 июня 2008 г. о праве, применимом к договорным
обязательствам³.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ 1985 г. о международном торго- 242
вом арбитраже (п. 1 ст. 28 «Нормы, применимые к существу спора») у-
станавливает, что арбитражный суд разрешает спор в соответ-
ствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве
применимых к существу спора. Если отсутствует указание об ином,
любое обозначение права или системы права какого-либо государ-
ства толкуется как непосредственно отсылающее к материальному
праву этого государства, а не к его коллизионным нормам. Измене-
ния 2006 г. к названному Типовому закону, рекомендованные Гене-
ральной Ассамблеей ООН⁴, не затронули рассматриваемой нормы.

Тем же путем идут и иные новейшие унификационные доку- 243
менты, разработанные Гагской конференцией по международно-
му частному праву: Гагская конвенция от 5 июля 2006 г. о праве,
применимом к определенным правам в отношении ценных бумаг,
хранящихся у посредника (ст. 10)⁵ и Протокол от 23 ноября 2007 г.
о праве, применимом к обязательствам по содержанию (ст. 12)⁶.

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 347.

² Official Journal L 266, 09.10.1980.

³ Official Journal of the European Union L 177. 4.7.2008.

⁴ Документ ООН A/RES/61/33.

⁵ Сведения о документе приводятся по странице Гагской конференции по меж-
дународному частному праву: [http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.
text&cid=72](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=72).

⁶ Сведения о документе приводятся по странице Гагской конференции по меж-
дународному частному праву: [http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.
text&cid=133](http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=133).

- 244 Английский Закон о международном частном праве 1995 г. исключает отсылку применительно к коллизионному регулированию деликтных обязательств¹; применение же концепции к договорам устранено Законом 1990 г., которым в английское право введены правила Римской конвенции 1980 г.²
- 245 Новейшая судебная практика Англии показывает склонность судов этой страны отказываться от допущения отсылки. В недавнем деле *Iran v. Berend*, разрешенном Судом королевской скамьи 1 февраля 2007 г., истец – Иран – потребовал возврата фрагмента известнякового барельефа эпохи Ахменидов.
- 246 Ответчица – Дениза Беренд – в свою защиту ссылалась на то, что английские коллизионные нормы указывают на применимость к вопросу о титуле на этот барельеф французского права, поскольку она приобрела этот фрагмент, когда он был во Франции (в ноябре 1974 г.). Ответчик полагала, что французское право дает ей возможность защищаться в соответствии с правилами относительно защиты добросовестного приобретателя или приобретательной давности. Спорный фрагмент барельефа был приобретен на публичном аукционе.
- 247 Истец требовал применить французские коллизионные нормы, которые в изъятие из общего правила *lex situs* указывали на применимое право Ирана – страны происхождения фрагмента барельефа. Применение права Ирана означало бы необходимость удовлетворения иска.
- 248 Суд королевской скамьи отказался применить отсылку и, следовательно, право Ирана, сочтя, что понятие французского права, с точки зрения английской коллизионной нормы, включает лишь его материальные нормы, но не коллизионные³.
- 249 В российском праве проблема отсылки на уровне закона впервые получила регулирование в актах, посвященных вексельному и чековому праву. Так, Положение о чеках, утвержденное Постановлением СНК и ЦИК СССР от 6 ноября 1929 г., а также Положение о простом и переводном векселе, утвержденное Постанов-

¹ *Dicey Albert Venn, Morris John Humphrey Carlile, Collins Lawrence Antony, Briggs Adrian*. Op. cit. P. 82 (par. 4-021, ftn. 51).

² *Ibidem*.

³ *Iran v. Berend* [2007] EWHC 132 (QB). Сведения о судебном решении приводятся по сайту Британского и ирландского института правовой информации: <http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2007/132.html>. Ссылка по состоянию на 12 февраля 2009 г.

лением СНК и ЦИК СССР от 7 августа 1937 г., воспроизводившее Единообразный закон о простом и переводном векселе – приложение к Женевской конвенции 1930 г., предусматривали, что если иностранный закон отсылал к закону другого государства, то применялся этот последний закон.

Закон РФ о международном коммерческом арбитраже 1993 г. 250
основан на упоминавшемся выше Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже (в ред. 1985 г.). Соответственно Закон РФ о международном коммерческом арбитраже вслед за Типовым законом ЮНСИТРАЛ в ст. 28 закрепляет негативное отношение к обратной отсылке, предписывая при рассмотрении споров в арбитраже толковать любое обозначение права или системы права какого-либо государства как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

Новейшая российская кодификация коллизионного права, осуществленная в части третьей ГК РФ России, вступившей в силу с 1 марта 2002 г., содержит в ст. 1190 правила, касающиеся отсылки. Согласно данной статье любая отсылка к иностранному праву понимается как отсылка к материальному, а не коллизионному праву соответствующей страны. 251

Однако п. 2 ст. 1190 ГК РФ предусматривает исключения из 252
вышеуказанного правила в вопросах определения правового положения физического лица. Обратная отсылка, но не дальнейшая отсылка, допускается при определении личного закона физического лица; права, регулирующего гражданскую правоспособность и дееспособность; права, подлежащего применению при определении прав физического лица на имя; права, применимого к опеке и попечительству; права, подлежащего применению при признании безвестно отсутствующим или объявлении умершим.

Следует согласиться с анализом М.М. Богуславского, что часть 253
третья ГК РФ является примером общего отрицательного подхода к обратной отсылке¹.

Представляется, что предпринятое обозрение позволяет 254
заключить, что тенденцией развития современного коллизионного права является отказ от применения обратной и дальнейшей отсылки или по меньшей мере ограничение сферы применения допущения отсылки.

¹ *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. 5-е изд., перераб. и доп., с изм. М., 2008. С. 104.

- 255 **Полемика в доктрине.** Обзорение доводов сторонников доктрины обратной отсылки на основе современной литературы международного частного права сопряжено с известными сложностями. Изложение ее достоинств – достояние преимущественно доктрины прошлого. Так, работа А. Дайси «Конфликтное право» (*The Conflict of Laws*) в своей современной 14-й редакции не может служить основой для анализа полемики между Дайси и Чеширом по вопросу об обратной отсылке. Сам Дайси в течение своей жизни отстаивал допустимость *renvoi*¹. В новой же редакции излагаются уже скорее соображения в пользу того, что доктрина отсылки имеет в английском праве применение лишь в ограниченном числе случаев², а теоретические и практические сложности, связанные с ее применением, иногда перевешивают любые ее достоинства³.
- 256 Обратимся к анализу того, каких целей позволяет достичь применение доктрины обратной и дальнейшей отсылки и какие сложности связаны с ее применением.
- 257 Следует согласиться с суждением английской доктрины, что допущение отсылки ставит суд в зависимость от двусмысленных и противоречивых показаний иностранных экспертов. Она делает необходимым получение доказательств не только в отношении существа материально-правового регулирования в данной стране, но и в отношении норм коллизионных. В праве Англии эта задача оказывается тем более сложной, что вдобавок суд оказывается перед необходимостью осмыслить и иностранные правила в отношении отсылки⁴.
- 258 Следует согласиться с мнением⁵, что концепция обратной отсылки не может не предполагать неразрешимого логического противоречия, возникающего при попытке ее применения. Если всякая коллизионная норма указывает на иную правовую систему, включающую и коллизионные нормы, тогда неизбежно возникает бесконечный ряд отсылок, именуемый в доктрине «зеркальным кабинетом» (*Spiegel Cabinet*), «заколдованным кругом» (*cercle vicieux*), «лаун-теннисом» (*lawn-tennis*)⁶.

¹ Fawcett J. James, Carruthers Janeen M., North Peter Machin. Op. cit. P. 62.

² Dicey Albert Venn, Morris John Humphrey Carlile, Collins Lawrence Antony, Briggs Adrian. Op. cit. P. 83 (par. 4-024).

³ Ibid. P. 83 (par. 4-023).

⁴ Ibid. P. 86 (par. 4-030).

⁵ Пиленко А.А. Указ. соч. С. 257; Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 2005 (по изд. 1924 г.). С. 58; Нольде Б.Э. Указ. соч. С. 477.

⁶ Пиленко А.А. Указ. соч.

Авторы современной редакции учебника международного частного права Чешира и Норта в качестве важнейшего аргумента против доктрины обратной отсылки используют указание на ее несоответствие нуждам практики. Так, в области договорного права очевидно, что коллизийная норма указывает лишь на чужое материальное право. Это связано с тем, что в этой сфере широко допускается автономия воли сторон, и лишь немногие предприниматели осознанно опирались бы на доктрину *renvoi*¹. 259

В английской доктрине обращается внимание и на иные сложности при применении доктрины отсылки. Так, если статус физического лица регулируется законодательством государства, на территории которого действует несколько правовых систем, отсылка к национальному праву такого лица будет лишена смысла, так как претендовать на регулирование правоотношения все равно будут несколько правопорядков, действующих в таком государстве². В этой связи указывают на английское решение по делу 1940 г. *re O'Keefe*: британская подданная умерла в Италии, не оставив завещания. Встал вопрос о наследовании движимого имущества. В соответствии с английскими коллизийными нормами наследование должно было регулироваться итальянским правом, так как итальянское право было правом домицилия умершей. Итальянская коллизийная норма указывала на применимость закона гражданства умершей. Местом рождения женщины была Индия, первоначальным домицилием – Ирландия, так как ее отец имел там постоянное место жительства, когда она родилась. Однако в Ирландии женщина была лишь однажды проездом, в том время как в Англию она навещалась гораздо чаще, а постоянно проживала в Италии. Тем не менее суд решил, что применению подлежит право Ирландии³. 260

Сторонники допущения обратной отсылки говорят, что она позволяет достичь единства решений вне зависимости от того, в какой стране разбирается дело. Так, в отечественной литературе эту точку зрения отстаивал В.М. Корецкий, который полагал, что роль концепции обратной отсылки в том, чтобы обеспечить согласование конфликтных норм разных государств при их выявленной несогласованности⁴. 261

¹ *Fawcett J. James, Carruthers Janeen M., North Peter Machin.* Op. cit. P. 59.

² *Collier J.G.* Conflict of Laws, 3-rd ed. Cambridge, 2001. P. 23.

³ *Ibid.* P. 24.

⁴ *Корецкий В.М.* Указ. соч. С. 305–306.

- 262 Следует, однако, согласиться, что допущение обратной отсылки отнюдь не обязательно обеспечивает единообразие решений. А.А. Пиленко заметил, что отсылка не ведет к искомому единству. Так, последовательное применение отсылки судом двух разных стран приведет, по мнению Пиленко, к комически звучащему результату. Два судьи применят разные законы, притом каждый — не тот закон, на который указывает его собственная коллизионная норма¹.
- 263 Чешир и Норт в связи с этим отмечали, что с точки зрения применимой английской доктрины *renvoi* единообразие может быть достигнуто тогда, когда концепция применима только в одной из стран, чьи коллизионные нормы претендуют на применение². В противном случае цепочка отсылок может быть бесконечной. С этим мнением был согласен и А.Н. Макаров³.
- 264 В поддержку концепции отсылки иногда приводят то соображение, что благодаря обратной отсылке правоотношение регулирует национальное материальное право, которое, по понятным причинам, известно суду лучше, чем право иностранное, что позволяет ему регулировать правоотношение с меньшими затруднениями⁴.
- 265 Близка к приведенной точке зрения и концепция С.Б. Перетерского. Он полагал, что если иностранное право, на которое указывает советская коллизионная норма, отказывается от регулирования правоотношения, надлежит применить обратную отсылку к советскому праву⁵. Мотивом для такого решения для названного автора стало то, что «применение буржуазного права в СССР является некоторым изъятием из системы применения советского права», а если так, то «там, где само иностранное право отказывается от регулирования соответствующего вопроса, нет оснований расширять сферу его применения»⁶. Автор, очевидно, имеет в виду отказ от регулирования спорного правоотношения в силу дейст-

¹ Пиленко А.А. Указ. соч. С. 254.

² Fawcett J. James, Carruthers Janeen M., North Peter Machin. Op. cit. P. 62.

³ Makarov Alexander N. Op. cit. S. 86.

⁴ Clarkson C.M.V., Hill Jonathan. The Conflict of Laws. Oxford, 2006. P. 477; Бендеский Траян. Международное частное право. М., 2005. С. 231. Следует заметить, что названные авторы излагают приведенную точку зрения не как свою собственную, но лишь как известную литературе.

⁵ Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959. С. 50.

⁶ Там же.

вия иностранной коллизионной нормы. Это означает, что обратную отсылку следует в таких случаях допускать¹.

Представляется, что оба этих суждения имеют в своей основе общее неприятие идеи допущения применения иностранного права. Действительно, если есть возможность избежать такой неприятности, как обращение к праву иной страны, почему бы и не использовать для этого такую удобную концепцию, как отсылка?

Проблема отсылки в ряду более общих проблем коллизионного права. Вопрос о допущении обратной и дальнейшей отсылки связан с вопросом о природе коллизионной нормы и о назначении конфликтного (коллизионного) права. Именно таким образом эта проблема традиционно рассматривалась в литературе².

По мнению Б.Э. Нольде, «коллизионная норма выражает мнение законодателя, что известное правоотношение ближе всего связано, по тем или другим соображениям, с известной системой гражданского права; когда коллизионная норма говорит, например, что дееспособность определяется по национальному закону лица, то этим самым признается, что национальное законодательство лучше всех других может указать, когда лицо делается способным к совершению правовых сделок»³. Под национальным законодательством Нольде понимает материальное право. Из этого он делает вывод, что «совершенно безразлично, отказывается или нет иностранное коллизионное право определять судьбу данного правоотношения»⁴.

Точку зрения Нольде разделял и А.Н. Макаров: «Решающее значение при обсуждении проблемы отсылки должны... иметь не критические доводы, а внимательный анализ самого существа вопроса в тесной связи с основными принципами коллизионного права. В самом деле, что означает указание коллизионной нормы на подчинение данного осложненного международным элементом правоотношения иностранному праву? Означает, что правоотношение это теснее связано с иностранным правопорядком, чем с правопорядком отечественным. ...При такой постановке вопроса, конечно, совершенно безразлично, отказывается ли иностранное право обсуждать данное правоотношение»⁵.

¹ Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. С. 50.

² Нольде Б.Э. Указ. соч. С. 477; Пилленко А.А. Указ. соч. С. 248; Макаров А.Н. Указ. соч. С. 60; Брун М.И. Введение в международное частное право. Пг., 1915. С. 75–79.

³ Нольде Б.Э. Указ. соч. С. 477–478.

⁴ Там же. С. 478.

⁵ Макаров А.Н. Указ. соч. С. 60.

- 270 Суждения Нольде и Макарова были поддержаны и А.Б. Левиным, который, в частности, говорил: «Иностранное право мы применяем в тех случаях, когда правоотношение крепче связано с определенным иностранным правом... Мы применяем иностранное право в силу своей коллизионной нормы и по мотивам целесообразности, так как считаем, что только таким путем суд сможет правильно решить дело. Но зато в таких случаях мы должны применить соответствующее иностранное право (конечно, материальное), не считаясь с его коллизионной нормой, с его желанием или нежеланием быть примененным»¹.
- 271 Сходным образом высказываются и авторы современной редакции труда Чешира и Норта. Допущение отсылки, по их замечанию, «апофеоз *comity*», означает подмену внутренних правовых норм Англии иностранными, капитуляцию английских коллизионных норм. Коллизионная норма призвана обеспечить избрание права. Применение же чужой нормы взамен национальной не соответствует ее природе и парадоксально².
- 272 В контексте исследуемого вопроса интересной кажется точка зрения М.И. Бруна, который в работе «Введение в международное частное право» сформулировал ряд важных соображений в пользу того, что коллизионная норма имеет публично-правовую природу. По мнению Бруна, коллизионная норма, во-первых, действует независимо от инициативы частных лиц и содержит в себе императив, обращенный только к органам государственной власти, уполномоченным выбирать между гражданскими законами различных правопорядков; во-вторых, коллизионное право ставится своим законодателем в роль суперарбитра над отдельными гражданскими законодательствами, как своим, так и чужими. При этом обратная отсылка указывает суду, при каких условиях тот или иной правопорядок компетентен регулировать частноправовые отношения, а также на то, как далеко простирается назначение суда и каковы пределы действия законов, которые суд призван применить. Брун разделяет ту точку зрения, что коллизионная норма передает идею, которую государство имеет о собственном суверенитете и показывает, как государство смотрит на свое положение относительно других государств³.

¹ Левитин А.Б. Указ. соч. С. 85.

² Fawcett J. James, Carruthers Janeen M., North Peter Machin. Op. cit. P. 63.

³ Брун М.И. Указ. соч. С. 78–79.

Брун полагал, что коллизийная норма уже потому публично-правовая, что она, предопределяя поведение судей данной страны, ни к чему не обязывает частных лиц, и нарушение ее не может идти от частного лица. Нарушить ее может только судья или вообще должностное лицо, сделавшее неправильный выбор компетентного закона¹. Тем самым, как представляется, Брун, по существу, относит коллизийную норму к числу процессуальных, поскольку именно процессуальные нормы призваны «предопределить поведение судьи».

Брун резюмирует свои наблюдения тем, что, будучи по своей природе публично-правовой, коллизийная норма никогда не уступает своего места коллизийной норме чужого законодательства, а, следовательно, отсюда сама собой вытекает несостоятельность теории обратной и дальнейшей отсылки².

Следует отметить, что другой отечественный ученый, В.Э. Грабарь, солидарен с М.И. Бруном, отмечая, что «учение о столкновении гражданских законов разных государств» относится к области процессуального права³.

Та точка зрения, что международное частное право является собой часть права гражданского, все еще является в отечественной литературе доминирующей. Вместе с тем мы не можем не поддержать мнения Бруна и Грабаря, что коллизийные нормы по меньшей мере близки к процессуальным. Это суждение становится тем более актуальным в современном коллизийном праве, в котором решительно начинают доминировать «гибкие» коллизийные принципы, ориентированные на правоприменителя – арбитра или судью. Сами стороны международного гражданского правоотношения в ситуации действия «гибких» коллизийных норм лишены, по существу, возможности твердо судить об исходе решения судом коллизийного вопроса. Они как с точки зрения теории, так и на практике не только лишены возможности применить коллизийную норму, но зачастую и уверенно спрогнозировать результат ее применения.

Хорошей иллюстрацией того, насколько близкими оказываются нормы процессуальные и коллизийные, могут быть предписания ч. 2 ст. 28 Типового закона ЮНСИТРАЛ «О международном

¹ Брун М.И. Указ. соч. С. 77.

² Там же. С. 79.

³ Грабарь В.Э. Материалы к истории литературы международного права в России (1647–1917). М., 1958. С. 463.

торговом арбитраже» (на нем основан и Закон РФ 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже»): «При отсутствии какого-либо указания сторон арбитражный суд применяет право, установленное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми». Эта своеобразная «сверхколлизонная» норма закона, призванная решить вопрос о конфликте коллизионных норм, указывает на то, что арбитры должны в первую очередь определить применимое коллизионное право, а уже затем на его основе отыскивать применимые нормы права материально (*voie indirecte* – «непрямой путь»). Она может быть воспринята и в качестве коллизионной, и в качестве процессуальной. Эта норма не является вполне коллизионной, поскольку не дает прямого ответа на вопрос о способе решения коллизионной проблемы, но и не является вполне обычной процессуальной, поскольку в конечном итоге призвана указать именно на путь определения применимого права.

278 Представляется, что такая близость правовой природы коллизионных и процессуальных норм подтверждает важность аргумента, предложенного Бруном. Публично-правовая норма, имеющая по общему правилу строго территориальное действие, не может быть применена вследствие указания на нее со стороны другой коллизионной нормы. То есть сама природа коллизионных норм противоречит идее допущения обратной и дальнейшей отсылки.

279 Л.А. Лунц оценивал роль коллизионного права несколько иначе. Он полагал, что «применение норм иностранного права... диктуется стремлением способствовать укреплению мира, международного общения и развитию международных экономических связей. ...Поэтому в применении иностранного права органы Советского государства во всяком случае не имеют оснований идти дальше того, чем это делают органы соответствующих иностранных государств. Если советская коллизионная норма отсылает к иностранному праву, а это последнее содержит обратную отсылку к советскому праву, то подлежит применению советское право»¹.

280 Анализ Л.А. Лунца представляется не вполне законченным. Конечно, коллизионная норма должна способствовать развитию международных экономических связей, но совсем не понятно, как из этого следует сделать вывод о необходимости применять обратную отсылку.

¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. С. 348; Он же. Международное частное право. М., 1949. С. 129–130.

Вопрос о месте обратной и дальнейшей отсылки в коллизионном праве тесно связан и с вопросом о характере коллизионных норм. В современном конфликтном праве происходит своеобразная революция, состоящая во все более широком допущении гибких коллизионных норм и принципов, лишь указывающих на путь отыскания права, тесно связанного с правоотношением в каждом конкретном случае. 281

Представляется, что доктрина отсылки была применена судами для того, чтобы выбраться из прокрустова ложа «жестких» коллизионных норм, действие которых зачастую приводило к очевидно несправедливому или неразумному результату. Очевидно, суды стремились оставить в своем распоряжении инструмент для отказа применить право, на которое указывает коллизионная норма, хотя бы и опираясь на доктрину *renvoi*. В этом смысле отсылка действительно в некоторых случаях в состоянии обеспечить более справедливое регулирование правоотношения, пусть и с использованием такой логически небезупречной и противоречивой концепции, как отсылка. 282

На это обращается внимание в английской литературе. В праве Англии доктрина *renvoi* возникла в качестве средства минимизации жесткости коллизионных норм относительно действительности завещаний¹. 283

В современном коллизионном праве отсылка имеет шансы выжить только лишь в тех областях, где сохраняются жесткие коллизионные нормы. В области права договорного она в наши дни уже по существу повсеместно устранена. Как справедливо заметил У. Тетли, «сегодня, когда применяется критерий «наиболее тесной связи», в *renvoi* уже более нет необходимости: коллизионные нормы государств, принявших такой критерий, ведут к одинаковому решению проблемы»². 284

Представляется, что обратная и дальнейшая отсылка может стать достоянием истории права лишь тогда, когда во всех областях коллизионного регулирования повсеместно установится принцип наиболее тесной связи. 285

¹ Dicey Albert Venn, Morris John Humphrey Carlile, Collins Lawrence Antony, Briggs Adrian. Op. cit. P. 80 (par. 4–19).

² Tetley William, Wilkins Robert C. International Conflict of Laws: Common, Civil and Maritime. Montreal, 1994. P. 75–76.

4.6. УСТАНОВЛЕНИЕ СОДЕРЖАНИЯ НОРМ ИНОСТРАННОГО ПРАВА

286 В настоящее время вследствие активного участия России в международном торгово-экономическом, научно-техническом и культурном сотрудничестве значительно возросло число судебных споров с участием иностранных лиц. Это влечет за собой увеличение числа случаев применения иностранного права в судебной практике, особенно в сфере предпринимательской деятельности.

287 Ранее порядок установления содержания норм иностранного права определялся Основами гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (Основы ГЗ). В ст. 157 Основ ГЗ предусматривалось, что суд должен основываться на их официальном толковании, практике применения и доктрине в соответствующем иностранном государстве. В целях определения содержания норм иностранного права суд, арбитражный суд, третейский суд или административный орган могли обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением к Министерству юстиции РФ и иным компетентным органам или учреждениям внутри страны и за границей либо привлечь экспертов. Лица, участвующие в деле, могли представить документы, подтверждающие содержание соответствующих норм иностранного права. Если содержание норм иностранного права, несмотря на принятые меры, не удавалось установить, следовало применять отечественное право. Аналогичные нормы содержались в п. 1 ст. 12 Арбитражного процессуального кодекса РФ, а также сохраняются в Семейном кодексе РФ (ст. 166).

288 Ныне действующий ГК РФ *сохранил правила Основ ГЗ о порядке установления содержания норм иностранного права* (ст. 1191). В то же время ГК предусмотрел весьма существенные новеллы в этом вопросе. В отличие от Основ ГЗ по ГК лица, участвующие в деле, вправе не только представлять документы, подтверждающие содержание соответствующих норм, но могут и иным образом содействовать суду в выяснении их содержания (ч. 2 п. 2 ст. 1191). Более того, по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено судом на стороны (ч. 3 п. 2 ст. 1191). Таким образом, роль лиц, участвующих в деле, в процессе установления содержания норм иностранного права повышена самым существенным образом.

Аналогичные изменения претерпели и нормы АПК РФ, в кото- 289
ром практически буквально воспроизводятся положения вышеупо-
мянутой ст. 1191 ГК РФ. При этом, однако, в ГК указанная статья
озаглавлена как «Установление содержания норм иностранного пра-
ва», а в АПК – «Применение норм иностранного права» (ст. 14).

Проблемы, возникающие при применении судами иностран- 290
ного права, могут быть обнаружены и проанализированы толь-
ко при выяснении того, что обуславливает выбор законодателем
и вслед за ним судами того или иного метода установления содер-
жания иностранного права.

В доктрине стран англосаксонского или общего права, напри- 291
мер США, Великобритании, господствовало, по крайней мере до
недавнего времени, мнение, согласно которому иностранное право
служит лишь одним из фактических обстоятельств, подлежащих
доказыванию. Иными словами, для общего права традиционным
является подход к иностранному праву как к факту.

Это особенно характерно для Англии. Согласно данному под- 292
ходу иностранное право должно быть доказано экспертами. Ино-
странное право – это вопрос факта. Решение иностранного суда
не обязательно для английского суда¹.

Общий подход в США к иностранному праву до недавнего 293
времени также заключался в том, что суд должен был относиться
к нему так, как если бы оно было фактом; его нужно было доказы-
вать с применением обычных правил о доказательствах. Решение
суда по вопросу об иностранном праве не имело силу прецеден-
та². Более того, если необходимые доказательства не представ-
лялись, суд мог исходить из тождества права США и соответст-
вующего иностранного государства и, как следствие, применять
право США³.

Для многих европейских стран, относящихся к романо-гер- 294
манской системе права, в частности ФРГ, Италии, иностранное
право является правовой категорией. Оно должно применяться
именно как право, а не рассматриваться как фактическое обстоя-
тельство, служащее предпосылкой для применения национально-
го права суда. Таким образом, с точки зрения доктрины этих стран
при применении иностранного права суд устанавливает не вопро-

¹ A Concise Treatise on Private International Law. Littleton; Colorado, 1988. P. 570.

² Clark D.S. The Use of Comparative Law by American Courts // The Use of Compara-
tive Law by Courts. Hague; London; Boston, 1999. P. 307.

³ The US Legal System. A Practice Handbook. Martinus Nijhoff Publishers, 1983. P. 150–151.

сы факта, а вопросы права¹. Как отмечает Х. Шак, иностранное право продолжает сохранять свой характер как зарубежное право и при его применении внутри страны. Германский судья связан иностранным законом и судебной практикой в том же объеме, что и иностранный судья².

295 В этой связи широко известно высказывание Вернера Голдшмидта о том, что судья, как архитектор, привносит вклад в развитие своего права, но действует просто как фотограф применительно к иностранному праву³. В немецкой юридической литературе, однако, высказывается мнение о том, что даже при применении иностранного права германский судья должен обладать полномочиями на развитие права, поскольку такое развитие часто невозможно отделить от правоприменения.

296 Что касается российской (советской) доктрины частного права, то иностранное право также традиционно рассматривается, по крайней мере большинством авторов, как правовая категория⁴. В то же время некоторые советские авторы придерживались иной позиции⁵.

297 Этот доктринальный подход закреплен в ныне действующем законодательстве (п. 1 ст. 1191 ГК). Согласно указанной норме установление содержания норм иностранного права должно осуществляться в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Следовательно, суд должен применять нормы иностранного права именно как правовые нормы и в соответствии с «духом» той правовой системы, частью которой они являются. Как отметил в своем постановлении от 13 ноября 2003 г. по делу № КГ-А40/8576-03 Федеральный арбитражный суд Московского округа, «согласно ст. 1191

¹ Анализ зарубежной доктрины по данному вопросу см.: Международное частное право. Современные проблемы. М., 1994. С. 475–489.

² См.: Шак Х. Международное гражданское процессуальное право. М., 2001. С. 305, 307.

³ Цит. по: Patrick Glenn H. An International Private Law of Contracts. International Conflict of Laws for the Third Millenium. 2001. P. 36.

⁴ См., например: Луниц А.А. Курс международного частного права: Общая часть. С. 188, 370; Звеков В.П. Указ. соч. С. 159.

⁵ Например, М.М. Агарков, учитывая условный характер противопоставления двух подходов, все же отмечал, что с точки зрения советского права применение судом иностранного закона является вопросом факта, а не права (см.: Агарков М.М. Применение советским судом иностранного закона // Проблемы социалистического права. 1938. № 3. С. 72).

ГК РФ при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм *не по своему мнению*, а в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве» (курсив наш. – *Авт.*)¹.

Несмотря на то, что противопоставление двух вышеописанных подходов весьма укоренилось в зарубежных и российских исследованиях по международному частному праву, в научной литературе справедливо указывалось на условность такого противопоставления. Еще в 1938 г. М.М. Агарков писал: «Противопоставление вопросов факта вопросам права является лишь условным обозначением проблемы, возникшей вследствие того, что по всем законодательствам... по-разному регулируется отношение суда к вопросу о существовании и применении закона и к установлению фактических обстоятельств дела»².

Условность противопоставления двух рассматриваемых методов установления содержания иностранного права предопределяется тем, что в самих странах, придерживающихся трактовки иностранного права как факта, признается особый характер такого фактического обстоятельства, как иностранное право. Более того, многие исследователи подвергают критике указанную трактовку иностранного права в принципе. Наконец, в настоящее время просматривается тенденция к стиранию существенных различий в законодательстве различных стран в подходах к установлению содержания иностранного права.

Современные английские исследователи признают, что иностранное право – это факт особого рода. Так, Р. Фентиман твердо убежден: утверждение, что иностранное право – факт, вводит в заблуждение. У него гибридный статус в английском праве³.

Изменения в законодательстве, доктрине и юридической практике стран, придерживающихся различных подходов к иностранному праву, свидетельствуют о наличии тенденции к устранению существенных различий в таких подходах.

Гражданский процесс в федеральных окружных судах США регулируется Федеральными правилами США о гражданском процессе⁴. Эти Правила не применяются непосредственно в судах шта-

¹ СПС «КонсультантПлюс».

² Агарков М.М. Указ. соч. С. 66.

³ Fentiman R. Op. cit. P. 6–9, 287.

⁴ Published by the Legal Information Institute, Cornell Law School. 2000. Sept.

- тов, однако многие из них при формулировании своих правил по гражданскому процессу восприняли нормы Федеральных правил.
- 303 Статья 44.1 Федеральных правил, озаглавленная «Установление иностранного права», предусматривает, что суд, устанавливая иностранное право, может принимать во внимание любые имеющие значение материалы или источники, включая заявления под присягой, независимо от того, представлены они стороной или нет и допустимы ли они в соответствии с Федеральными правилами о доказательствах. То, что установит суд, должно рассматриваться как решение суда по вопросу о праве.
- 304 Правило, предусмотренное ст. 44.1, было введено в Федеральные правила США о гражданском процессе в 1966 г. С тех пор аналогичные ему нормы включены в законодательство 22 штатов и округа Колумбия¹. Таким образом, очевидно, что Федеральные правила ориентируют суды США на отношение к иностранному праву как к правовой категории, а не как к фактическому обстоятельству.
- 305 Необходимо также принять во внимание те изменения, которые происходят в отечественном законодательстве. Российское законодательство и отечественная правовая доктрина традиционно исходят из понимания иностранного права именно как права. Поэтому суд устанавливает содержание иностранного права, подлежащего применению, *ex-officio*. Вместе с тем в абз. 3 п. 2 ст. 1191 ГК РФ предусмотрено положение о том, что по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено судом на стороны.
- 306 Указанные изменения в праве, доктрине и практике стран, придерживающихся противоположных подходов к вопросу об отношении к иностранному праву, являются ярким подтверждением условности противопоставления отношения к иностранному праву как к правовой категории и как к факту.
- 307 Вопрос о том, насколько правильно и эффективно удастся применить иностранное право и вообще удастся ли установить содержание его норм, в значительной степени зависит от того, как распределены обязанности по установлению содержания иностранного права между сторонами и судом.
- 308 Возможны следующие варианты распределения указанных обязанностей. Во-первых, законодатель относит установление

¹ *Clark D.S. Op. cit. P. 307.*

содержания иностранного права к обязанности суда. При этом сторонам может быть предоставлена возможность оказания в этом содействия суду. Во-вторых, бремя доказывания содержания норм иностранного права возлагается на стороны. В-третьих, может быть то или иное сочетание указанных вариантов.

На практике в большинстве случаев предпочтение отдается 309
последнему из перечисленных вариантов. При этом если ведущая роль в деле установления (доказывания) содержания иностранного права возлагается на суд, то резервируется ряд случаев, в которых в исключение из общего правила такая роль отводится сторонам.

Например, российский законодатель в качестве общего правила 310
возложил обязанность по установлению содержания иностранного права на суд (п. 1 ст. 1191 ГК РФ). Следует отметить, что прежде действовавшее законодательство, а именно Основы ГЗ (ст. 157), содержало аналогичное правило.

Судебная практика также неизменно относила установление 311
содержания норм иностранного права к обязанности суда и не допускала переложения ее на стороны.

Так, при рассмотрении в период действия Основ ГЗ спора между российской и бельгийской фирмами, возникшего из договора поставки, Арбитражный суд г. Москвы не усмотрел в действиях истца, не представившего суду сведения о применимом бельгийском праве, злоупотребления процессуальными правами на том основании, что выяснение содержания иностранного права суд счел своей обязанностью.

Вместе с тем следует отметить, что в силу закона в делах, связанных с экономической деятельностью, стороны все же «обременены» необходимостью устанавливать содержание иностранного права. Дело в том, что в силу АПК РФ¹ в исковом заявлении должны быть указаны среди прочего требования истца к ответчику со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты (ст. 125). Что касается ответчика, то в соответствии с АПК РФ он обязан направлять или представлять в арбитражный суд отзыв на исковое заявление, в котором должны содержаться возражения по существу заявленных требований со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты, обосновывающие возражения (ст. 131).

¹ В отличие от АПК РФ ГПК РФ не содержит подобных положений, за исключением случаев предъявления иска прокурором в защиту Российской Федерации, ее субъектов, муниципальных образований или в защиту прав, свобод и интересов неопределенного круга лиц (п. 3 ст. 131 ГПК).

313 Таким образом, уже на самых ранних стадиях судебного процесса стороны должны установить содержание и сослаться на соответствующие нормы иностранного законодательства.

314 ГК РФ и АПК РФ предусматривают, что по требованиям, связанным с осуществлением сторонами предпринимательской деятельности, бремя доказывания содержания норм иностранного права может быть возложено судом на стороны (ч. 3 п. 2 ст. 1191 ГК и ч. 2 п. 2 ст. 14 АПК).

315 В Германии этот вопрос решается сходным образом. Суд обязан не только самостоятельно исследовать германское коллизионное право, но и применять его в силу своего служебного положения¹. Даже если стороны идентично излагают иностранное право, суд не связан этим и обязан сам установить его содержание. Суд может обладать достаточной компетенцией в области иностранного права. Поэтому он сам решает, как ему установить содержание иностранного права². Однако если немецкий суд сам не может установить содержание иностранного права, то на основании § 293 ГПК Германии он вправе потребовать помощи от сторон, хотя и не может перекладывать на стороны свою соответствующую служебную обязанность, ибо ответственность за правильное установление содержания иностранного права лежит на суде.

316 В соответствии с английским правом по общему правилу применение иностранного права осуществляется по инициативе сторон. Заинтересованная сторона вынуждена принимать бремя установления содержания норм иностранного права на себя. При уклонении стороны от доказывания иностранного права, признанного судом применимым, такая сторона проиграет дело. В то же время, несмотря на то, что применение иностранного права осуществляется по инициативе сторон, теоретически суд может применить иностранное право по своей инициативе³.

317 Сходно решается вопрос по праву Японии. Судьи не обязаны *ex-officio* применять иностранное право, так как это бремя лежит на сторонах, но вправе самостоятельно его исследовать⁴.

318 Во Франции ранее бремя доказывания иностранного права лежало на сторонах. Однако в последнее время его применение

¹ Zöller. Zivilprozessordnung. Köln, 2004. P. 841.

² См.: Шах Х. Указ. соч. С. 304–314.

³ Fentiman R. Op. cit. P. 4, 138, 142, 149, 182.

⁴ Nishino K. The Use of Foreign Law by Courts in Japan // The Use of Comparative Laws by Courts. P. 225, 227.

в некоторых случаях стало обязательным, в связи с чем установление содержания иностранного права в такой ситуации возложено на суд.

Распределение обязанности по выяснению содержания иностранного права в США достаточно многовариантно. Это делается либо сторонами, либо самим судом. Суд может самостоятельно определять иностранное право. В литературе можно встретить мнение о том, что бремя доказывания лежит на сторонах, а не на суде. В Калифорнии суд обязан уведомить стороны о том, что не установлено судом из иностранного права, дав тем самым сторонам возможность восполнить пробелы¹. Суды США редко используют свои полномочия по установлению содержания иностранного права; исключения составляют случаи, когда сами стороны не делают этого должным образом.

В целях установления содержания норм иностранного права суд может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в компетентные органы или организации в Российской Федерации и за границей, привлечь экспертов, а также полагаться на документы, которые подтверждают содержание норм иностранного права, полученные от сторон, в том числе в случае возложения на них бремени доказывания содержания норм иностранного права (п. 2 ст. 1191 ГК). Все эти действия составляют право, но не обязанность суда. Таким образом, законодатель исходит из того, что основным способом установления содержания норм иностранного права является самостоятельная исследовательская деятельность суда.

Немецкие исследователи также указывают на то, что самостоятельная исследовательская деятельность судьи является одним из способов установления содержания иностранного права. При этом они отмечают, что предпосылкой для этого является наличие специальных знаний².

В шведской юридической литературе также проводится мысль о том, что суд может по крайней мере попытаться самостоятельно получить информацию о содержании иностранного права³.

Согласно п. 1 ст. 1191 ГК РФ при установлении содержания норм иностранного права суд должен учитывать официальное тол-

¹ International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice and Strategy. 3-th ed. Ch. 9. N.Y., 1998. P. 9-6, 9-5, 9-9.

² Zöller. Zivilprozessordnung. P. 842.

³ Bogdan Michael. Swedish Law in the New Millenium. Stockholm, 2005. P. 492.

кование, практику применения и правовую доктрину соответствующего иностранного государства. Очевидно, что в свете этих требований простого прочтения и даже уяснения смысла текста иностранного закона недостаточно. Необходимо получение дополнительной информации об официальном толковании соответствующих правовых норм, практике их применения и правовой доктрине соответствующего иностранного государства. В этой связи каждый раз, когда содержание иностранного права определяется судом самостоятельно, без обращения к третьим лицам, например экспертам, существуют объективные предпосылки для того, чтобы усомниться в правильном установлении содержания иностранного права. В данном случае можно говорить даже о существовании опровержимой презумпции ненадлежащего установления. Такая презумпция должна опровергаться самим судом в мотивировочной части решения, в которой должны содержаться ссылки на источники получения информации об официальном толковании правовых норм, практике их применения и правовой доктрине соответствующего иностранного государства.

324 Анализ положений ст. 1191 ГК РФ приводит к выводу о том, что законодатель позволяет суду и сторонам использовать все мыслимые источники и способы выяснения содержания иностранного права. Таким образом, ГК ориентирует всех участников судебного процесса на проявление инициативы и предоставляет им значительную свободу действий в рассматриваемом вопросе.

325 Поэтому представляется весьма спорным вывод, сделанный Федеральным арбитражным судом Московского округа в постановлении от 19 февраля 2004 г. по делу № КГ-А41/11371-03. Проанализировав положения ст. 14 АПК и ст. 1191 ГК, он отметил: «Из буквального толкования указанных статей следует, что содержание норм иностранного права подлежит установлению судом строго ограниченными способами определения, предусматривающими ряд процессуальных действий суда». Думается, что в действительности верным является противоположный вывод о том, что, как уже отмечалось, законодательство практически не ограничивает суд и других участников судебного процесса в выборе легальных источников и способов установления содержания иностранного права.

326 Судебная практика дает немало примеров использования различных методов для установления существования и содержания иностранного права.

Министерство юстиции РФ не только является наиболее часто упоминаемым в литературе источником получения информации об иностранном праве, но и представляет собой тот орган, в который суды обращаются в первую очередь, когда при рассмотрении конкретного дела необходимо выяснить содержание иностранного права. 327

В то же время судебная практика свидетельствует о том, что в нынешних условиях обращение в Министерство юстиции РФ не всегда является эффективным способом получения такой информации, поскольку зачастую неоднократные обращения остаются без ответа или Министерство сообщает, что не располагает соответствующими текстами законов иностранного государства. 328

Иногда в целях установления содержания норм иностранного права суды обращаются в Министерство иностранных дел РФ¹. 329

Так, Арбитражный суд г. Москвы в ходе рассмотрения дела № 68-269 направил запрос в Министерство иностранных дел РФ о предоставлении информации о праве Королевства Бельгии по вопросам заключения и исполнения договоров. В материалах дела имеется ответ Министерства иностранных дел РФ со ссылкой на законодательные акты Бельгии. Однако он настолько краток и схематичен, что вряд ли позволил суду воспользоваться им. Во всяком случае, в решении суда по данному делу отсутствуют ссылки на ответ Министерства иностранных дел РФ.

Теоретически еще одним источником получения информации об иностранном праве являются научные учреждения. Однако практика свидетельствует о том, что и этот источник неэффективен. 330

Зарубежный опыт также свидетельствует о том, что возможности научных учреждений в деле оказания судам содействия в установлении содержания норм иностранного права ограничены. Как отмечает Х. Шак, научные институты не хотят экспромтом давать разъяснения по сложным вопросам иностранного права. Поэтому они отвечают только на конкретные вопросы². Возможно обращение в Торгово-промышленную палату РФ, поскольку согласно Закону РФ от 7 июля 1993 г. № 5340-1 «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации», одной из задач Торгово- 331

¹ Еще ст. 709 Уложения гражданского судопроизводства Российской империи предусматривала: «В случае затруднения в применении иностранных законов, суд может просить Министерство иностранных дел войти в сношение с подлежащим иностранным правительством о доставлении заключения по возникшему вопросу».

² См.: Шак Х. Указ. соч. С. 309.

промышленной палаты РФ является содействие в организации инфраструктуры информационного обслуживания предпринимательства (п. 2 ст. 3). ТПП РФ имеет свои представительства в 16 странах, в том числе в Великобритании, Германии, Индии, Китае, США и Японии, а также внештатных представителей в пяти странах. Поэтому информация о содержании норм иностранного права может быть получена в ТПП РФ.

332 В одном из своих постановлений Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ в качестве источника информации о статусе иностранных лиц ссылался на документы, полученные от представительства ТПП РФ в Австрии¹.

333 В целях установления содержания иностранного права суд может обратиться не только в российские, но и в иностранные компетентные органы или организации. Так, в ходе рассмотрения вышеупомянутого дела № 68-269 Арбитражный суд г. Москвы направил в Посольство Королевства Бельгии просьбу о предоставлении информации относительно норм права этого государства, регулирующих отношения по договору купли-продажи. К сожалению, в материалах дела отсутствует ответ из посольства. Думается, что обращение в посольство иностранного государства в целях выяснения содержания норм иностранного права вполне оправданно. В соответствии с Венской конвенцией о дипломатических сношениях от 18 апреля 1961 г. функции дипломатического представительства состоят, в частности, в поощрении дружественных отношений между аккредитующим государством и государством пребывания и в развитии их взаимоотношений в области экономики, культуры и науки (подп. «е» п. 1 ст. 3).

334 В другом деле Арбитражный суд г. Москвы в качестве доказательства того, что английское право допускает возможность приведения в исполнение решений российских судов, использовал информацию, содержащуюся в письме Верховного Суда Англии и Уэльса².

335 Зарубежный опыт тоже свидетельствует о том, что органы иностранных государств являются источником получения информации об иностранном праве. Как отмечает Х. Шак, информацию об иностранном праве можно получить в дипломатическом предста-

¹ См. Постановление Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 17 сентября 1996 г. // Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996. № 12.

² См. постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 2 марта 2006 г. по делу № КГ-А40/698-06-П (СПС «КонсультантПлюс»).

вительстве иностранного государства. Однако такие представительства отвечают в основном на конкретные вопросы: брачный возраст, основания расторжения брака, изменения к соответствующему закону и т.п.¹

Р. Фентиман также пишет, что одним из способов установления иностранного права является получение сертификата от официальных властей. Мнение посла иностранного государства по вопросам права его страны приравнивается к мнению эксперта, что отражает общую тенденцию к признанию экспертного заключения единственным доказательством иностранного права. Указанный автор дает несколько примеров из судебной практики. Например, при рассмотрении английским судом дела Кражина против Агентства ТАСС (*Krajina v. Tass Agency*) возник вопрос о статусе указанного агентства по российскому праву. Российский посол представил сертификат по этому вопросу, но он был признан неполным и не имеющим решающего значения. Вследствие этого суд призвал стороны обратиться к экспертам. Стороны, однако, уклонились от привлечения экспертов. Поэтому суд устанавливал статус агентства на основе прочтения перевода акта российского законодательства о его создании². В другом судебном процессе возник вопрос о том, является ли ответчик юридическим лицом по законодательству Абу-Даби. В этих целях использовалось письмо Министерства юстиции Объединенных Арабских Эмиратов³.

Содержание норм иностранного права может быть определено самим судом непосредственно на основе текстов иностранных законов и судебных решений. Суд сам может располагать такими текстами либо может получить их от лиц, участвующих в деле.

Так, предметом рассмотрения Федерального арбитражного суда Северо-Западного округа явился спор между совместным предприятием и государственной налоговой инспекцией. В ходе судебного разбирательства возник вопрос о том, что следует считать местом исполнения обязательства по внешнеэкономической сделке по законодательству ФРГ. Для выяснения этого вопроса суд обратился к зарубежной юридической литературе, следствием чего явилась ссылка в тексте постановления от 24 июня 1999 г. по делу № А56-1788/99 на: *Malley S.O. Laiton European Civil Practice L. 1989. P. 360.*

¹ См.: Шак Х. Указ. соч. С. 309.

² *Fentiman R.* Op. cit. P. 261.

³ *Ibid.* P. 221, 222, 230, 231.

338 В зарубежной юридической литературе высказывается даже
мнение о том, что иногда документы, содержащие информацию об
иностранном праве, предпочтительнее свидетельств экспертов¹.

339 Например, в нескольких случаях предметом непосредствен-
ного анализа английских судей явился Французский торговый
кодекс, о нормах которого они выносили самостоятельные сужде-
ния, отличные от мнения экспертов по французскому праву².

340 Думается, что в свете положений ст. 1191 ГК РФ допусти-
мо использование различных источников информации об ино-
странном праве. Однако необходим дифференцированный подход
к оценке их достоверности. Как справедливо отмечалось в отече-
ственных исследованиях, литература по иностранному праву долж-
на быть точной и неустаревшей³.

341 Еще одним способом установления содержания иностранно-
го права является привлечение экспертов. Такое привлечение рас-
ценивается как «отраслевой стандарт», как обычный способ уста-
новления содержания норм иностранного права.

342 Возможность привлечения экспертов (специалистов) для целей
установления содержания иностранного права предусматривает-
ся правом многих зарубежных стран: Австрии, Армении, Белору-
ссии, Великобритании, Италии, США и др. В России в соответствии
с ГК РФ в целях установления содержания норм иностранного пра-
ва суд может, в частности, привлечь экспертов (п. 2 ст. 1191). Ана-
логичная норма содержится в АПК РФ (п. 2 ст. 14). Следова-
тельно, оба названных документа исходят из того, что в арбитражном
и гражданском процессе можно назначить экспертизу для разре-
шения правовых вопросов.

343 В практике российских судов встречаются обращения к ино-
странным специалистам в этих целях.

Так, предметом рассмотрения Судебной коллегии по гражданским делам
Верховного Суда РФ (определение Верховного Суда РФ от 7 мая 2002 г. по делу
№ 74-Г02-15) явилась частная жалоба «М.У.М. Уорлд Энтерпрайзис Пти. Лимитед»
(Австралия) на определение Верховного суда Республики Саха (Якутия)
от 20 февраля 2002 г. по делу по заявлению «М.У.М. Уорлд Энтерпрайзис Пти.
Лимитед» (Австралия) о признании и принудительном исполнении решения
Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ. В ходе ука-

¹ International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice and Strategy. P. 9-8.

² A Concise Treatise on Private International Law. 1988. P. 574.

³ См.: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 54–55; *Луниц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. С. 53.

занного судебного разбирательства Верховный Суд РФ установил содержание понятия «дерегистрация юридического лица» по законодательству Австралии. При этом суд сослался на нормативные акты Австралии и заключение юридической фирмы Baker&McKenzie, Австралия. В итоге суд пришел к выводу, что заявитель как юридическое лицо ликвидирован и производство по делу было обоснованно прекращено Верховным судом Республики Саха (Якутия).

Как свидетельствует судебная практика, суды предпочитают 344
письменные доказательства, каковыми являются заключения
иностранных специалистов, заключения экспертов, назначен-
ных самим судом в порядке, предусмотренном процессуальным
законодательством.

Остается актуальным утверждение Т.М. Яблочкова о том, что 345
«суд не связан указаниями и доказательствами сторон; он не может
и ограничиться одной справкой сторон, не исследовав – нет ли
других источников познания закона»¹. К сожалению, в наше время
судьи зачастую полагаются исключительно на справки об иностран-
ном законодательстве (аффидэвиты), подготовленные иностранны-
ми юристами по просьбе сторон или даже одной из сторон.

Практические сложности процесса установления содержания 346
иностранного права и существующая вероятность того, что оно
окажется невыясненным в нужной степени, обуславливают необ-
ходимость решения вопроса о последствиях неустановления ино-
стрannого права.

Прежде всего возникает вопрос о том, допустим ли отказ в иске 347
в случае неустановления содержания иностранного права. Возмож-
ны различные подходы к решению данного вопроса. Один подход
заключается в том, что в случае, если содержание иностранного
права не выяснено, следует отказ в иске. Такой подход применя-
ется в тех странах, в которых соответствующая обязанность воз-
ложена на стороны.

Как отмечается в английской юридической литературе, суд 348
не может проводить собственных исследований содержания ино-
стрannого права. Поэтому, когда коллизионные нормы требуют
применения иностранного права, а сторона, основывающаяся на нем
свою позицию, не в состоянии доказать его содержание, суд отка-
жет в иске. К тому же английский суд не имеет ни права, ни обя-
занности добывать доказательства².

¹ Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процессуального права. Яро-
славль, 1909. С. 26.

² Fentiman R. Op. cit. P. 68, 69.

349 Иной подход заключается в недопустимости отказа в иске в такой ситуации. Например, в США, в стране, так же как и Великобритания, относящейся к странам системы общего права, принят такой противоположный подход. Неспособность доказать иностранное право не ведет здесь автоматически к отказу в иске. Американские исследователи указывают на то, что было бы просто несправедливо отказывать в иске только потому, что ни стороны, ни суд не смогли установить содержание иностранного права¹.

350 В немецкой юридической литературе отмечается, что отказывать в иске в случае невозможности установления содержания иностранного права нельзя, за исключением ускоренного процесса². Ввиду отсутствия объективного бремени доказывания содержания иностранного права ни одной стороне не может быть причинен ущерб вследствие непредоставления информации на сей счет. Отказ в иске или осуждение стороны при неубедительном доказательстве касательно содержания нормы иностранного права не допускается³.

351 Французская доктрина исходит из следующего: если смысл закона остается неясным для судьи, будет благоразумным считать, что содержание иностранного закона недостаточно установлено, что оправдывает применение французского права. При этом подчеркивается, что замещение иностранного права французским в случае неясности содержания первого – не более чем крайнее средство⁴.

352 В Японии также судья не может отказать в разрешении спора из-за отсутствия информации о применимом праве⁵.

353 Такой подход к решению рассматриваемой проблемы характерен для тех стран, в которых установление содержания иностранного права составляет обязанность суда. В числе таких стран, помимо уже упомянутых Японии и Германии, можно назвать Армению, Грузию, Австрию, Венгрию, Италию, Китай, Лихтенштейн, Румынию, Швейцарию, Эстонию, и др.

354 Анализ положений п. 3 ст. 1191 ГК РФ приводит к выводу, что и российский законодатель не допускает отказа в иске в случае, когда содержание иностранного права не выяснено.

¹ International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice and Strategy. P. 9-9, 9-10.

² См.: Шак Х. Указ. соч. С. 313.

³ Zöller. Zivilprozessordnung. P. 841, 843.

⁴ Mayer Pierre, Heuzé Vincent. Droit international privé. 2001. P. 141.

⁵ Nishino K. The Use of Foreign Law by Courts in Japan // The Use of Comparative Laws by Courts. P. 227.

В этих условиях возникает вопрос о том, на основании каких 355
правовых норм надлежит рассматривать спор. Х. Шак называет
несколько способов разрешения дела при невозможности установ-
ления содержания иностранного права. Такие способы он имену-
ет вспомогательными видами решений. Во-первых, можно приме-
нить право страны суда (*lex fori*). Во-вторых, он считает возможным
установить иностранное право на основании простого высказыва-
ния о его вероятном содержании. Если иностранное право, к кото-
рому обращаются, само не предлагает достаточной базы для подоб-
ной оценки вероятности, то следует обратиться к близким ему
системам права, например, для бельгийского права – француз-
ское; для люксембургского права – бельгийское и французское.
В-третьих, можно обратиться к международному унифицирован-
ному праву или к общим принципам права. Наконец, в таких слу-
чаях возможно изменение коллизионной привязки и обращение
к вспомогательным привязкам, например вместо отечественного
права применять право места пребывания¹. Американские специа-
листы приходят к выводу о том, что если в ходе судебного процес-
са в США сторона не заявляет о применении иностранного права
или не может его доказать, то суд может применить право суда².

Советский и российский законодатель не оставили без внима- 356
ния эту проблему. Согласно п. 3 ст. 157 Основ ГЗ, если содержа-
ние норм иностранного права, несмотря на предпринятое в соот-
ветствии с настоящей статьей меры, не установлено, применяется
советское право.

Ныне действующий ГК РФ в п. 3 ст. 1191 предусматривает, что 357
если содержание норм иностранного права, несмотря на предпри-
нятые в соответствии с настоящей статьей меры, в разумные сро-
ки не установлено, применяется российское право.

В соответствии с действующим процессуальным законодатель- 358
ством одним из оснований к отмене вышестоящим судом реше-
ния нижестоящего суда является неправильное применение норм
материального права и их существенное нарушение, а также нару-
шение единства судебной практики (единообразия в толковании
и применении норм права) (ст. 362 и 387 ГПК, ст. 270 и 288 АПК).
Поэтому нарушение иностранного применимого права также сле-
дует считать по общему правилу безусловным основанием к отме-
не обжалуемого судебного решения.

¹ См.: Шак Х. Указ. соч. С. 314–316, 640–643.

² International Litigation: A Guide to Jurisdiction, Practice and Strategy. P. 9-9.

359 Возможен иной подход. В соответствии с нормами французского действующего законодательства кассационные жалобы, основанные на ошибке толкования иностранного законодательства, не принимаются. Приступить к рассмотрению такого вопроса означало бы начать рассматривать дело по существу, что выходит за рамки полномочий Кассационного суда. Возможность осуществления Кассационным судом контроля в этих случаях все же существует, но только в двух случаях: если толкование «дало неправильное суждение или исказило ясный и точный смысл законодательного акта или недостаточно обоснованно»¹.

360 В соответствии с российским законодательством простое неприменение иностранного права или неправильное определение применимого права, вопреки требованиям коллизионной нормы, не является безусловным основанием для передачи дела на новое рассмотрение. В России иностранное право является правовой категорией, а не фактическим обстоятельством. Поэтому если фактические обстоятельства установлены нижестоящим судом полно и всесторонне, в принципе, вышестоящий суд может сам выяснить содержание иностранного права и разрешить спор по существу, приняв новое решение.

361 Аналогичный подход отражен в немецкой юридической литературе. Как отмечают комментаторы немецкого ГПК, если, например, апелляционный суд – неважно по какой причине – не установил содержание применимого иностранного права, Верховный федеральный суд может самостоятельно исследовать важные с его точки зрения нормы иностранного права в соответствии с правилами § 293 ГПК ФРГ².

362 В свете вышеизложенного большое значение приобретает развитие международного сотрудничества в вопросах установления содержания иностранного закона. Во многих конвенциях и двусторонних договорах по вопросам правовой помощи, в которых участвует Российская Федерация, содержатся положения о взаимном предоставлении сведений о праве договаривающихся государств.

363 Так, Договор от 14 сентября 1992 г. между РФ и Республикой Кыргызстан о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам предусматривает, что Министерство юстиции и Генеральная прокуратура РФ и Министерство юстиции и Прокуратура Республики Кыргызстан предос-

¹ *Caurbe Patrick*. Droit international privé. P. 91–94.

² *Zöller*. Zivilprozessordnung. P. 843.

тавляют друг другу по просьбе информацию о действующем или действовавшем в их государствах законодательстве и о вопросах его применения учреждениями юстиции (ст. 15).

Аналогичные положения можно найти в соглашениях Российской Федерации с Азербайджанской Республикой, Греческой Республикой, Итальянской Республикой, Республикой Йемен, Республикой Кипр, Китайской Народной Республикой и многими другими. 364

Следует также назвать межправительственное Соглашение об обмене правовой информацией от 21 октября 1994 г., заключенное правительствами Азербайджанской Республики, Республики Армения, Республики Беларусь, Республики Грузия, Республики Казахстан, Кыргызской Республики, Республики Молдова, Российской Федерации, Республики Узбекистан, Республики Таджикистан¹. Оно предусматривает, в частности, что «с целью эффективного выполнения многосторонних и двусторонних соглашений между государствами – участниками Содружества, создания единого информационного пространства и развития сотрудничества в правовой сфере Стороны согласились осуществлять обмен правовой информацией в рамках Тематического перечня нормативно-правовых актов (открытых к публикации), подлежащих межгосударственному обмену» (ст. 1). «Стороны обеспечивают взаимный доступ и доступ Исполнительного Секретариата, Межпарламентской Ассамблеи и других органов Содружества Независимых Государств к национальным ресурсам правовой информации, определенной для совместного использования (банкам данных), поддерживают их в актуальном (контрольном) состоянии и несут ответственность за полноту, точность, достоверность и своевременность предоставления информационных данных и услуг (статья 4)». 365

Составной частью указанного Соглашения является Тематический перечень нормативно-правовых актов, подлежащих межгосударственному обмену. В него включены, в частности, акты в области гражданского права, брака и семьи, гражданско-процессуального законодательства, арбитражного процесса, предприятий и предпринимательской деятельности, международного частного права и процесса, внешнеэкономических отношений. 366

Надо также иметь в виду, что с 13 мая 1991 г. Российская Федерация является участницей Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства². Участ- 367

¹ См.: Бюллетень международных договоров. 1995. № 2.

² См.: Бюллетень международных договоров. 2000. № 1. С. 27–32.

никами этой Конвенции помимо России являются еще более 40 государств.

368 Конвенция предусматривает, что договаривающиеся стороны обязуются предоставлять друг другу в соответствии с ее положениями информацию относительно своего законодательства и процедур в гражданской и коммерческой сфере, а также относительно их судебной системы. Остается сожалеть, что текст указанной Конвенции стал доступным лишь спустя десять лет после того, как Россия присоединилась к ней.

В постановлении от 9 июля 2002 г. по делу № КГ-А40/4297-02 Федеральный арбитражный суд Московского округа указал, в частности: «Для правильного применения иностранного права арбитражный суд не учел предоставленную ст. 157 ОГЗ и ч. 2 ст. 12 АПК РФ возможность обратиться за содействием к компетентным органам и организациям, способным дать надлежащее толкование иностранной нормы. Причем, в данном случае, помимо компетентных органов и организаций в Российской Федерации, арбитражный суд вправе направить соответствующий запрос об информации относительно немецкого законодательства в порядке, установленном Европейской конвенцией об информации относительно иностранного законодательства, которая для Российской Федерации вступила в силу 13.05.1991 г., для Германии – с 19.03.1975 года».

369 Вместе с тем обращает на себя внимание то обстоятельство, что эффективность указанной Конвенции в зарубежной юридической литературе оценивается невысоко. Как отмечает, например, Х. Шак, практическая польза от Европейской конвенции от 7 июня 1968 г. весьма невелика¹. В другом исследовании также указывается на то, что практическое значение этой Конвенции до сих пор остается крайне незначительным².

370 В российской правоприменительной практике не удалось найти каких-либо примеров получения российским судом информации об иностранном праве с использованием механизма, предусмотренного Европейской конвенцией об информации относительно иностранного законодательства.

371 Таким образом, думается, что в практическом плане не следует переоценивать значение вышеуказанной Конвенции для целей получения информации об иностранном праве.

372 Следует отметить, что высшие судебные органы также используют международные связи в целях увеличения числа источников

¹ См.: Шак Х. Указ. соч. С. 309–310.

² См.: Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение. М., 2001. С. 38.

информации об иностранном праве. В качестве примера можно сослаться на Соглашение от 21 декабря 1991 г. о сотрудничестве хозяйственных, арбитражных судов Республики Беларусь, Российской Федерации и Украины¹.

Это Соглашение предусматривает среди прочего, что стороны обеспечат взаимную информированность о действующем законодательстве государств и взаимные консультации и координацию действий при подготовке и принятии новых законодательных и иных нормативных актов в сфере экономических отношений, а также при подготовке и издании своих разъяснений и иных документов, определяющих судебную практику (ст. 10).

Можно упомянуть также Соглашение о взаимном сотрудничестве и обмене информацией, заключенное 19 марта 1999 г. Высшим Арбитражным Судом РФ и Верховным Судом Республики Казахстан². В нем установлено, в частности, что стороны обязуются обеспечивать друг друга информацией о действующем законодательстве своих государств (ст. 3). Кроме того, в соответствии с указанным Соглашением стороны приняли на себя обязательства информировать друг друга о практике применения законодательства и с этой целью обмениваться постановлениями Пленумов, Президиумов, материалами обобщения и анализа судебной практики и разъяснениями судов по актуальным правовым вопросам (ст. 4).

В этой связи следует отметить, что в ЕС действует Регламент № 1348/2000 от 29 мая 2000 г. о предоставлении судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам в государствах – членах ЕС, а также Регламент № 1206/2001 от 28 мая 2001 г. о сотрудничестве судов государств – членов ЕС в области получения доказательств по гражданским и судебным делам³.

Правоприменительная практика не сможет воспользоваться плодами усилий теоретиков и законодателей, направленных на развитие и совершенствование международного частного права, если не будет создан эффективный механизм, позволяющий судам на практике устанавливать содержание иностранного права, а следовательно, в полной мере применять коллизионные нормы *lex fori*. Решение этого вопроса может быть осуществлено путем формирования региональных правовых информационных пространств,

¹ Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1993. № 2.

² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1999. № 8. С. 116–117.

³ Богуславский М.М. Международное частное право. М., 2005. С. 524.

а со временем и глобальной базы сведений о национальных правовых системах на основе современных средств коммуникации, в первую очередь сети Интернет¹.

4.7. ОГОВОРКА О ПУБЛИЧНОМ ПОРЯДКЕ

377 Правовая категория «публичный порядок» призвана объединить фундаментальные правовые принципы, основополагающие представления о справедливости и морали, а также основные законоположения, имеющие общеобязательный характер в силу их исключительной значимости для общества и государства в целом. В сфере МЧП *оговорка о публичном порядке* представляет собой основание для отказа в применении иностранной нормы права или в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда. Оговорка о публичном порядке исключает применение отдельных норм иностранного права, к которому отсылает коллизионная норма или которое в качестве применимого избрали стороны. Цель оговорки о публичном праве – ограничить действие определенной нормы иностранного права, но не иностранного права в целом.

378 Подобного рода ограничение, вытекающее из оговорки о публичном порядке, является необычным отступлением от общих подходов, сложившихся в сфере МЧП. Особенность использования оговорки о публичном порядке специально подчеркивается в российском законодательстве, где в ст. 1193 ГК РФ указывается на ее применение только в исключительных случаях.

379 Другой особенностью понятия «публичный порядок» является отсутствие его законодательного определения. С момента появления термина «публичный порядок» в ФГК в 1804 г. и вплоть до настоящего времени в судебной практике и доктрине различных государств постоянно предпринимаются попытки дать ему четкое определение. Однако до сих пор не удалось сформулировать такого определения, которое стало бы общепризнанным и было бы настолько ясным, что не вызывало бы трудностей с его применением на практике.

¹ Отрадно, что определенные шаги в этом направлении предпринимаются: см., например, Решение Совета глав правительств СНГ от 15 сентября 2004 г. «Об утверждении Концепции единого реестра правовых актов и других документов Содружества Независимых Государств и Положения о едином реестре правовых актов и других документов Содружества Независимых Государств» (СПС «КонсультантПлюс»).

Крайняя неопределенность понятия «публичный порядок» 380 породила на практике серьезную проблему непомерно широкого судебного усмотрения при применении этой категории. Рассматривая конкретные дела, суды нередко применяют оговорку о публичном порядке в ситуациях, когда для использования данной правовой категории нет очевидных оснований.

То обстоятельство, что правовая категория «публичный 381 порядок» отличается чрезмерной неопределенностью, привело к использованию в законодательстве многих стран вместо термина «публичный порядок» или наряду с ним других понятий: «основы правопорядка», «основные ценности правопорядка», «основные правовые принципы», «конституционный порядок» и т.д.

Например, в ст. 6 Вводного закона к ГГУ (в ред. 1986 г.) как 382 противоречие публичному порядку рассматривается нарушение «фундаментальных прав» и «основополагающих принципов германского права». Согласно § 6 Закона Австрии о международном частном праве (1978) публичный порядок приравнен к «основным ценностям австрийского правопорядка». В соответствии со ст. 6 Закона Польши о международном частном праве (1965) публичный порядок трактуется как «основные принципы правопорядка Республики Польша». В ст. 5 Закона Грузии о международном частном праве (1998) вместо термина «публичный порядок» используется термин «основные правовые принципы». В венесуэльском Законе о международном частном праве (1998) речь идет о нарушении «общих принципов венесуэльского публичного порядка» (ст. 5). В § 128 Закона Эстонии об общих принципах Гражданского кодекса (1994) вместо нарушения публичного порядка речь идет о противоречии «конституционному порядку или добрым нравам». В соответствии со ст. 975 Гражданского кодекса Ирана (1928) противоречащим публичному порядку признается иностранное право, которое не соответствует добрым нравам и «возмущает общественное мнение». В праве КНР публичный порядок отождествляется с «публичными интересами КНР» (ст. 150 Общих положений гражданского права КНР (1986)).

В российском законодательстве в ст. 1193 ГК РФ и в ст. 167 383 Семейного кодекса РФ в качестве синонима понятия «публичный порядок» используется понятие «основы правопорядка», в ст. 169 ГК РФ – понятие «основы правопорядка и нравственности», а в п. 2 ч. 3 ст. 239, п. 1 ч. 2 ст. 256 АПК РФ – понятие «основополагающие принципы российского права».

384 Названные выше категории («основы правопорядка», «конституционный порядок», «основополагающие принципы права», «фундаментальные права» и т.д.), а также иные понятия («основы нравственности», «основные представления о морали и справедливости», «публичные интересы» и т.д.) входят в состав понятия «публичный порядок», т.е. являются его *составляющими*. Таким образом, например, вывод о несоответствии сделки основам нравственности есть вывод о несоответствии этой сделки одному из аспектов публичного порядка.

385 Характерной чертой публичного порядка является то, что ни законодательство, ни международные договоры не устанавливают какого-либо подробного перечня случаев, когда должна применяться оговорка о публичном порядке. Хотя в Кодексе Бустаманте (1928) была предпринята попытка закрепить правовые нормы, составляющие публичный порядок, однако она не получила широкого признания (см., например, ст. 3–5, 57–61 Кодекса Бустаманте). Отсутствие перечня случаев нарушения публичного порядка прежде всего связано с тем, что невозможно заранее предусмотреть все возможные варианты противоречия публичному порядку. Но еще более важным является то, что со временем изменяются ценности и общепринятые представления о морали (нравственности), а также иные составляющие публичного порядка.

386 Проследить изменение представлений о составляющих публичного порядка можно на примере сделок, которые некоторое время назад рассматривались как недействительные ввиду нарушения представлений о морали, а сейчас таковыми не признаются. Так, во Франции вплоть до 1818 г. в судебной практике и доктрине договоров страхования жизни признавались ничтожными как противоречащие публичному порядку ввиду их безнравственности, но впоследствии эти сделки получили широкое распространение в стране. В качестве другого примера можно привести ситуацию, существовавшую в конце XIX – начале XX в. в Европе в отношении договоров с брачными агентствами или отдельными посредниками, по которым предусматривалась выплата вознаграждения в случае заключения брака с их помощью. Французские, германские, английские и российские суды признавали такие договоры ничтожными на основании их противоречия публичному порядку.

387 И наоборот, сделки, которые когда-то расценивались как соответствующие основам морали и нравственности (и соответствен-

но публичному порядку), сейчас нельзя не назвать явно безнравственными. Это, например, договоры о пари на продолжительность жизни отцов (их выигрывал тот, чей отец проживет дольше), признаваемые действительными английскими судами вплоть до середины XIX в. Либо договоры о продаже рабов, которые считались в Англии действительными до середины XIX в.

Цель раскрытия содержания категории «публичный порядок» диктует необходимость краткого исторического экскурса. 388

Появлению понятия «публичный порядок» предшествовало использование в римском праве категории «добрые нравы» (*boni mores*); противоречие «добрым нравам» служило основанием для недействительности сделок. Данная категория сыграла роль предшественника понятия «публичный порядок» и заложила те основные принципы, которые сегодня используются. 389

Категория «добрые нравы» использовалась в качестве основания для неприменения иностранного права начиная с XIV в. и до принятия ФГК. Одним из главных новшеств ФГК стало первое упоминание в законодательстве понятия «публичный порядок», пришедшего на смену понятию «добрые нравы». 390

В ст. 6 ФГК было закреплено правило о том, что «нельзя частными соглашениями отступать от законов, которые затрагивают публичный порядок (*ordre public*) и добрые нравы (*bonnes mœurs*)» – в этом сказалось влияние римского права. В ФГК по сути был воспроизведен принцип римского права «*ius cogens privatorum pactis mutari non potest*», согласно которому нельзя частными соглашениями изменять принудительные нормы, иначе подобные соглашения являются ничтожными. Согласно ст. 1131 и 1133 ФГК противоречие названному правилу влечет ничтожность сделок, и, в частности, в силу ст. 1133 ФГК цель обязательства является незаконной, если она запрещена законом, противоречит добрым нравам или публичному порядку. 391

Вскоре после принятия ФГК термин «публичный порядок» стал использоваться в законодательстве многих государств, в котором было воспроизведено правило о недействительности сделок, противоречащих публичному порядку и добрым нравам. 392

Схожее со ст. 1133 ФГК правило было закреплено и в российском дореволюционном законодательстве. В частности, в ст. 1528 ч. I т. X Свода законов Российской империи (далее – Свод законов) указывалось на то, что цель договора не должна противоречить законам, «благочинию» (т.е. добрым нравам) и «общественному 393

порядку» (т.е. публичному порядку). В противном случае договоры рассматривались как ничтожные. В ст. 1529 ч. 1 т. X Свода законов были приведены цели подобных договоров, к которым относились: 1) расторжение законного супружества (например, договор супругов о том, чтобы не жить вместе и никогда не требовать сожительства); 2) «подложное переукрепление» имущества во избежание уплаты долгов (т.е. фиктивное отчуждение должником своего имущества с целью избежать уплаты долгов, в частности фиктивная распродажа имущества перед объявлением банкротом); 3) «лихорадочные извороты» (сделки, совершенные «в обход» законодательного запрета на ростовщические сделки); 4) передача частному лицу такого права, которого оно по состоянию своему иметь не может (например, оформление вопреки запретам на иностранца имущества, которым тот не может владеть); 5) вред государственной казне (уклонение от уплаты налогов).

394 После закрепления во французском праве и праве других стран категории «публичный порядок» та роль, которую ранее играло понятие «добрые нравы», постепенно начала снижаться. Впоследствии это привело к тому, что из указанных в ст. 6 ФГК категорий «публичный порядок» и «добрые нравы» на практике применяется только первая из них. Иными словами, понятие «добрые нравы» по сути поглощено категорией «публичный порядок» и, несмотря на упоминание ее в законодательстве ряда стран, не играет самостоятельной роли, а рассматривается скорее как один из аспектов публичного порядка.

395 Германский законодатель длительное время отказывался от использования в законодательстве понятия «публичный порядок» из-за его неопределенности. В германском праве достаточно успешно применялась категория «добрые нравы» (*guten Sitten*) (см. § 138 ГГУ и ст. 30 Вводного закона к ГГУ (в прежней редакции)). Однако впоследствии это привело к тому, что понятие «добрые нравы» стало использоваться в германском праве в том же значении, что в праве других стран понятие «публичный порядок». С учетом этого в 1986 г. при внесении в Вводный закон к ГГУ изменений о МЧП термин «добрые нравы» был заменен общепринятым термином «публичный порядок» (*ordre public*) (ст. 6 Вводного закона к ГГУ (в актуальной редакции)).

396 Современная концепция публичного порядка, следуя традиции, заложенной во французском праве, выделяет категории «внутренний публичный порядок» (*ordre public interne*) и «международный

публичный порядок» (*ordre public international*). На необходимость разграничения внутреннего публичного порядка, относящегося к сугубо внутренним правовым отношениям, и международного публичного порядка, применимого к правоотношениям, возникающим в международном обороте, справедливо указывалось С.Н. Лебедевым¹.

Статья 6 ФГК предусматривает распространение публично- 397
го порядка лишь на внутренние отношения и изначально была нацелена на охрану личных свобод и семейных ценностей, а также соблюдение общих правил морали. Ее применение ограничено частноправовыми отношениями без участия иностранного элемента. Такая трактовка данной нормы и отражает сущность внутреннего публичного порядка. Сфера использования внутреннего публичного порядка достаточно широка: он используется в гражданском, семейном, трудовом праве (в правовых отношениях без участия иностранных лиц).

Наиболее часто внутренний публичный порядок является осно- 398
ванием для признания сделок недействительными (ничтожными). Например, в российском праве о нарушении внутреннего публичного порядка речь идет, в частности, в ст. 169 ГК РФ, согласно которой являются ничтожными сделки, совершенные с целью, заведомо противной основам правопорядка или нравственности.

В зарубежном законодательстве как противоречащие внутрен- 399
нему публичному порядку обычно рассматриваются договоры (или отдельные их условия), предметом или целью которых являются уголовно наказуемые или явно аморальные действия, ограничивающие либо лишаящие основных прав и личных свобод, в частности ограничивающие правоспособность или личные неимущественные права, налагающие на должника кабальные обязательства, ограничивающие конкуренцию.

Важно отметить, что ст. 6 ФГК, изначально не предусматри- 400
вающая ее применение к правовым отношениям с участием иностранных лиц, впоследствии получила более широкое толкование. Французская судебная практика расширила сферу ее использования, применяя ее к отношениям с иностранным элементом (в сфере МЧП). Это стало основанием для выделения международного публичного порядка.

¹ См.: Лебедев С.Н. Унификация правового регулирования международных хозяйственных отношений: некоторые общие вопросы // Юридические аспекты внешнеэкономических связей. М., 1979. С. 15–43.

401 Во многом совпадая, внутренний публичный порядок и международный публичный порядок тесно взаимосвязаны между собой. Часто о нарушении международного публичного порядка речь идет в тех же случаях, что и о нарушении внутреннего публичного порядка. Так, в п. 3 § 81 Устава исполнительного производства Австрии (1896) прямо указывается, что в исполнении иностранного решения отказывается, если его исполнение приводит к признанию действительным правоотношения, которое в соответствии с австрийским правом рассматривается как недействительное ввиду противоречия публичному порядку или нравственности. Таким образом, суд может отказать в исполнении иностранного решения, если в этом решении как действительная рассматривается сделка, которая во внутреннем праве признается недействительной ввиду противоречия внутреннему публичному порядку.

402 Вместе с тем внутренний публичный порядок и международный публичный порядок отличаются по своему содержанию и основаниям применения. В частности, на это обстоятельство обратил внимание Апелляционный суд Парижа в постановлении от 20 июня 2002 г., указав, что международный публичный порядок не совпадает по содержанию с внутренним публичным порядком, указанным в ст. 6 ФГК. Статья 6 ФГК направлена на регулирование прежде всего внутреннего публичного порядка, тогда как международный публичный порядок должен определяться самостоятельно, без ссылки на ст. 6 ФГК.

403 Нельзя обойти вниманием то обстоятельство, что термин «международный публичный порядок» носит в достаточной мере условный характер. Во Франции было предложено использовать более точную формулировку данного термина: «публичный порядок в смысле МЧП» (*ordre public au sens du droit international privé*). Этот термин, безусловно, является более верным, поскольку позволяет отграничивать публичный порядок, формируемый в праве одного государства (речь идет о публичном порядке в смысле МЧП), от транснационального (международного) публичного порядка, существующего вне рамок отдельных государств.

404 Как уже указывалось выше, «публичный порядок в смысле МЧП» («международный публичный порядок») и «внутренний публичный порядок» не являются принципиально различными правовыми категориями, но первый призван регулировать отношения с участием иностранного элемента, т.е. правоотношения, возникающие в международном обороте, второй – правовые отношения внутренние, т.е. правоотношения без участия иностранного

элемента. При этом содержание правовой категории «внутренний публичный порядок» и категории «публичный порядок в смысле МЧП» («международный публичный порядок») самостоятельно формируется в каждом государстве, равно как и их применение ограничено рамками правовой системы данного государства.

От международного публичного порядка следует отличать 405
транснациональный (международный) публичный порядок, иногда называемый «действительный международный порядок» (*ordre public vraiment international*), который имеет автономное значение и формируется вне рамок отдельного государства. Рассматривая «транснациональный публичный порядок», Е.В. Кабатова пишет о том, что по сути речь идет об основополагающих принципах, на которых строится сотрудничество государств, а не правовая система отдельного государства¹.

Содержание транснационального публичного порядка характе- 406
ризуется достаточной неопределенностью. В качестве его составляющих рассматриваются общепризнанные принципы и нормы международного права; транснациональный публичный порядок выводят из отдельных положений международных договоров. Так, в качестве источников транснационального публичного порядка принято рассматривать Устав ООН, Всеобщую декларацию прав человека ООН (1948) и Пакты гражданских прав (1966). В качестве примеров транснационального публичного порядка, как правило, приводят принципы запрета расовой и религиозной дискриминации, запрет рабства, коррупции, контрабанды и т.д.

В качестве разновидности транснационального публичного 407
порядка выделяют европейский публичный порядок, складывающийся в рамках государств ЕС. О европейском публичном порядке речь идет в практике Суда Европейских сообществ и Европейского суда по правам человека.

Например, в решении Суда Европейских сообществ от 1 июня 408
1999 г. № 126/97 по делу *Eco Swiss Chine Time Ltd* в качестве нормы публичного порядка истолкована ст. 81 Договора об учреждении Европейского Союза, предусматривающая недействительность любых договоров, целью которых является предотвращение или ограничение конкуренции на рынке. В практике Европейского суда по правам человека положения, закрепленные в Конвенции о защи-

¹ См.: Кабатова Е.В. Оговорка о публичном порядке // Лекции по актуальным проблемам международного и европейского права / Под ред. А.Н. Галенской и М.Л. Энтина. СПб., 2004. С. 320.

те прав человека и основных свобод, признаются составляющими европейский публичный порядок, а сами нормы этой Конвенции рассматриваются в качестве «инструмента европейского публичного порядка в сфере прав человека» (дело *Loizidou v. Turkey*).

409 Вышесказанное, однако, не позволяет со всей однозначностью отказаться от использования термина «международный публичный порядок». Это обусловлено тем, что данный термин используется в законодательстве и международных конвенциях (см., например, ст. 1502.5 нового ГПК Франции, ст. 3–7 Кодекса Бустаманте), а кроме того, является сегодня наиболее употребимым. С учетом сказанного далее будет использоваться термин «международный публичный порядок» в указанном выше значении «публичный порядок в смысле МЧП».

410 Международный публичный порядок является основанием для неприменения иностранного права. Например, в этом качестве категория «международный публичный порядок» используется в ст. 1193 ГК РФ:

411 «Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами настоящего раздела, в *исключительных случаях* не применяется, когда *последствия* ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. В этом случае *при необходимости* применяется соответствующая норма российского права.

412 Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации» (выделено нами. – *Авт.*).

413 Включение подобной нормы в законодательство является традиционным для МЧП (см., например, ст. 17 Закона Швейцарии о международном частном праве (1987), § 6 Закона Австрии о международном частном праве (1978), § 7 Указа о международном частном праве Венгрии (1979)). Подобное положение закрепляется и в международных договорах. В частности, ст. 16 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (1980), предусматривает следующее положение: «В применении нормы права любой страны, определяемой настоящей Конвенцией, может быть отказано только в том случае, если такое применение явно не соответствует публичному порядку (*ordre public*) суда». Специально подчеркивается, что противоречие публичному порядку

должно быть *явным* (см. также ст. 6 Вводного закона к ГГУ (в ред. 1986 г.), ст. 27 Закона Швейцарии о международном частном праве (1987), ст. 5 Закона Венесуэлы о международном частном праве (1998), п. 5 ст. 3155 ГК Квебека (1991)).

В начале XX в. оговорка о публичном порядке достаточно часто использовалась иностранными судами по делам, связанным с национализированным советскими властями имуществом. Основанием ее применения служило существование различных общественно-экономических и политических систем. Однако впоследствии суды различных государств пришли к общему выводу, что применению права не может препятствовать существование разных общественно-экономических и политических систем. Как следствие, в законодательстве ряда стран закреплено правило о том, что отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии общественно-экономического строя иностранного государства (ч. 2 § 7 Указа о международном частном праве Венгрии (1979)) или отличии правовой, политической или экономической системы (ст. 1193 ГК РФ). 414

В современном мире оговорка о публичном порядке крайне редко используется для отказа в применении иностранной нормы права. Редкие случаи ее применения в этом качестве часто вызваны различным регулированием семейных отношений в разных государствах, например наличием норм, разрешающих многоженство или однополые браки. 415

Следует отметить, что в теории разделяют две концепции международного публичного порядка – позитивную и негативную. Позитивная концепция признается сформировавшейся во французском праве. В соответствии с этой концепцией публичный порядок закреплен в нормах законодательства (т.е. в позитивном праве) и представляет собой совокупность правовых норм и принципов особой значимости, отступление от которых рассматривается как нарушение публичного порядка (в ст. 6 ФГК указывается на «законы, затрагивающие публичный порядок» (*lois qui intéressent l'ordre public*)). Негативную концепцию традиционно отождествляют с германским правом, которое учитывает негативные свойства иностранной нормы, вызывающие невозможность ее применения, т.е. усматривает негативный аспект за свойствами иностранной нормы. Таким образом, первая концепция основывается на особом характере отдельных норм и принципов внутреннего законодательства, вторая – на негативных свойствах иностранной нормы. 416

417 На практике нет четкого разграничения позитивной и негативной концепций международного публичного порядка, ни одна из них не применяется в чистом виде. На сегодняшний день можно говорить о повсеместном закреплении негативной концепции международного публичного порядка, тогда как позитивная концепция даже во Франции существует лишь в доктрине. Вследствие этого даже французские суды применяют категорию «международный публичный порядок» в соответствии с негативной концепцией, оценивая негативные свойства иностранной нормы.

418 В доктрине часто отождествляют или признают существенно схожими концепцию позитивного публичного порядка и концепцию сверхимперативных норм (ст. 1192 ГК РФ)¹. В соответствии с последней концепцией в законодательстве каждого государства существуют положения особой значимости, отступать от которых нельзя (*ius cogens*) и которые применяются к отношениям с иностранным элементом независимо от их регулирования иностранным правом. И французская судебная практика, и практика других государств в качестве разновидности норм международного публичного порядка (*lois d'ordre public international*) нередко рассматривают закрепленные во внутреннем законодательстве правовые нормы (в частности, валютного, трудового, транспортного законодательства и законодательства о конкуренции).

419 Нельзя не отметить, что в практике МКАС при ТПП РФ и МАК при ТПП РФ до настоящего времени отсутствуют какие-либо случаи, когда было бы отказано в применении иностранной нормы по мотиву явного противоречия последствий ее применения публичному порядку Российской Федерации.

420 Гораздо чаще международный публичный порядок используется в другом аспекте – при решении вопроса о принудительном исполнении на территории одного государства решения, вынесенного иностранным судом или арбитражем. Если исполнение любого из названных решений может привести к нарушению международного публичного порядка, в его признании и приведении в исполнение может быть отказано.

421 Использование международного публичного порядка в данном аспекте закреплено в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений. В ст. V (2) этой Конвенции предусмотрено, что в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть

¹ См. п. 4.8 настоящей главы учебника.

отказано, если суд государства, в котором испрашивается признание и приведение в исполнение, сочтет, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку этого государства.

В российском законодательстве нормы о международном публичном порядке содержатся, например, в п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, предусматривающем положение, согласно которому арбитражный суд отказывает в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, если исполнение решения иностранного суда противоречит публичному порядку Российской Федерации. Аналогичное положение предусматривает подп. 2 п. 1 ст. 36 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», согласно которому в признании или приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано, если суд сочтет, что признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации. 422

Нарушение публичного порядка Российской Федерации также названо в ГПК РФ как основание для отказа в признании и принудительном исполнении решения иностранного суда или арбитража (ст. 412 (п. 5 ч. 1) и ст. 417 (п. 1 ч. 1) ГПК РФ). Причем в ст. 412 (п. 5 ч. 1) ГПК РФ упоминается о возможном ущербе суверенитету государству или угрозе его безопасности, которые представляют собой отдельные случаи нарушения международного публичного порядка. Эти случаи нарушения международного публичного порядка закреплены также в ряде международных договоров и зарубежном праве. Так, согласно ст. 17 Вводного закона к ГК Бразилии (1942) иностранные законы и решения не имеют силы в Бразилии, если они нарушают национальный суверенитет, публичный порядок или добрые нравы. 423

В отношении признания и исполнения иностранных судебных решений отдельно выделяют международный процессуальный публичный порядок, в качестве которого понимается соблюдение основополагающих принципов процесса, в особенности соблюдение права сторон на защиту. 424

В частности, согласно п. 3 ст. 3155 ГК Квебека (1991) иностранное решение не подлежит исполнению, если оно было вынесено с нарушением основополагающих принципов процесса. В силу ст. 27 Закона Швейцарии о международном частном праве (1987) в признании иностранного решения в Швейцарии отказывается, если ответчик не был надлежащим образом вызван для участия 425

в деле и не были соблюдены основополагающие принципы швейцарского судопроизводства, в частности ответчик не имел возможности изложить свои доводы. В соответствии со ст. 64 (b) Гражданского кодекса Италии (1889) иностранное решение подлежит признанию в Италии, если в процессе были соблюдены основополагающие права ответчика на защиту и он был уведомлен о начале в отношении него судебном разбирательстве. В ст. 65 ГК Италии в отношении любых иных иностранных судебных мер, касающихся правоспособности лиц, существования семейных отношений либо личных неимущественных прав, специально подчеркивается, что они признаются в Италии при условии, что они не противоречат публичному порядку и при их принятии были соблюдены основополагающие права сторон на защиту.

426 В качестве нормы, закрепляющей транснациональный процессуальный публичный порядок, можно рассматривать п. 1 ст. 6 Конвенции о защите прав и основных свобод человека, гарантирующий право на справедливое и публичное разбирательство. В частности, лишение сторон гражданского процесса возможности присутствовать в судебном заседании, например при неуведомлении их о начале судебного разбирательства, рассматривается Европейским судом по правам человека как нарушение права на справедливое и публичное разбирательство (см. дело *Yakovlev v. Russia*). Нарушение принципа состязательности процесса и равенства сторон, когда сторона процесса ставится в менее благоприятные условия по сравнению с другой стороной, также рассматривается как нарушение права на справедливое судебное разбирательство (дело *McMichael v. the United Kingdom*). Данные положения, сформулированные в практике Европейского суда по правам человека, составляют основополагающие принципы процесса, действующие вне правовых систем отдельных государств.

4.8. ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

427 **Постановка проблемы.** *Императивные нормы в международном частном праве* – особая группа императивных норм национального законодательства, применение которых не может быть исключено по договоренности сторон или с помощью использования механизмов коллизионного регулирования. Для выделения особых императивных норм используются следующие термины:

«императивные нормы МЧП» (англ. *conflicts -mandatory rules* или *mandatory rules in international sense*), «сверхимперативные нормы» (англ. *overriding rules*), «нормы непосредственного применения» (фр. *lois d'application immediate, lois d'application necessaire*), в Голландии – приоритетные нормы (*voorrangsregels*), в Германии – вторгающиеся нормы (*eingriffsnormen*) и др.

Сверхимперативные нормы ограничивают не только автономии воли сторон, но и результат выбора права в соответствии с коллизионными нормами. Когда речь заходит об ограничениях, всегда возникает вопрос, в чем принципиальная необходимость таких ограничений, особенно если принять во внимание тот факт, что у императивных норм в МЧП много как сторонников, так и противников. 428

Традиционный механизм коллизионного регулирования предполагает объективный порядок выбора применимого права, т.е. независимо от интересов сторон и государств, связанных с правоотношением. Такой порядок обладает очень важным с точки зрения участников международного хозяйственного оборота достоинством – предсказуемостью. Однако возникают ситуации, когда результат, полученный в силу применения этого механизма, не устраивает участников оборота. Возникает вопрос: какая польза от применения предсказуемого права, если это ведет к неприемлемому результату? В отдельных случаях во избежание такого результата можно было воспользоваться оговоркой о публичном порядке¹. Но в XX в. стали развиваться идеи о том, что при выборе применимого права должны учитываться существо правоотношения, интересы сторон, связь этого правоотношения с различными странами и интересы, «преследуемые» теми или иными нормами правовых систем этих стран. 429

Такое смещение акцентов вызвано воздействием глобальных интеграционных процессов, в результате которых современные правоотношения довольно часто содержат различные иностранные элементы, что не может не требовать от судов индивидуализированного подхода при выборе применимого права. Так, например, компания, зарегистрированная российскими предпринимателями на острове Гернси, предъявляет в английском суде иск к своему директору, находящемуся в России, о возмещении убытков, причиненных компании спекулятивными действиями директора на Лондонской бирже металлов, на основании нарушения обязанностей 430

¹ См. п. 4.7 настоящей главы учебника.

директора по английскому праву. Или индийская компания-продавец заключает договор купли-продажи джута со швейцарским покупателем по английскому праву, однако продавец впоследствии отказывается от исполнения контракта, узнав о намерении покупателя перепродать джут в Южную Африку, куда согласно индийским законам экспорт запрещен.

431 В таких условиях сложно, как раньше, ограничиться одной выбранной или определенной в силу коллизионных норм правовой системой, необходимо учитывать отдельные правовые нормы или группы норм иных правовых систем, которые тесно связаны с правоотношением. Компромисс между указанными интересами и необходимостью учитывать императивные нормы различных стран, с одной стороны, и непредсказуемостью выбора применимого права и исхода судебного разбирательства, с другой стороны, и призван предложить институт сверхимперативных норм в МЧП, который уже нашел свое закрепление в законах МЧП многих стран, в том числе Российской Федерации.

432 **Регулирование проблемы сверхимперативных норм в российском праве.** Положения о сверхимперативных нормах являются одной из новелл части третьей ГК РФ, вступившей в силу в 2002 г., и содержатся в ст. 1192.

433 В п. 1 ст. 1192 ГК РФ установлено: «Правила настоящего раздела не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

434 Таким образом, нормы могут квалифицироваться как сверхимперативные, если в них самих содержится соответствующее указание или они имеют особое значение. В отношении последних заметим, что вследствие оговорки «в том числе» особое значение этих норм может не ограничиваться соображениями обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. Следовательно, круг сверхимперативных норм остается открытым.

435 Пункт 2 ст. 1192 ГК РФ дает возможность суду принять во внимание сверхимперативные нормы третьей страны при определенных условиях. Текст данного пункта гласит следующее: «При применении права какой-либо страны согласно правилам настоящего

раздела суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения». Из данного положения вытекает, что сверхимперативные нормы другой страны могут применяться, если право этой страны тесно связано с правоотношением. Примером может служить страна исполнения договора, а также страна, где одна из сторон договора имеет место жительства или основное место предпринимательской деятельности. Кроме того, суд должен учитывать дополнительные факторы – назначение таких норм, их характер, а также последствия их применения или неприменения.

Необходимо подчеркнуть, что применение сверхимперативных норм российского права, о которых речь идет в п. 1 ст. 1192 ГК РФ, является обязанностью суда. Сверхимперативные нормы другой страны «суд может принять во внимание», если сочтет, что для этого есть основания, установленные в законе. 436

Международно-правовое регулирование сверхимперативных норм. Положения ГК РФ об императивных нормах практически дословно совпадают с положениями Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, участниками которой является большинство европейских стран. 437

Среди первых попыток законодательного закрепления положений об императивных нормах можно отметить подписанный в 1969 г. странами Бенилюкса, но не вступивший в силу Договор касательно единообразного закона о международном частном праве, Гаагские конвенции 1978 и 1984 гг. о праве, применимом к агентским договорам и трастам. Все эти документы содержали положения о применении императивных норм помимо норм применимого права при условии достаточной связи с правопорядком и сверхимперативного характера этих норм. Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам 1994 г., также содержит отсылки к императивным нормам страны суда и третьих стран. 438

После подписания Римской конвенции 1980 г. концепция императивных норм стала довольно популярной. Статьи 18 и 19 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г. обеспечивают возможность применения императивных 439

норм Швейцарии и третьих стран. Вместе с тем один из новейших законов о МЧП, японский Закон 2006 г., содержит положения об императивных нормах, касающиеся только потребительских и трудовых договоров.

440 В 2007–2008 гг. были приняты регламенты ЕС о праве, применимом к договорным и внедоговорным обязательствам (соответственно «Рим I» и «Рим II»). В ст. 9(1) Регламента «Рим I», вступившего в силу в декабре 2009 г. и заменившего собой Римскую конвенцию 1980 г., в отличие от аналогичной ст. 7 Римской конвенции дается нормативное определение сверхимперативных норм, согласно которому «преобладающими императивными положениями являются положения, соблюдение которых признано страной в качестве имеющего принципиальное значение для охраны ее публичных интересов, таких как ее политическое, социальное или экономическое устройство, в такой степени, в какой они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, независимо от того, какое право в ином случае подлежало бы применению к договору согласно настоящему Регламенту».

441 Далее, в Регламенте «Рим I» положения об обязательных к применению нормах иностранного права (соответствующих ст. 7(1) Римской конвенции) были убраны с той оговоркой, что «может придаваться действие преобладающим императивным положениям права страны, где возникающие на основании договора обязательства должны быть или были исполнены, в той мере, в какой эти положения делают исполнение договора незаконным». При этом «при решении вопроса о придании действия этим положениям должны учитываться их характер и цель, а также последствия их применения или неприменения». Таким образом, положения Регламента «Рим I» существенно ограничили возможности для применения сверхимперативных норм третьих стран.

442 Практика применения Римской конвенции 1980 г. и обсуждение проектов указанных регламентов обозначили проблему определения круга сверхимперативных норм, в том числе проблему отнесения к ним норм публичного права.

443 Общепризнанный принцип международного частного права предполагает, что процесс выбора применимого права касается применения лишь частноправовых положений применимого права. Однако в некоторых случаях невозможно разделить частноправовые и публично-правовые элементы в конкретном правоотношении. Среди исследователей превалирует точка зрения, что

определенные положения публичного права будут применяться в качестве императивных норм, но они должны быть четко определены в каждой конкретной ситуации. Возможность применения иностранных публично-правовых норм многие национальные законодатели обуславливают необходимостью противодействия негативным действиям и явлениям, препятствующим развитию международного гражданского и торгового оборота. Так, например, ст. 13 Федерального закона Швейцарии 1987 г. о МЧП гласит: «В применении иностранного права не может быть отказано на том лишь основании, что соответствующая норма считается нормой публичного права». Как отмечают комментаторы, эта норма преследует цель «сделать применимыми те нормы иностранного права, которые ограничивают свободу договора в социально-экономических интересах».

В деле *Ingmar GB Ltd v. Eaton Leonard Technologies Inc.* Европейский суд рассмотрел вопрос о том, будут ли применяться положения Директивы Евросоюза о независимых коммерческих агентах к отношениям между сторонами, когда одна из них находится за пределами ЕС и выбрано право страны, не входящей в ЕС. Суд признал, что положения ст. 17 и 18 Директивы, устанавливающие основания для предъявления коммерческим агентом требований о возмещении убытков, вызванных прекращением договора с принципалом, подлежат применению независимо от права, выбранного сторонами, при условии, что отношения сторон тесно связаны с ЕС, и в особенности когда агент осуществляет свою деятельность на территории страны-участницы. 444

Проблема определения круга сверхимперативных норм может решаться по-разному, в зависимости от того, относятся такие нормы к нормам права страны суда (*lex fori*) или к нормам права третьих стран, о чем речь пойдет далее. 445

Сверхимперативные нормы страны суда. Среди сверхимперативных норм российского законодательства можно выделить в первую очередь те, которые *содержат указание* на это. Так, например, в соответствии с п. 2 ст. 404 ГПК РФ, «подсудность дел с участием иностранных лиц, установленная статьями 26, 27, 30 и 403 настоящего Кодекса, не может быть изменена по соглашению сторон». К числу сверхимперативных следует также отнести положения п. 3 ст. 162 ГК РФ о последствиях несоблюдения простой письменной формы внешнеэкономических сделок; предписания п. 2 ст. 414 КТМ РФ 1999 г., не допускающие устранение или умень-

шение ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо за просрочку их доставки посредством соглашения сторон о подлежащем применению праве; правило п. 5 ст. 1 Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» о применении к отношениям с участием иностранных лиц в качестве кредиторов норм указанного Закона.

447 В случае отсутствия указания в самой норме необходимо *наличие у нормы особой цели и защищаемых интересов*, позволяющих суду отнести данную норму к сверхимперативным. Пункт 1 ст. 1192 ГК РФ раскрывает положение ст. 7(2) Римской конвенции 1980 г.: «Правила настоящей Конвенции не затрагивают действие тех норм страны суда, которые применяются независимо от подлежащего применению права». Комментарии к Конвенции четко указывают на то, что это более узкий круг норм, а именно: нормы по защите прав потребителей; правила валютного законодательства; нормы о пределах ответственности морского перевозчика; нормы антимонопольного законодательства; экспортные и импортные ограничения; ограничения допуска иностранных юридических лиц к соответствующим видам и сферам деятельности; нормы, ограничивающие свободу договора в интересах защиты более слабой стороны договора; правила о ценных бумагах и др.

448 Какого рода нормы, в частности, имелись в виду разработчиками раздела ГК РФ, позволяет определить редакция соответствующей статьи, содержащейся в проекте раздела ГК РФ о международном частном праве от 23 октября 1996 г. Так, к нормам, регулирующим соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права, относились, в частности, нормы об основных началах гражданского законодательства, о пределах осуществления гражданских прав, о недействительности сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности, о свободе договора.

449 В этой связи представляется возможным с учетом конкретных обстоятельств наделять свойством сверхимперативности некоторые нормы российского законодательства, регулирующие взаимоотношения доверителя и поверенного, подрядчика и заказчика, перевозчика и грузоотправителя и содержащие безусловные предписания о ничтожности соглашения об отказе от права одностороннего расторжения договора, о праве контроля заказчика за ходом работ или о пределах ответственности перевозчика.

Другим примером может служить внешнеэкономическая сделка, совершенная с нарушением валютно-экспортного контроля, которая будет признана недействительной как не соответствующая требованиям закона. Однако в таком случае применяется не сама публично-правовая норма, а обсуждаются частноправовые последствия этой нормы, что предусмотрено гражданско-правовой нормой о недействительности сделки. К подобным гражданско-правовым нормам, преследующим и публичный интерес, можно отнести ст. 210 ГК РФ «Содержание имущества собственником» и ст. 422 ГК РФ, где говорится о том, что договор по своим условиям должен соответствовать требованию закона.

Сверхимперативные нормы третьей страны. Наиболее противоречивые оценки даются доктриной и законодательной практикой относительно возможности применения императивных норм права третьих стран.

Так, ст. 7(1) Римской конвенции (воспроизведенную в п. 2 ст. 1192 ГК РФ) некоторые страны связывают со слишком большим вмешательством в процесс выбора применимого права, что с точки зрения сторон договора вносит неопределенность и непредсказуемость в международную торговлю. Поэтому в отношении именно этой статьи некоторые договаривающиеся государства¹ сделали оговорку о ее неприменении, а в Регламенте «Рим I» соответствующие положения были существенно пересмотрены. В Регламенте «Рим II» в окончательной редакции положение об императивных нормах третьих стран было удалено.

Основные аргументы «против» заключались в следующем: 1) суды должны рассматривать несколько групп императивных норм, что повышает вероятность ошибок и путаницы; 2) усмотрение суда оставляет в неопределенности интересы бизнеса; 3) установление содержания иностранных законов связано с дополнительными затратами; 4) единообразии правоприменительной практики может пострадать; 5) стороны не захотят судиться в данной юрисдикции (особенно данный аргумент подчеркивается английскими комментаторами, что не случайно, так как Лондон конкурирует с Нью-Йорком за роль универсального финансового центра с наилучшими условиями для бизнеса).

В защиту были приведены следующие доводы. Во-первых, имеются примеры, когда суды, не находя подходящей нормы в *lex fori*, выражающей те или иные национальные интересы, смогут приме-

¹ Великобритания, Германия, Ирландия, Люксембург и Португалия.

нить норму третьей страны в этих же целях. Во-вторых, регулярное обращение к иностранному праву позволит достичь гармонизации и единообразия в долгосрочной перспективе, особенно с учетом того факта, что сегодняшнее международно-правовое регулирование нередко допускает альтернативные решения в отношении вопросов юрисдикции и судов, уполномоченных рассматривать тот или иной спор. В-третьих, принимая по своему усмотрению решение о применении императивных норм третьих стран, суды должны учитывать и ожидания сторон.

455 Как критики, так и сторонники положения об императивных нормах третьих стран проводят аналогию данного положения с американской доктриной анализа государственных интересов (*government-interest analysis*). Основная идея данной доктрины заключается в анализе целей регулирования, которые стоят за конкретной нормой, а также в установлении и разрешении коллизий не на уровне норм, а на уровне целей и интересов, преследуемых этими нормами. Таким образом, с учетом обстоятельств дела определяется страна или правовая система, которая имеет наиболее существенный интерес применить к транснациональной ситуации свои нормы.

456 Так, например, если речь идет о применении иностранных норм об эмбарго, направленных против какой-либо страны, суд последней, очевидно, не примет решения об их применении. Менее очевиден вопрос о том, в каких случаях суд будет иметь интерес применить иностранные сверхимперативные нормы. Такой интерес может быть основан на принципах международной вежливости, кооперации и взаимности, однако отмечается, что такие основания могут быть недостаточными для применения иностранных норм, особенно связанных с недействительностью договора, если только собственные нормы страны суда не защищают аналогичные интересы.

457 Следует также подчеркнуть, что для применения указанных норм третьей страны суды должны установить наличие тесной связи правоотношения с такой страной. Так, в деле *Base Metal*, рассмотренном английским судом, компания, зарегистрированная российскими предпринимателями на острове Гернси, предъявила иск к своему директору, находящемуся в России, о возмещении убытков на основании нарушения обязанностей директора должным образом заботиться об интересах компании, предусмотренных по английскому праву. Суд отказал в удовлетворении требований

истца на том основании, что отношения сторон регулируются по праву Российской Федерации, где расположен офис истца, а отношения сторон и сами стороны не связаны в достаточной мере ни с Англией, ни с островом Гернси.

Некоторую особенность имеет проблема применения сверхимперативных норм международным коммерческим арбитражем. Полномочия арбитров, вытекающие в том числе из договора сторон, позволяя более «свободно» обращаться с нормами *lex arbitri*, однако повсеместно подчеркивается тот факт, что арбитры должны заботиться о последующей возможности признать и привести в исполнение арбитражное решение в третьих странах, что стимулирует учитывать нормы данных стран в качестве сверхимперативных при рассмотрении спора. 458

4.9. «РАСЩЕПЛЕНИЕ» ПРИВЯЗКИ КОЛЛИЗИОННОЙ НОРМЫ (*dépeçage*)

В международном гражданском и хозяйственном обороте возможно возникновение ситуации, когда различные элементы одной и той же сделки регулируются одновременно двумя или более системами права. В доктрине такая ситуация получила название *dépeçage* (*фр.* расщепление). 459

В данном параграфе будет рассмотрен *dépeçage* в узком смысле этого понятия – применение различных правовых систем к разным элементам одной и той же сделки. Некоторые авторы используют данный термин более широко, применяя его к любым ситуациям, в которых одновременно задействовано более одной правовой системы, например, когда к договору применимо одно право, а к определению личного статуса лица, заключившего договор, – другое¹. 460

Наиболее характерная ситуация, в которой расщепляется применимое право, – применение различных правовых систем к различным частям одного и того же договора, когда стороны договорились о таком применении. 461

Пункт 4 ст. 1210 ГК РФ разрешает сторонам договора осуществить выбор подлежащего применению права как для договора в целом, так и для отдельных его частей. Это положение также подкреплено п. 5 ст. 1211 ГК РФ, подтверждающим возможность 462

¹ Willis L.M. Reese. *Dépeçage: A Common Phenomenon in Choice of Law*. 73 Colum. L. Rev. 58–59; Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007. С. 166–168.

применения к договору, содержащему элементы различных договоров, правовых систем, с которыми данные элементы наиболее тесно связаны, в случаях, когда это вытекает в том числе из условий или существа договора.

463 Положение, разрешающее сторонам выбирать право для «отдельных частей» договора, является новеллой части третьей ГК РФ¹; ранее применявшиеся Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. такой возможности напрямую не предусматривали². Однако это не означает, что до вступления в силу части третьей ГК РФ стороны не могли выбрать различное применимое право для различных частей договора, — такая возможность автоматически вытекает из принципа автономии воли сторон³.

464 Выбор сторонами применения различных правовых систем к отдельным частям договора может принимать разнообразные формы. Например, стороны могут подчинить различные вопросы своих контрактных взаимоотношений праву разных стран; оговорить применимое право только в отношении части договора, но не всего договора; сослаться на право сразу двух государств как одновременно, так и альтернативно (в зависимости от страны, где будет рассматриваться спор); исключить применение права определенных стран, не указывая на право, подлежащее применению, и т.д.⁴

465 Регулирование возможности выбора сторонами договора различного применимого права к отдельным частям договора в п. 4 ст. 1210 ГК РФ отражает международный опыт в данной области. Основой для формулировки данного положения ГК РФ послужил п. 1 ст. 3 Римской конвенции 1980 г.⁵, который предусматривает, что «стороны вправе выбрать право, применимое к договору в целом или к отдельной его части»⁶. Возможность расщепления

¹ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланаова. М., 2006 (ст. 1210).

² См.: Международное частное право. Современные проблемы. В 2 кн. / Отв. ред. М.М. Богуславский. Кн. 1. М., 1993. С. 179.

³ См. там же.

⁴ См.: *Розенберг М.Г.* Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2000. С. 36–41; *Богуславский М.М.* Международный частное право: Учебник. 5-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 269.

⁵ См.: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланаова (ст. 1210).

⁶ Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations Opened for Signature in Rome on 19 June 1980 (80/934/EEC) // Official Journal L 266. 09/10/1980. P. 0001–0019.

применимого права признается и в других международных договорах, к примеру в Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.¹, а также в Гагской конвенции о праве, применимом к международным договорам купли-продажи товаров².

С возможностью выбора сторонами договора нескольких правовых систем, применимых к его различным частям, связаны различные потенциальные сложности. В частности, существует риск того, что применимые множественные правовые системы придут в противоречие друг с другом, что сделает осуществление сделанного сторонами выбора невозможным. По этой причине изначально отношение многих ученых к возможности такого расщепления было отрицательным. Так, в 1994 г. О.Н. Садилов писал, что «желательно исключить возможность выбора сторонами одновременно нескольких правовых систем»³. Не было единого мнения по этому вопросу и у экспертов, принимавших участие в подготовке Римской конвенции. Некоторые эксперты придерживались мнения, что подчинение отдельных частей договора различным системам права допустимо лишь в том случае, когда такой договор по форме представляет собой единый документ, но по сути состоит из нескольких самостоятельных с юридической и экономической точек зрения соглашений⁴. Сторонники этой позиции считали, что в тексте Конвенции не следовало напрямую предусматривать возможность расщепления применимого права⁵. Другие эксперты считали, что ввиду тесной связи между принципом автономии воли сторон и возможностью расщепления применимого права запретить такой выбор сторон было бы проблематично⁶. Данная точка зрения возобладала.

¹ Art. 7, Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts, signed at Mexico, D.F., Mexico, on March 17, 1994 (<http://www.oas.org/juridico/English/treaties/b-56.html>).

² Статья 7(1) Гагской конвенции о праве, применимом к международным договорам купли-продажи товаров, заключенной 22 декабря 1986 г. (Конвенция в силу не вступила).

³ Международное частное право. Современные проблемы: В 2 кн. / Отв. ред. М.М. Богуславский. Кн. 1. С. 179.

⁴ Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde // Journal officiel n° C 282 du 31.10.1980. P. 0001–0050 (далее – Giuliano – Lagarde Report).

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

467 Тем не менее выбор сторонами различного права в отношении отдельных частей договора не должен приводить к противоречию между применимыми правовыми системами. Согласно официальному комментарию к Римской конвенции, если такое случится, то выбор применимого права должен осуществляться в соответствии с общей коллизионной нормой, определяющей применимое право в случае, если стороны не договорились о таковом (в частности, ст. 4 Римской конвенции)¹. К такому же выводу приходят комментаторы и в отношении п. 4 ст. 1210 ГК РФ². В случае такого внутренне противоречивого выбора применимого права соглашение о выборе права не порождает тех правовых последствий, на которые оно направлено; применимое право в таком случае должно определяться на основе соответствующих коллизионных норм, действующих при отсутствии соглашения сторон о выборе права (в частности, ст. 1211 ГК РФ)³.

468 В качестве примера недопустимого расщепления применимого права можно привести соглашение о применении одной системы права к условиям расторжения договора покупателем, а другой системы права – к условиям расторжения договора продавцом⁴.

469 Следует отметить, что в ситуации, когда стороны договорились о применимом праве в отношении определенной части договора, но не указали применимое право в отношении оставшейся части договора, такой частичный выбор применимого права не будет рассматриваться в качестве выбора права в отношении всего договора⁵ (хотя он может рассматриваться в качестве одного из факторов, указывающих на то, с какой страной договор в целом наиболее тесно связан).

470 Ситуацию, в которой стороны договорились о применении нескольких систем права к различным частям договора, необходимо отличать от ситуации, в которой нет подобной договоренно-

¹ Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano and Paul Lagarde // Journal officiel n° C 282 du 31.10.1980. P. 0001–0050 (далее – Giuliano – Lagarde Report).

² Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.А. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2003. С. 426.

³ Там же.

⁴ Giuliano – Lagarde Report; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. Т.Е. Абовой, М.М. Богуславского, А.Г. Светланова (ст. 1210).

⁵ Giuliano – Lagarde Report.

сти сторон. В случае если стороны сами не договорились о расщеплении применимого права, российское право по общему правилу не позволяет суду выбрать разное право в отношении различных элементов договора. Пункт 5 ст. 1211 ГК РФ предусматривает, что к договору, содержащему элементы различных договоров, применимо право страны, с которой этот договор, *рассматриваемый в целом*, наиболее тесно связан. Данная норма имеет своей целью ограничить применение *dépeçage* в ситуациях, когда стороны не договорились о таком исходе либо когда расщепление не предусмотрено законом. Это объясняется негативными последствиями расщепления коллизионной привязки, упомянутыми выше, а именно непредсказуемостью, связанной с риском применения противоречащих друг другу правовых систем¹. При определении страны, с которой наиболее тесно связан договор в целом, подлежат учету такие факторы: какая из сторон осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для всего договора, и соответственно место основной деятельности такой стороны, которое может указывать на наиболее тесную связь с договором права соответствующей страны².

В качестве примера такого определения применимого права с учетом страны, с которой наиболее тесно связан договор в целом, можно привести решение МКАС в деле № 8/1997 от 5 марта 1998 г. по спору между болгарской и российской организациями. Истец утверждал, что между сторонами был заключен договор купли-продажи и что, таким образом, применению подлежит Венская конвенция. Однако состав арбитража указал на то, что договор, названный сторонами «договором о продаже с рассрочкой платежа», содержал целый ряд условий, не характерных для договоров купли-продажи товаров, таких как складирование, хранение товаров, информация о реализации товаров, проведение маркетинга, оплата товара после его реализации, возврат нереализованных товаров и пр. Исходя из этого состав арбитража МКАС не признал этот договор договором международной купли-продажи товаров и счел, что по своей юридической природе он представлял собой смешанный договор особого вида, отношения по которому регулируются Венской конвенцией 1980 г. Арбитраж указал, что применимое право к отношениям по смешанному договору было определено на основании п. 5 ст. 166 ОГЗ 1991 г. по месту учреждения и месту основной деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора³.

¹ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. С. 438.

² Там же. С. 439.

³ *Розенберг М.Г.* По материалам решения МКАС при ТПП РФ от 5 марта 1998 г. № 8/1997 // Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. М., 1999.

471 Подобное настороженное отношение российского законодателя к расщеплению коллизионной привязки в случае, когда *dépeçage* не предусмотрен напрямую договором или законом, несколько отличается от подхода Римской конвенции, которая напрямую предусматривает такую возможность, хотя и в порядке исключения. Пункт 1 ст. 4 Римской конвенции устанавливает, что к отдельной части договора, имеющей более тесную связь с другой страной, может быть в порядке исключения применимо право той страны. Под отдельной частью договора понимаются отдельные положения в тексте договора, которые могут быть рассмотрены отдельно от остальной части договора¹.

472 Также *dépeçage* часто возникает в контексте наследственных правоотношений, когда статут различных типов наследственного имущества определяется в соответствии с различными системами права². Такое расщепление коллизионной привязки предусмотрено п. 1 ст. 1224 ГК РФ, устанавливающей, что наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество (причем наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, – по российскому праву), а прочие отношения по наследованию – по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства.

473 Некоторые ученые, в частности представители немецкой правовой мысли³, также выдвигают теорию о возможности применения *dépeçage* к личному закону юридического лица. Возникновение данной теории связано с поиском компромисса между критерием определения национальности юридического лица (критериями инкорпорации и оседлости) с целью адаптации их к условиям современных интеграционных процессов⁴. В частности, немецким профессором Сандроком была разработана теория «наложения» или «наслоения» (нем. *Überlagerungstheorie*), согласно которой право страны регистрации юридического лица применимо к вопросам его создания и к определению правоспособности юридического лица, в то время как иные вопросы, относящиеся к стату-

¹ Bank of Scotland v Butcher [1998] N.P.C. 144.

² Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. С. 166–167.

³ Sandrock O. Die Konkretisierung der überlagerungstheorie in einigen zentralen Einzelfragen // Festschrift für Gunther Beitzke: zum 70. Geburtstag am 26. April 1979. Berlin; New York, 1978. S. 698 ff.

⁴ Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. С. 164–165.

ту юридического лица, подлежат регулированию императивными нормами страны местонахождения органов управления. Императивные нормы страны местонахождения органов управления юридического лица «наслаиваются» на правовое регулирование страны, где юридическое лицо было учреждено¹. Однако применение предписаний о компаниях двух различных государств возможно только в исключительных случаях, а не как правило, поскольку данная теория трудна в использовании и сомнительна в результатах². Российское законодательство такой возможности в настоящий момент не предусматривает. Статья 1202 ГК РФ предусматривает единое регулирование правом страны, где учреждено юридическое лицо, всех вопросов, определяемых на основе личного закона юридического лица.

4. 10. ВЗАИМНОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ. РЕТОРСИИ

Хорошо известный постулат о том, что поступать по отношению к другим надо так, как ты хочешь, чтобы они поступали по отношению к тебе, является «золотым правилом этики». А, как известно, право не только тесно связано с этикой, но и во многом базируется на общих с ней началах. Ввиду этого неудивительно, что данное «золотое правило» часто используется в том или ином виде в правовом регулировании вообще и в МЧП в частности. Один из ярких примеров его воплощения – решение вопроса взаимности в МЧП. При изучении этого вопроса важно иметь в виду, что следует отличать общую идею взаимности от юридического принципа взаимности. 474

Прежде всего необходимо отметить, что принцип взаимности не следует считать, как это иногда ошибочно утверждается³, *общепри-* 475

¹ *Kropholler Jan.* Internationales Privatrecht: einschliesslich der Grundbegriffe des internationalen Zivilverfahr. 2004. 4 ed. P. 562.

² *Ibid.*

³ «...С уверенностью можно говорить о том, что **один из общепризнанных международно-правовых принципов** – принцип взаимности в международном частном праве в целом и в международном гражданском процессе в частности – является **действующей нормой** и для Российской Федерации (выделено нами. – *Авт.*)» (*Нештаева Т.Н.* Международный гражданский процесс: Учеб. пособие. М., 2001. С. 48); «Принцип взаимности – одна из старейших международно-правовых норм» (там же. С. 49).

знанным юридически-обязательным принципом или нормой международного публичного права.

476 В этом праве нет совершенно ничего, что подтверждало бы следующее мнение: коль скоро одним государством совершаются (не совершаются) по отношению к другому государству определенные действия, то другое государство обязано действовать (не действовать) в отношении первого таким же образом в силу имеющего юридическую силу принципа взаимности. На самом деле такое другое государство *вправе* так действовать (не действовать), однако *не обязано*. Другое дело, что государства предпочитают совершать по отношению к другим государствам аналогичные действия по причине целесообразности, выгоды или ради каких-то иных собственных целей, что к юридической обязательности отношения не имеет.

477 Соответственно, «принцип взаимности как таковой не входит в состав когентных принципов международного права... Утверждение такого когентного принципа в международном праве в качестве обычно правового вряд ли оправданно. Слишком много на практике наблюдается международных отношений, которые не отвечают взаимности. Достаточно назвать преференции для развивающихся стран. Никому вообще не возбраняется предоставлять другому льготы и т.п. *в одностороннем порядке!* (здесь и далее в цитатах выделено нами. – *Авт.*)»¹.

478 В связи с этим принцип взаимности необходимо считать принципом международных отношений², международного сотрудничества, международной жизни в широком смысле этого понятия, который, однако, не имеет юридического наполнения и не может считаться частью *ius cogens*. Этот принцип проявляется в политике взаимодействия и сотрудничества государств, когда каждое в одностороннем порядке *вправе* (но не *обязано*) оказывать другому какое-либо содействие. Такую форму взаимности можно именовать взаимностью в широком смысле³ или же говорить об общей идее взаимности.

479 Однако такая идея взаимности может быть наполнена конкретным юридическим содержанием и превратиться в отношении

¹ Вельяминов Г.М. Международное экономическое право и процесс (Академический курс): Учебник. М., 2004. С. 110. «Когентный» – от *ius cogens*.

² Дипломатический словарь. В 3 т. 4-е изд., перераб. и доп. Т. I: «А – И». М., 1984. С. 198.

³ Богуславский М.М. Международное частное право. 6-е изд., перераб. и доп. М., 2009. С. 97.

ях между государствами или в рамках отдельных национальных правовых систем в юридический принцип взаимности¹. В этом случае такой принцип будет являться обязательным для государств, использующих его в отношениях друг с другом, в том числе применительно к частноправовым вопросам (например, принцип взаимности в ходе переговоров в рамках ВТО). Кроме того, государство вправе прибегнуть к нему в своей правовой системе в одностороннем порядке и тогда он станет обязательным как для этого государства, так и для частных субъектов на его территории (но не для других государств).

Общая идея взаимности и основанный на ней юридический принцип взаимности – одни из тех немногочисленных начал, из которых может черпаться содержание для конкретных норм в самых разных правовых отраслях (частноправовых и публично-правовых), причем как на национальном, так и на международном уровне². 480

Отчасти этот принцип, как и многое другое в праве, – наследие римского права: *do ut des*. С другой стороны, общая идея взаимности и юридический принцип взаимности являются настолько очевидными в цивилизованном обществе, основанном на взаимодействии различных субъектов, каждый из которых преследует свои цели и выгоду, что их можно считать вытекающими из естественного порядка вещей безотносительно к римскому наследию. При этом МЧП – одна из юридических областей, которая наиболее плодотворна для изучения и общей идеи взаимности, и юридического принципа взаимности: она имеет дело не только с различными частными субъектами, ищущими в отношениях друг с другом взаимное расположение, но и с различными правовыми системами, которые также взаимодействуют друг с другом, руководствуясь (зачастую торжественно-церемонно) именно взаимностью. 481

¹ Вместо понятия «принцип взаимности» можно было бы использовать понятие «оговорка о взаимности». Однако последнее не охватывает случай, когда государства в отношениях друг с другом фактически используют принцип взаимности, но какое-либо письменное указание на него в их праве или в их международном договоре отсутствует.

² Так, юридический принцип взаимности, как показывает практика, используется, например, в таможенном праве, валютном регулировании, международном налоговом праве, международном уголовном праве (например, применительно к экстрадиции), наследственном праве, авторском праве и регулировании иных интеллектуальных прав, регулировании статуса и деятельности иностранных лиц, применительно к выдаче виз и т.д.

482 Принцип взаимности используется во всех трех составных частях МЧП:

- 1) в коллизионном регулировании;
- 2) в материально-правовой регламентации частных отношений с иностранным элементом;
- 3) в международном гражданском процессе.

483 В каждой из них он имеет свои особенности, которые должны рассматриваться отдельно, и играет неравноценную роль. Так, его значимость гораздо больше в материально-правовой регламентации отношений с иностранным элементом, и в международном гражданском процессе, нежели в коллизионном регулировании. Ошибочно считать, что в российском МЧП использование принципа взаимности ограничивается только коллизионным регулированием (ст. 1189 «Взаимность» разд. VI «Международное частное право» части третьей ГК РФ).

484 Кроме того, следует особо подчеркнуть, что принцип взаимности является одним из важнейших и в международном экономическом праве, включая право ВТО¹. Поскольку Россия намерена стать членом ВТО, данному принципу в российском праве следует уделять особое внимание, гораздо большее, нежели сейчас.

485 При этом в МЧП существует несколько способов использования юридического принципа взаимности: закрепление его в международных договорах; закрепление его во внутренних нормативных актах; фактическое его использование органами различных государств на практике в отсутствие упоминаний о нем в писаном праве.

486 Иногда встречается переплетение второго и третьего вариантов (так, ст. 4 Закона Южной Кореи 1991 г. о международном судебном содействии по гражданским делам № 4342 предусматривает: «Если государство, к которому принадлежит иностранный суд, обращающийся с поручением о судебном содействии, гарантирует, что оно выполнит любое поручение о судебном содействии, с которым обращается суд Республики Корея в отношении тех же самых или подобных вопросов, настоящий Закон применяется, даже если международный договор, относящийся к судебному содействию (между Республикой Корея и этим государством. – *Авт.*), не заключен»).

¹ Однако этот вопрос требует отдельного изучения и далее специально анализироваться не будет.

4.10.1. Принцип взаимности в коллизионном регулировании

Если государство А признает допустимость и необходимость применения на его территории права государства Б к какому-либо частноправовому отношению, оно может задаться вопросом о том, а признает ли государство Б допустимость и необходимость применения на своей территории права государства А к аналогичному частноправовому отношению? Если ответ на этот вопрос является отрицательным, то государство А может задуматься о том, чтобы аналогичным образом отказаться на своей территории от применения права государства Б и поставить его применение в зависимость от применения в государстве Б права государства А.

Например, в законе о наследовании, принятом в 1955 г. в Югославии, содержалось положение, согласно которому наследование после иностранного гражданина определялось правом государства гражданства наследодателя, но если в соответствующем государстве наследование после югославского гражданина определялось не югославским правом, а национальными нормами этого государства, то в таком случае наследование после гражданина данного государства в Югославии определялось югославским правом¹.

Статья 25 старой редакции Вводного закона к Германскому гражданскому уложению устанавливала: «Наследование после иностранца, местожительство которого ко времени его смерти находилось в Германии, регулируется законами того государства, к которому принадлежал наследодатель на момент смерти. Однако германский подданный может в этом случае предъявить наследственно-правовые притязания и тогда, когда они являются обоснованными лишь по германским законам, если только по законам государства, к которому принадлежал наследодатель, наследование после германского подданного, имевшего местожительство в этом государстве, не регулируется исключительно германскими законами»². Как видно, в данной норме предусматривался отказ от полного следования в Германии иностранному закону в случае неприменения в данном иностранном государстве немецкого права к наследованию после немца.

¹ Бендевский Траян. Международное частное право: Учебник / Пер. с македонского С.Ю. Клейн; Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2005. С. 248.

² Рааве Л. Международное частное право. М., 1960. С. 574.

490 Статья 43 Закона Румынии от 22 сентября 1992 г. № 105¹ закрепляет: «Преследующие имущественные цели иностранные юридические лица, законно учрежденные в том государстве, чьими национальными субъектами они являются, признаются в Румынии в силу закона.

491 Иностранные юридические лица, не преследующие имущественные цели, могут быть признаны в Румынии с предварительного разрешения Правительства на основании решения судебного органа *на условиях взаимности*, если эти юридические лица законно созданы в том государстве, чьими национальными субъектами они являются, и если уставные цели, которые они преследуют, не противоречат социальному и экономическому строю Румынии».

492 Как видно, каждое государство вправе самостоятельно решать, использовать ли ему принцип взаимности, обуславливая применение на своей территории права другого государства тем, применяется ли в этом другом государстве в аналогичной ситуации право первого государства, или же не использовать такой принцип, допуская применение на своей территории права другого государства в безусловном порядке.

493 Преобладающий подход в МЧП большинства государств состоит в отказе от использования принципа взаимности в коллизионном регулировании. «Нельзя, ссылаясь на принцип взаимности, оправдать требование государства А к государству Б, направленное на то, чтобы государство Б допускало коллизионные привязки к праву государства А в тех же случаях, когда государство А допускает коллизионные привязки к праву государства Б. Такое требование означало бы, что государство А претендует на то, чтобы государство Б применяло у себя ту же систему коллизионных норм, которая действует в государстве А. Такое требование могло бы также означать, что государство А требует от государства Б привилегий для собственных граждан по сравнению с гражданами других государств»².

494 Статья 1189 ГК РФ предусматривает следующее: «1. Иностранное право подлежит применению в Российской Федерации независимо от того, применяется ли в соответствующем иностран-

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001. С. 500. Далее выдержки из иностранных нормативных актов также даются по указанному изданию.

² Луниц А.А. Курс международного частного права. Общая часть. М., 1973. С. 357.

ном государстве к отношениям такого рода российское право, за исключением случаев, когда применение иностранного права на началах взаимности предусмотрено законом.

2. В случае, когда применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, если не доказано иное».

Иными словами, российский законодатель также не ставит применение российскими правоприменительными органами иностранного права в зависимость от взаимности: применение такого права должно носить *безусловный характер*.

Данного подхода придерживается не только законодательство России, но и право многих иных государств, например Австрии, Германии, Швейцарии, Италии. Это объясняется тем, что развитое коллизионное регулирование должно преследовать цель увеличения случаев применения иностранного материального права, а не их уменьшения. Очевидно, что если бы применение иностранного права всегда зависело от взаимности, то число дел, в которых иностранное право применяется, резко бы уменьшилось.

Такой подход в свете содержания разд. VI ГК РФ является вполне понятным: нормы данного раздела преследуют цель обеспечить применение правил иностранных национальных систем, в них российский законодатель выразил благосклонное отношение к применению иностранных законов. В таких условиях ставить применение иностранного права в зависимость от принципа взаимности было бы методологически неверно.

Однако в то же время российский законодатель не исключил возможности применения иностранного права в России на началах взаимности. В этом случае предусмотрена опровержимая презумпция наличия взаимности.

Как же следует толковать слова «если не доказано иное» в п. 2 ст. 1189 ГК РФ?

Исходя из того, что обязанность доказывания согласно российским правилам, регулирующим рассмотрение различных дел, возлагается прежде всего на лиц, участвующих в соответствующем деле, представляется, что доказывать отсутствие взаимности должно то лицо, которое возражает против применения иностранного права со ссылкой на отсутствие взаимности.

При этом думается, что ст. 1191 «Установление содержания норм иностранного права» ГК РФ, предусматривающая по общему правилу установление содержания норм иностранного права

судом *ex officio*, в данном случае не должна применяться¹. Во-первых, доказывание какого-то обстоятельства не может считаться равнозначным установлению содержания норм иностранного права самим судом. В противном случае следует признать, что суд доказывает что-то самому себе. Во-вторых, ст. 1191 ГК РФ сама проводит различие между доказыванием сторонами содержания норм иностранного права, которое может быть возложено на них судом, и установлением содержания норм иностранного права самим судом. В-третьих, исходя из того, что в разд. VI ГК РФ законодателем выражено благосклонное отношение к применению иностранного права, было бы неразумно предполагать, что российская законодательная власть намеревалась возложить на судебную власть бремя установления отсутствия взаимности *ex officio*: скорее следует предположить, что законодатель не мог не возложить бремя доказывания отсутствия взаимности именно на сторону, возражающую против применения иностранного права со ссылкой на отсутствие взаимности.

502 Современные российские законы не предусматривают случаев применения принципа взаимности в коллизионном аспекте. Использование в литературе в качестве примеров п. 2 ст. 157 Семейного кодекса РФ² («Браки между иностранными гражданами, заключенные на территории Российской Федерации в дипломатических представительствах и консульских учреждениях иностранных государств, признаются на условиях взаимности действительными в Российской Федерации, если эти лица в момент заключения брака являлись гражданами иностранного государства, назначившего посла или консула в Российской Федерации») или ст. 36 ранее действовавшего Патентного закона РФ от 23 сентября 1992 г. № 3517-1 (согласно которой иностранные физические и юридические лица пользуются правами, предусмотренны-

¹ Г.К. Дмитриева предлагает считать иначе: «Видимо, этот вопрос в нашей практике следует решать через 1191 ГК: поскольку для установления содержания иностранного права суд может обращаться в Министерство юстиции и иные компетентные органы или организации в Российской Федерации и за границей, постольку в эти же органы суд может обратиться за подтверждением взаимности» (Международное частное право: Учебник / Л.П. Ануфриева, К.А. Бекяшев, Г.К. Дмитриева и др.; Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2-е изд., перераб. и доп. М., 2004. С. 178). С ней в целом соглашается В.Л. Толстых (см.: Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004. С. 382). Однако для такого подхода нет никаких юридических оснований.

² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья (постатейный) / Отв. ред. Л.П. Ануфриева. М., 2004. С. 389–390.

ми настоящим Законом, наравне с физическими и юридическими лицами Российской Федерации на основании принципа взаимности) ошибочно, поскольку в названных статьях идет речь о принципе взаимности в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом (см. п. 4.10.2 данного параграфа).

Почему в российском праве было закреплено указание на то, что при определении применимого права использовать принцип взаимности не следует? Думается, что здесь сыграло роль намерение законодателя не допустить распространения случаев отказа применять иностранное право со ссылкой на взаимность. При помощи ст. 1189 ГК РФ законодатель лишил российские суды и иных правоприменителей возможности избежать применения иностранного права за счет использования принципа взаимности как *escape clause* (оговорки, клаузулы об избежании, о возможном отказе от чего-либо (в данном случае от применения иностранного права)). Именно в этом состоит ценность данной статьи¹.

В связи с рассматриваемым вопросом обращает на себя внимание то, что из всех новых иностранных кодификаций МЧП (помимо кодификаций в бывших советских республиках) упоминание о коллизионном принципе взаимности содержится только в трех. Первая – Указ Президиума Венгрии 1979 г. № 13:

«§ 6. (1) Применение иностранного права *не зависит от взаимности* (выделено нами. – Авт.), если законом не предусмотрено иное.

(2) Если закон ставит применение иностранного права в зависимость от взаимности, взаимность следует считать существующей, пока не доказано иное. Если закон предусматривает доказывание взаимности, обязательный для суда или иного учреждения документ, подтверждающий наличие взаимности, выдает министр юстиции...

§ 17. (1) К правоотношениям с участием венгерского государства, подпадающим под действие настоящего Указа, применяется его собственное право, за исключением тех случаев, когда

а) государство прямо выразило согласие на применение иностранного права, либо

¹ Л.Н. Галенская вряд ли права, когда говорит, что «ничего прогрессивного и нового данная статья не внесла в российское законодательство» (*Галенская Л.Н. Понятие взаимности // Журнал международного частного права. 2005. № 3 (49). С. 9*). На самом деле данная статья является одним из тех средств, которые противодействуют регрессу российского международного частного права. Риск такого регресса, учитывая своеобразие менталитета некоторых российских судей, нельзя недооценивать.

б) правоотношения касаются иностранного недвижимого имущества, находящегося в собственности государства, или имущества, которое государство намеревается приобрести, либо

в) правоотношения касаются участия в хозяйственной организации с иностранным интересом.

(2) Положения пункта 1 применимы к иностранному государству только в случае соблюдения взаимности».

505 Вторая – Закон Румынии от 22 сентября 1992 г. 1992 г. № 105:

«Статья 6. Применение иностранного закона *не зависит от условия взаимности*, если только последующие положения или специальные законы не предусматривают иное.

В случае, когда требуется условие фактической взаимности, его выполнение предполагается, пока не доказано противоположное. Доказательства запрашиваются у Министерства юстиции, которое посредством консультаций с Министерством иностранных дел устанавливает действительное положение дел...

Статья 43. Преследующие имущественные цели иностранные юридические лица, законно учрежденные в том государстве, чьими национальными субъектами они являются, признаются в Румынии в силу закона.

Иностранные юридические лица, не преследующие имущественные цели, могут быть признаны в Румынии с предварительного разрешения Правительства на основании решения судебного органа *на условиях взаимности*, если эти юридические лица законно созданы в том государстве, чьими национальными субъектами они являются, и если уставные цели, которые они преследуют, не противоречат социальному и экономическому строю Румынии...»

506 Третья – Кодекс Болгарии о МЧП 2005 г., в ст. 47 которого содержатся положения, аналогичные ст. 1189 ГК РФ.

507 Возможно, упоминание в праве этих трех государств о коллизиином принципе взаимности объясняется тем, что они являются в прошлом социалистическими странами, в которых объективно не имелось предпосылок для полноценного развития международного частного права и широкого применения иностранных законов. При этом упоминаний о коллизиином принципе взаимности не имеется, в частности, в новых актах о МЧП Австрии (1978 г.), Германии (1986 г.), Швейцарии (1987 г.), Квебека (1991 г.), Италии (1995 г.), Лихтенштейна (1996 г.)¹, Бельгии (2004 г.). Одна из причин этого состоит в том, что правоприменительные органы указанных государств не склонны к стремлению избегать применения иностранного права, в том числе за счет использования принципа взаимности как одной из коллизииных *escape clause*.

¹ Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.А. Маковского; Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001.

В странах СНГ, гражданское законодательство которых основано на Модельном ГК для государств – участников СНГ, коллизионный принцип взаимности упоминается в гражданских кодексах Армении 1998 г. (ст. 1257), Белоруссии 1998 г. (ст. 1098), Казахстана 1999 г. (ст. 1089), Киргизии 1998 г. (ст. 1172), Узбекистана 1996 г. (ст. 1163). Все они содержат правило, аналогичное ст. 1189 ГК РФ.

Указание на недопустимость использования принципа взаимности при определении применимого права содержится и в некоторых международных конвенциях. Например, об этом говорится в ст. 11 Гагской конвенции 1971 г. о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям («*The application of Articles 1 to 10 of this Convention shall be independent of any requirement of reciprocity*»), и ст. 11 Гагской конвенции 1973 г. о праве, применимом к ответственности за продукцию («*The application of the preceding Articles shall be independent of any requirement of reciprocity*»).

Однако можно ли на основании нечастого использования принципа взаимности в коллизионном регулировании считать его устаревшим инструментом коллизионного права? Вряд ли: природа этого принципа позволяет говорить не о том, что он устарел, а скорее о том, что он весьма специфичен и не может часто использоваться. Более оправданно считать его «спящим» юридическим инструментом, нежели устаревшим.

Далее, действие принципа взаимности в коллизионном праве по общему правилу не зависит от того, основывается ли применение иностранного материального права на императивной коллизионной норме или же на соглашении сторон о применимом праве.

Впрочем, государство в качестве исключения из этого общего правила может предусмотреть в своем коллизионном регулировании то, что принцип взаимности не должен использоваться в тех случаях, когда применение иностранного права должно иметь место на основании соглашения сторон, а не на основании императивной коллизионной нормы данного государства.

Наконец, общеизвестно, что разделение взаимности на формальную и материальную используется прежде всего в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом (см. п. 4.10.2). Однако вполне допустимо говорить о формальной и материальной взаимности также и в сфере коллизионного регулирования (хотя ранее никто в российском МЧП этого не делал и, более того, указывалось на невозможность такого деления¹).

¹ Галенская Л.Н. Указ. соч. С. 13.

- 514 На самом деле под *формальным коллизионным принципом взаимности* следует понимать применение (неприменение) в государстве А права государства Б в соответствующей конкретной ситуации в зависимости от того, указано ли формально в коллизионном праве государства Б на возможность применения в аналогичной ситуации права государства А, причем безотносительно к тому, что могут существовать конкретные обстоятельства, препятствующие применению в государстве Б права государства А (например, в государстве Б на основании обратной отсылки или института сверхимперативных норм право государства А фактически не применяется, хотя по общему правилу должно бы применяться). Если такое формальное указание в коллизионном регулировании государства Б имеется, то государство А будет считать принцип взаимности соблюденным даже в условиях, когда ввиду упомянутых конкретных обстоятельств в государстве Б право государства А в соответствующей ситуации оказалось бы неприменимым.
- 515 Под *материальным коллизионным принципом взаимности* следует понимать применение (неприменение) в государстве А права государства Б в соответствующей конкретной ситуации в зависимости не просто от того, указано ли формально в коллизионном праве государства Б на возможность применения в аналогичной ситуации права государства А, а прежде всего в зависимости от того, действительно ли в государстве Б право государства А в такой же ситуации применялось или применяется либо будет применяться, причем с учетом того, не влияют ли в государстве Б на применение права государства А в такой ситуации какие-то иные конкретные обстоятельства (использование обратной отсылки, институтов публичного порядка либо сверхимперативных норм, невозможность установления содержания законов государства А и т.д.). Если последние имеют место и из-за них в государстве Б право государства А не применяется, то государство А будет считать принцип взаимности несоблюденным даже в условиях, когда формально в коллизионном праве государства Б указывается на возможность применения в аналогичной ситуации права государства А.
- 516 В первом случае государство А смотрит только на чисто юридическую форму объявления государством Б применимости в нем права государства А, безотносительно к сути вопроса о том, как, на каких условиях и в каких пределах в государстве Б применяет-

ся право государства А. Во втором случае государство А смотрит уже на то, как, на каких условиях и в каких пределах в государстве Б применяется право государства А (т.е. рассматривает ситуацию с юридико-фактической точки зрения).

Выделение формальной и материальной взаимности применительно к юридическому принципу взаимности в коллизионном регулировании имеет не только учебно-методологическое или теоретическое значение, но и практическое и прикладное прежде всего для ситуаций, когда российский закон поставит применение в России иностранного права в зависимость от взаимности (в ст. 1189 ГК РФ такая возможность предусматривается). Однако какую из этих двух видов взаимности предпочесть – вопрос уже скорее правовой политики, а не юридической логики.

Нельзя не отметить и то, что коллизионный принцип взаимности является весьма мощным средством, при помощи которого могут решаться соответствующие задачи правовой политики государства, причем с точки зрения как внутренних, так и международных целей такого государства. Можно утверждать, что в том или ином варианте использования принципа взаимности находит отражение соответствующая внешняя и внутренняя политика государства.

Включение в разд. VI ГК РФ ст. 1189 свидетельствует о понимании российским законодателем значимости и ценности коллизионного принципа взаимности. Именно поэтому им был избран наиболее выверенный подход: по общему правилу им закреплен отказ от использования этого инструмента, но оставлена возможность предусмотреть его применение в соответствующем федеральном законе.

В свете сказанного выше очевидно то, что широкое использование коллизионного принципа взаимности смысла не имеет, однако в качестве точечного средства, инструмента тонкой настройки он применяться может.

4.10.2. Принцип взаимности в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом

В материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом принцип взаимности, по сравнению с коллизионным регулированием, используется гораздо чаще. С его помощью государство А решает одну из двух следующих задач:

- признание за иностранными лицами из государства Б определенных субъективных правомочий материального характера, вытекающих из местного закона такого государства А, распространение на них, их деятельность либо связанные с ними объекты или факты определенного материально-правового регулирования, действующего в государстве А;
- непризнание за иностранными лицами из государства Б определенных субъективных правомочий материального характера, вытекающих из местного закона государства А, нераспространение на них, их деятельность либо связанные с ними объекты или факты определенного материально-правового регулирования, действующего в государстве А.

522 Условием, которое позволяет государству А решать одну из этих задач, является то, как в государстве Б обстоит дело с признанием за субъектами из государства А аналогичных субъективных правомочий материального характера, распространением на них, их деятельность либо связанные с ними объекты или факты определенного материально-правового регулирования, действующего в государстве Б.

523 Если в государстве Б за субъектами из государства А определенные субъективные правомочия материального характера признаются и на них, их деятельность либо связанные с ними объекты или факты определенное материально-правовое регулирование распространяется, то в государстве А на основании взаимности за иностранными субъектами из государства Б аналогичные субъективные правомочия материального характера также признаются и на них, их деятельность либо связанные с ними объекты или факты аналогичное материально-правовое регулирование государства А также распространяется.

534 Иными словами, речь идет о признании (непризнании) в государстве А определенных субъективных правомочий, вытекающих из права государства А, за иностранными лицами из государства Б, о задействовании (незадействовании) в отношении них определенного регулирования, действующего в государстве А, **под условием**. Условием же выступает факт признания (непризнания) соответствующих правомочий, задействие (незадействие) в государстве Б его регулирования в отношении лиц из государства А.

525 Следует привести несколько примеров использования принципа взаимности в материально-правовом регулировании на национальном уровне.

Согласно п. 1 ст. 1336 «Действие исключительного права изготовителя базы данных на территории Российской Федерации» ГК РФ «исключительное право изготовителя базы данных действует на территории Российской Федерации в случаях, когда... изготовитель базы данных является иностранным гражданином или иностранным юридическим лицом *при условии, что законодательством соответствующего иностранного государства предоставляется на его территории охрана исключительному праву изготовителя базы данных, изготовителем которой является гражданин Российской Федерации или российское юридическое лицо...*».

Статья 27 «Правовой режим иностранных организаций и граждан» Закона РФ от 20 августа 1993 г. № 5663-I «О космической деятельности» предусматривает: «1. Иностранные организации и граждане, осуществляющие космическую деятельность под юрисдикцией Российской Федерации, пользуются правовым режимом, установленным для организаций и граждан Российской Федерации, *в той мере, в какой такой режим предоставляется соответствующим государствам организациям и гражданам Российской Федерации.*

2. Российская Федерация обеспечивает правовую охрану технологий и коммерческих тайн иностранных организаций и граждан, осуществляющих космическую деятельность под юрисдикцией Российской Федерации, в соответствии с законодательством Российской Федерации.

Иная необходимая охрана технологий и коммерческих тайн иностранных организаций и граждан, осуществляющих космическую деятельность под юрисдикцией Российской Федерации, *обеспечивается на взаимной основе.*

В ст. 1328 Гражданского кодекса Мексики 1928 г. (в ред. 1987 г.) для федерального округа по обычным вопросам и для всей республики по федеральным вопросам устанавливается: «*В отсутствие международной взаимности являются не[право]способными наследовать по завещанию или без завещания после жителей федерального округа иностранцы, которые согласно закону своей страны не могут завещать или оставить без завещания свои имущества в пользу мексиканцев.*».

В ст. 20 Ордонанса Мадагаскара от 19 сентября 1962 г. № 62-041 предусматривается: «Иностранец пользуется на Мадагаскаре теми же правами, что и местные граждане, за исключением тех, в которых ему прямо отказано законом.

Осуществление какого-либо права может быть, тем не менее, поставлено в зависимость от взаимности.».

Наконец, в качестве примера использования принципа взаимности в МЧП на международном уровне можно привести дело № 45628/99 «Апостолиди и другие против Турции» (*Apostolidi and others v. Turkey*), рассматривавшееся в Европейском суде по правам человека, постановление по которому было вынесено 27 марта 2007 г.¹

Заявителями по делу выступали пятеро граждан Греции, проживающих в этой стране. Их тетья, принявшая турецкое гражданство в связи со вступлением в брак, скончалась в 1984 г., не оставив потомства. Она имела в Турции квартиру. Кроме того, на имя ее покойного мужа там был зарегистрирован

¹ Бюллетень Европейского Суда по правам человека. Российское издание. 2007. № 9. С. 41–42.

участок земли. Заявители зарегистрировали на свое имя квартиру в реестре после того, как обратились за выдачей свидетельства о праве на наследство и получили его. На основании свидетельства они также претендовали на титул в отношении земли. Турецкие суды применили норму о том, что если иностранец претендует на приобретение имущества в Турции, он может приобрести его в порядке наследования только в случае, если турецкие граждане наделены таким же правом в Греции. Турецкие суды пришли к выводу о том, что это условие взаимности не было достигнуто в настоящем деле, и поэтому заявители не вправе требовать признания права на наследство. По той же причине был признан недействительным правоустанавливающий документ, выданный заявителям в отношении квартиры.

Европейский суд решил, что заявители обладали имущественным правом, признаваемым турецким законодательством в течение всего периода действия свидетельства о праве на наследство, которое может рассматриваться как «имущество». Признание свидетельства недействительным представляло вмешательство государства в их право на уважение собственности. Аннулирование свидетельства, основанное на принципе взаимности, не отвечало требованиям законности. Вопреки выводам турецких судов о том, что условие взаимности в Греции не исполнялось, не имелось никаких данных о том, что в Греции существует какое-либо ограничение, препятствующее турецким гражданам приобретать недвижимое имущество в порядке наследования. Официальные документы свидетельствовали о том, что турецкие граждане приобретали в Греции имущество по наследству. Следовательно, указанное вмешательство государства в право заявителей не может считаться предсказуемым. В итоге Суд пришел к выводу, что Турцией было допущено нарушение требований ст. 1 «Защита собственности»¹ Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Париж, 20 марта 1952 г.).

527 Является очевидным, что ключевым моментом, от которого зависит применение в государстве А принципа взаимности в материально-правовом регулировании, выступает то, как в государстве Б обстоит дело с признанием за субъектами из государства А соответствующих материальных правомочий, вытекающих из права государства Б.

528 Иными словами, органы государства А в ходе применения принципа взаимности должны дать оценку соответствующей ситуации касательно регулирования материальных правомочий его субъектов в государстве Б.

¹ «Каждое физическое или юридическое лицо имеет право на уважение своей собственности. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как в интересах общества и на условиях, предусмотренных законом и общими принципами международного права.

Предыдущие положения не умаляют права государства обеспечивать выполнение таких законов, какие ему представляются необходимыми для осуществления контроля за использованием собственности в соответствии с общими интересами или для обеспечения уплаты налогов или других сборов или штрафов».

При этом, как известно, в сфере МЧП, в котором приходится 529
решать коллизии юрисдикций и коллизии несхожих между собой
законов, невозможно давать абстрактные юридические оценки:
любое отношение, любой факт в сфере МЧП следует рассматри-
вать только с точки зрения конкретной ситуации и конкретного
регулирующего, которым могут быть либо положения примени-
мого международного договора, либо положения применимого
национального права. Очевидно, что с точки зрения одного госу-
дарства применимым национальным правом может быть одно, а с
точки зрения другого – иное. Соответственно, и оценки правоот-
ношений или фактов с позиций различных национальных право-
вых систем могут быть разными. Такая вариативность – неотъем-
лемая черта МЧП.

Подобная вариативность проявляется и в отношении принци- 530
па взаимности: оценку упомянутой выше ситуации в государстве Б,
от которой зависит применение в государстве А принципа вза-
имности в материально-правовом регулировании, можно давать
с позиций права государства Б, а можно и с позиций государства А.
Например, по праву государства Б может быть запрещено облада-
ние на праве собственности определенным имуществом для всех
частных субъектов, а не только для иностранных, тогда как в госу-
дарстве А нахождение такого же имущества в собственности част-
ных лиц, включая иностранных, будет полностью законным.

С позиций права государства Б в такой ситуации не имеет места 531
ущемление правомочий иностранных лиц, поскольку они прирав-
нены к местным субъектам. Однако с позиций права государства А
такое ущемление усмотреть можно, ведь за лицом из государст-
ва А в государстве Б отказываются признавать те правомочия,
которыми это лицо беспрепятственно пользуется в государстве А,
причем это имеет место в условиях, когда лица из государства Б
могут на основании права государства А иметь в собственности
то имущество, которым в их государстве им самим обладать не
дозволено.

Какую же оценку указанной ситуации, учитывая возможность 532
двух отмеченных подходов, следует предпочесть для решения
вопроса о применении принципа взаимности в государстве А?

Очевидно, что государство А как суверен может дать любую из 533
двух возможных оценок. Если оно оценивает ситуацию с позиций
права государства Б, оно придет к выводу о том, что правомочия
его субъектов в государстве Б не ограничиваются и что поэтому

нет никаких оснований ограничивать на его собственной территории правомочия лиц из государства Б, т.е. они могут пользоваться всеми правомочиями, вытекающими для них из законов государства А. В таком случае принцип взаимности будет использоваться в государстве А для целей признания правомочий, вытекающих из его собственных законов, ввиду того, что в государстве Б за лицами из государства А также признаются все правомочия, вытекающие из законов государства Б. Для ограничения же правомочий лиц из государства Б принцип взаимности в государстве А использоваться не будет.

534 Однако если государство А дает оценку ситуации с позиций своего собственного права, оно придет к выводу о том, что правомочия его субъектов в государстве Б ущемляются и что поэтому следует ограничить на его собственной территории правомочия лиц из государства Б, отказавшись признавать за ними те правомочия, которые в государстве Б не признаются не только за ними, но и за лицами из государства А. Принцип взаимности будет использоваться в этом случае в государстве А для целей непризнания за лицами из государства Б правомочий, вытекающих из собственных законов государства А, ввиду того, что в государстве Б за лицами из государства А не признаются правомочия, вытекающие из законов государства А.

535 В МЧП первый подход получил наименование «формальная взаимность», а второй – «материальная взаимность».

536 Важно отметить, что эти понятия используются в доктрине МЧП, но не в российском законодательстве. Однако это обстоятельство не мешает законодателю прибегать в соответствующих случаях к тем формулировкам, которые обозначают то, что в доктрине МЧП именуется формальной или материальной взаимностью (см. примеры ниже).

537 Иными словами, юридический принцип взаимности в материально-правовом регулировании подразделяется на *принцип формальной взаимности* и *принцип материальной взаимности*. Можно также сказать, что материально-правовая взаимность делится на формальную и материальную.

538 *Формальная взаимность* имеет место в том случае, когда в государстве А решение вопроса о признании за лицом из государства Б субъективных правомочий, вытекающих из права государства А, ставится в зависимость от того, надеются ли лица из государства А в государстве Б теми правомочиями, которые выте-

кают из права именно государства Б. При этом правомочия лиц из государства А в государстве Б оцениваются не с точки зрения *материального содержания* таких правомочий по праву государства А, а безотносительно к их содержанию только с точки зрения *формального* закрепления за этими лицами каких-либо правомочий, вытекающих из права государства Б. Если правомочия лиц из государства А в государстве Б являются формально такими же, как и аналогичные правомочия субъектов государства Б по его собственному праву, то об ограничении правомочий лиц из государства А в государстве Б не говорится и ввиду этого правомочия лиц из государства Б в государстве А не ограничиваются.

Взаимность именуется *материальной* в том случае, когда в государстве А решение вопроса о признании за лицом из государства Б субъективных правомочий, вытекающих из права государства А, ставится в зависимость от того, наделяются ли лица из государства А в государстве Б аналогичными правомочиями, которые вытекают из права именно государства А. В данном случае правомочия лиц из государства А в государстве Б оцениваются не с точки зрения *формы и содержания* соответствующих правомочий по праву государства Б, а с точки зрения именно *содержания* таких правомочий по праву государства А. Если правомочия лиц из государства А в государстве Б не являются в реальности по сути такими же, как правомочия лиц из государства А в самом государстве А по его собственному праву, то делается вывод об ограничении правомочий лиц из государства А в государстве Б и на этом основании правомочия лиц из государства Б в государстве А соответственно подлежат ограничению: лица из государства Б будут пользоваться в государстве А точно таким же объемом правомочий, каким фактически пользуются лица из государства А в государстве Б.

Как видно, при *формальной взаимности* речь идет о том, применяются ли к лицам из государства А в государстве Б национальный режим, законы государства Б по той их форме, которая существует в таком государстве Б. Если на лиц из государства А в государстве Б распространяется национальный режим, то считается, что ограничение правомочий лиц из государства А в государстве Б отсутствует и, соответственно, нет оснований для ограничения правомочий лиц из государства Б в государстве А. Иными словами, можно говорить о том, что при *формальной взаимности* речь идет о применении в государстве А в отношении лиц из госу-

дарства Б национального режима под условием, причем условием выступает то, что в государстве Б к лицам из государства А также должен применяться национальный режим.

541 При *материальной взаимности* имеет значение не распространение на лиц из государства А национального режима в государстве Б, а материальное содержание тех конкретных субъективных правомочий, которыми в конечном счете в государстве Б пользуются лица из государства А, в сравнении с правомочиями лиц из государства А в нем самом по его собственному праву. При этом распространения на лиц из государства А национального режима в государстве Б уже недостаточно. Ввиду этого при любом меньшем объеме субъективных правомочий лиц из государства А в государстве Б по сравнению с их объемом в государстве А считается, что ограничение правомочий лиц из государства А в государстве Б имеет место, вследствие чего за лицами из государства Б в государстве А будут признаваться соответствующие правомочия только в том объеме, в каком в государстве Б признаются правомочия за лицами из государства А, а отнюдь не в том объеме, который вытекает из права государства А.

542 При *формальной взаимности* суть состоит в самом по себе предоставлении в государстве иностранным лицам правомочий, вытекающих из права такого государства, и в целом не важно каких (т.е. предоставление национального режима под указанным выше условием), тогда как при материальной взаимности акцент делается на необходимости сущностного совпадения содержания субъективных правомочий по праву двух государств.

543 Примером использования материальной взаимности является ст. 11 Французского гражданского кодекса: «Иностранец будет пользоваться во Франции такими же гражданскими правами, как те гражданские права, которые предоставлены или будут предоставлены французам по договорам с государством, к которому принадлежит этот иностранец».

544 Примерами использования формальной взаимности в современном российском материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом могут служить следующие нормы:

«Не является посреднической деятельностью по усыновлению детей деятельность органов опеки и попечительства и органов исполнительной власти по выполнению возложенных на них обязанностей по выявлению и устройству детей, оставшихся без попечения родителей, а также деятельность специаль-

но уполномоченных иностранными государствами органов или организаций по усыновлению детей, которая осуществляется на территории Российской Федерации в силу международного договора Российской Федерации *или на основе принципа взаимности*. Органы и организации, указанные в настоящем пункте, не могут преследовать в своей деятельности коммерческие цели» (п. 2 ст. 126¹ «Недопустимость посреднической деятельности по усыновлению детей» Семейного кодекса РФ);

«Браки между иностранными гражданами, заключенные на территории Российской Федерации в дипломатических представительствах и консульских учреждениях иностранных государств, признаются *на условиях взаимности* действительными в Российской Федерации, если эти лица в момент заключения брака являлись гражданами иностранного государства, назначившего посла или консула в Российской Федерации» (п. 2 ст. 157 «Заключение браков в дипломатических представительствах и консульских учреждениях» Семейного кодекса РФ).

Примерами использования материальной взаимности являются следующие российские правила: 545

«На территории Российской Федерации иностранные граждане или иностранные юридические лица осуществляют деятельность в области племенного животноводства *в той мере, в какой указанный режим предоставляется соответствующим иностранным государством гражданам и юридическим лицам Российской Федерации*» (ст. 45 «Международное сотрудничество Российской Федерации в области племенного животноводства» Федерального закона от 3 августа 1995 г. № 123-ФЗ «О племенном животноводстве»);

«Иностранные организации или иностранные граждане, осуществляющие деятельность в области связи на территории Российской Федерации, пользуются правовым режимом, установленным для граждан Российской Федерации и российских организаций *в той мере, в какой указанный режим предоставляется соответствующим государством гражданам Российской Федерации и российским организациям*, если иное не установлено международными договорами Российской Федерации или федеральными законами» (п. 2 ст. 69 «Международное сотрудничество Российской Федерации в области связи» Федерального закона от 7 июля 2003 г. № 126-ФЗ «О связи»).

Основывается на материальной взаимности и следующая норма: 546
«Установить, что при введении иностранным государством порядка, в соответствии с которым обязательным условием въезда на его территорию граждан Российской Федерации является осуществление на время их пребывания медицинского страхования, Министерству иностранных дел Российской Федерации в установленном порядке рассматривать вопрос о необходимости введения аналогичного условия при въезде граждан этого государства в Российскую Федерацию» (п. 3 Постановления Правительства РФ от 11 декабря 1998 г. № 1488 «О медицинском страховании иностран-

ных граждан, временно находящихся в Российской Федерации, и российских граждан при выезде из Российской Федерации»).

547 Крайне важно отметить, что в случае и с формальной, и с материальной взаимностью лица из государства Б не могут претендовать в государстве А на то, чтобы пользоваться теми субъективными правомочиями, которые вытекают для них из права их государства Б. За ними в качестве максимума при использовании материально-правовой взаимности могут быть признаны (не признаны) только те субъективные материальные правомочия, которые вытекают для них из местного закона, закона государства А.

548 Принцип национального режима выступает для таких иностранных лиц в государстве А в качестве единой «верхней планки», которая не может быть повышена за счет ссылок на право их государства Б.

549 Разница только в том, что в случае с формальной взаимностью эта «планка» в государстве А всегда остается на одном и том же уровне и не понижается, тогда как в случае с материальной взаимностью данная «планка» может быть понижена (и только понижена), даже если лицам из государства А в государстве Б предоставляется национальный режим, но при условии, что в государстве Б лицам из государства А фактически предоставляется меньший объем правомочий, нежели тот, который вытекает для них из права государства А. Иными словами, если «планка» их субъективных правомочий в государстве Б находится на более низком уровне, нежели «планка» в государстве А, то ввиду этого «планка» субъективных правомочий для лиц из государства Б в государстве А опускается до аналогичного уровня, существующего в государстве Б.

550 Непростая природа института материальной взаимности иногда приводит к тому, что его необдуманное использование начинает создавать неоправданные сложности.

551 Например, п. 2 ст. 18 «Право на получение компенсационных выплат» в первоначальной редакции Федерального закона от 25 апреля 2002 г. № 40-ФЗ «Об обязательном страховании гражданской ответственности владельцев транспортных средств» предусматривал: «Временно находящиеся на территории Российской Федерации граждане иностранного государства имеют право на получение указанных компенсационных выплат в случае, если в соответствии с законодательством этого иностранного государства аналогичное право предоставлено гражданам Российской Федерации». Однако на практике применение этого правила создавало немало сложно-

стей с установлением того, предоставлено ли гражданам Российской Федерации в соответствующих иностранных государствах именно такое же право. Более того, в данном положении вообще не говорилось о лицах без гражданства и иностранных юридических лицах.

В результате эта норма была изменена, и сегодня в ст. 18 указанного Закона имеется п. 3, который предусматривает: «На территории Российской Федерации иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица имеют право на получение компенсационных выплат наравне с гражданами Российской Федерации и российскими юридическими лицами». Иными словами, в данном Федеральном законе произошел отказ от принципа взаимности в пользу установления принципа национального режима. 552

В связи со сказанным нельзя не отметить, что среди лиц, изучающих МЧП, достаточно широко распространена ошибка отождествления формальной взаимности и национального режима. Утверждение, что при формальной взаимности речь идет о приравнивании иностранных лиц из государства Б в государстве А к местным лицам, о распространении на иностранных лиц национального режима, всегда необходимо дополнять указанием на то, что такие приравнивание и распространение могут иметь место только при условии того, что в государстве Б к лицам из государства А также применяется местный принцип национального режима¹. 553

¹ Такая ошибка проистекает в том числе из нечеткости, часто встречающейся как в некоторых учебниках, так и в иных специализированных работах: «При формальной взаимности иностранцы пользуются теми же правами, какие имеют отечественные граждане и юридические лица, в том числе и теми правами, какими иностранцы не пользуются в своем государстве» (Федосеева Г.Ю. *Международное частное право*. 3-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 74). «Формальная взаимность заключается в предоставлении иностранным гражданам тех же прав, которые предоставляются отечественным гражданам» (Канашевский В.А. *Международное частное право*: Учебник. М., 2006. С. 139). Все верно, но только при этом названными авторами четко не говорится, что для такого пользования или предоставления должно быть соблюдено соответствующее указанное выше условие. Эта нечеткость встречается даже, к сожалению, и в сугубо научных изданиях: «Сама взаимность может быть двух видов: материальной и формальной. Первая предполагает предоставление равного или хотя бы схожего объема правомочий, вторая – предоставление иностранцам правомочий, предусмотренных для собственных граждан и организаций» (Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 451). Как видно, не говорится ни слова о соответствующем условии! Вот еще пример крайне неудачного определения: «взаимность формальная, представляющая собой равенство правовых режимов» (Толстых В.А. *Международное частное право*. Новосибирск, 2001. С. 56). Возникают вопросы: каких режимов? какое равенство?

- 554 Такой ошибки нужно избегать, поскольку в противном случае невозможно провести разницу между принципом формальной взаимности и принципом национального режима.
- 555 Следует также заметить, что в России общим правилом является распространение на иностранных лиц национального режима в безусловном порядке, а не на условиях взаимности¹ (это вытекает прежде всего из ч. 3 ст. 62 Конституции РФ). Использование взаимности в качестве условия такого распространения является исключением из этого общего правила (данное исключение может устанавливаться только федеральным законом или международным договором России).
- 556 Нельзя не подчеркнуть, что в странах континентального права юридический принцип формальной или материальной взаимности может по общему правилу использоваться в соответствующем случае именно тогда, когда указание на возможность его применения в таком случае прямо закреплено в писаном законодательстве. В странах же англо-американской системы права данный принцип может использоваться судами в зависимости от конкретной ситуации и в условиях отсутствия упоминания о нем в писаном законодательстве.
- 557 Необходимо также отметить, что принцип взаимности нередко включается в международные договоры, содержащие материально-правовое регулирование частных отношений с иностранным элементом.

Любопытно отметить, что в учебнике М.М. Богуславского также содержится утверждение, которое, как неоднократно замечал автор, из-за своей нечеткости часто понимается студентами неправильно: «При формальной взаимности иностранным физическим и юридическим лицам предоставляются те права, которыми пользуются отечественные граждане» (*Богуславский М.М. Международное частное право. 6-е изд., перераб. и доп. С. 99*). Конечно же до этого М.М. Богуславский указывает на то, что сущность взаимности состоит в предоставлении государствами иностранным лицам определенных прав под условием, во взаимном предоставлении государствами соответствующих прав, однако в сознании большинства студентов такое указание с приведенной выше цитатой почему-то никак не связывается. Более того, в его же элементарном курсе международного частного права (М., 2002. С. 56–57) применительно к формальной взаимности про необходимость наличия соответствующего условия вообще, к сожалению, не упоминается.

¹ Хотя в некоторых странах это не так. Например, ст. 20 Ордонанса Мадагаскара № 62-041 от 19 сентября 1962 г. предусматривает: «Иностранец пользуется на Мадагаскаре теми же правами, что и местные граждане, за исключением тех, в которых ему прямо отказано законом».

Осуществление какого-либо права может быть, тем не менее, поставлено в зависимость от взаимности».

Например, в ст. 14 «Представительства авиапредприятия» 558
Соглашения между Правительством РФ и Правительством Венгерской Республики о воздушном сообщении (Москва, 20 декабря 2002 г.) предусматривается: «Персонал представительства должен соблюдать законодательство государства другой Стороны. В соответствии с законодательством своего государства каждая Сторона *на основе взаимности* в кратчайшие сроки предоставит представителям и персоналу разрешения на работу, регистрационные удостоверения, визы для трудоустройства и другие необходимые документы». Иными словами, Россия обязалась предоставлять соответствующие документы, но она не будет обязана делать это, тем более в кратчайшие сроки, если вдруг окажется, что Венгрия не предоставляет аналогичные документы российским лицам.

В ст. 8 Договора о союзнических отношениях между Российской Федерацией и Республикой Узбекистан (Москва, 14 ноября 559
2005 г.) предусматривается: «...Стороны с учетом своего законодательства и международных обязательств обеспечивают *на основе взаимности* хозяйствующим субъектам двух государств благоприятные экономические, финансовые и правовые условия для предпринимательской деятельности, совместного развития производств, а также осуществления взаимовыгодных экономических программ». Иными словами, Россия обязалась обеспечивать соответствующие благоприятные условия для граждан Узбекистана, но только в том случае, если Узбекистан будет обеспечивать аналогичные условия для российских лиц.

Нельзя не отметить, что, указывая в международных договорах на использование принципа взаимности, государствам желательно уточнять, о какой взаимности идет речь: о формальной или о материальной. В противном случае их правоприменительные органы могут понимать использование принципа взаимности по-разному, что не будет способствовать защите интересов соответствующих частных лиц. 560

Важно подчеркнуть и то, что принцип взаимности активно 561
используется также и в материально-правовом регулировании международных экономических отношений как на национальном, так и на международном уровне.

Статья 2 «Основные понятия, используемые в настоящем Федеральном законе» Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ 562
«Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» устанавливает: «взаимность – предоставление

одним государством (группой государств) другому государству (группе государств) определенного режима международной торговли взамен предоставления вторым государством (группой государств) первому государству (группе государств) такого же режима». При этом ст. 4 данного Федерального закона подчеркивает важность института взаимности, называя «взаимность в отношении другого государства (группы государств)» одним из «основных принципов государственного регулирования внешнеторговой деятельности» наряду с такими основными принципами, как защита государством прав и законных интересов участников внешнеторговой деятельности, а также прав и законных интересов российских производителей и потребителей товаров и услуг, равенство и недискриминация участников внешнеторговой деятельности, единство таможенной территории Российской Федерации, обеспечение выполнения обязательств Российской Федерации по международным договорам Российской Федерации и осуществление возникающих из этих договоров прав Российской Федерации и др.

563 На международном уровне важной областью использования принципа взаимности в материально-правовом регулировании международных экономических отношений выступает сфера международной торговли услугами. В ней, «как и в сфере торговли товарами, руководящими принципами... остаются взаимность и баланс уступок»¹. В частности, взаимность является одним из принципов права ВТО. Правда, в нем она выступает в виде юридического принципа взаимности в ходе торговых переговоров и юридического принципа взаимной выгоды², которые обладают собственной спецификой.

¹ Карро Д., Жюйар П. Международное экономическое право: Учебник / Пер. с фр. В.П. Серебренникова, В.М. Шумилова. М., 2001. С. 306. См. также: *Caroline Freund*. Reciprocity in free trade agreements / Policy research working paper 3061, World Bank, 2003; *Julio J. Nogueés*. Reciprocity in the FTAA / Inter-American Development Bank (Integration and Regional Programs Department), Institute for the Integration of Latin America and the Caribbean, Integration, Trade and Hemispheric Issues Division, Statistics and Quantitative Analysis Unit. Working Paper - SIT1 – 02. Buenos Aires, 2003.

² В Генеральном соглашении по торговле услугами (Марракеш, 15 апреля 1994 г.), являющемся одним из столпов права ВТО, дважды упоминается о «взаимной выгоде» в связи с вопросами либерализации торговли услугами (преамбула и п. 1 ст. XIX «Переговоры по специфическим обязательствам»). О взаимовыгодных соглашениях, направленных на существенное сокращение тарифов и иных барьеров в торговле и на ликвидацию дискриминационных мер в международной торговле, говорится в преамбуле Соглашения о создании ВТО (Марракеш, 15 апреля

Перейдем теперь к рассмотрению вопроса о реторсиях в МЧП 564
в контексте принципа взаимности в материально-правовом регу-
лировании частных отношений с иностранным элементом.

Статья 1194 «Реторсии» ГК РФ предусматривает: «Правитель- 565
ством Российской Федерации могут быть установлены ответные
ограничения (реторсии) в отношении имущественных и личных
неимущественных прав граждан и юридических лиц тех государств,
в которых имеются специальные ограничения имущественных
и личных неимущественных прав российских граждан и юриди-
ческих лиц».

Данная статья является одним из развернутых воплощений 566
максимы, использовавшейся еще в Средневековье: *Quam legem exteri
nobis posuere, eandem illis ponemus* («Какие бы законы иностранцы
не установили для нас, мы установим для них такие же»).

Однако ошибочно думать, что реторсии – часть механизма 567
использования юридического принципа взаимности¹. На самом
деле это два различных и самостоятельных правовых институ-
та. Безусловно, у этих институтов есть общее в виде лежащей в их
основе общей идеи «ответной реакции». Ввиду этого данные два
института внешне похожи, однако их юридическое наполнение
является различным.

Реторсии устанавливаются в государстве А для иностранных 568
лиц из государства Б специально и отдельно в ответ на введение
специальных ограничений прав лиц из государства А в государ-
стве Б. Они считаются, с точки зрения государства А, совершенно
правомерными (однако иные государства могут считать иначе). Без
такого специального и отдельного установления государством А
ответных ограничений окажется, что оно на ущемление прав его
субъектов в государстве Б никак не реагирует.

Использование же юридического принципа взаимности по 569
самой его сути никогда не оставляет такое ущемление без ответа:
реакция должна в любом случае последовать автоматически, при-
чем не в виде специального и отдельного установления ответных
ограничений, а в виде непризнания за соответствующими ино-

1994 г.) и Генерального соглашения по тарифам и торговле (ГАТТ) от 30 октября
1947 г. (понятие «взаимная выгода» упоминается и в иных положениях ГАТТ).
См. также: *Карро Д., Жуйар П.* Указ. соч. С. 82–84.

¹ «Реторсия же представляет собой инструмент, который применяется для... со-
блюдения взаимности в международном частном праве...» (*Бендевский Траян.*
Указ. соч. С. 246).

странными субъектами определенных прав, нераспространения на них определенного регулирования.

570 Иными словами, реторсии являются инструментом реагирования *ad hoc*, тогда как юридический принцип взаимности, будучи правильно встроенным в правовое регулирование, выступает институциональным, рассчитанным на все случаи постоянным инструментом реагирования на специальные ограничения прав отечественных субъектов за рубежом. Таким образом, реторсии и юридический принцип взаимности, будучи рассчитанными на разные ситуации, друг друга дополняют, а не исключают и не пересекаются (хотя в их основе и лежит общая идея взаимности).

571 Более того, если установление реторсий в государстве А возможно исключительно в случае специального ограничения прав его субъектов в государстве Б, то принцип взаимности (в виде описанной выше материальной, а не формальной взаимности) позволяет государству А реагировать и на те ограничения прав его субъектов в государстве Б, которые хотя и не введены специально, но, тем не менее, с точки зрения государства А имеют место и являются с такой точки зрения нежелательными.

572 Можно также отметить и такой весьма значимый момент, что реторсии традиционно вводятся актом исполнительной власти, а принцип взаимности – законодательной.

573 Современное российское право не знает случаев использования реторсий в частноправовой сфере. Однако истории отечественного права такие примеры известны¹. В 1936–1937 гг. некоторые иностранные правительства отказывались признавать права собственности советских граждан, не проживающих в данных государствах, на строения, находящиеся на их территории, ссылаясь на то, что аналогичные права не признаны по действующим в СССР законам.

574 В качестве ответной меры было издано постановление СНК СССР от 26 ноября 1937 г. «Об имуществе иностранцев, не проживающих на территории Союза ССР». Согласно этому постановлению «дома и всякого рода иные строения, находящиеся на территории СССР и принадлежащие на праве собственности или по праву застройки не проживающим в СССР иностранцам, являющимся гражданами государств, не признающих за советскими гражданами, не проживающими на территории этих государств, права собственности на имущество, находящееся на территории этих

¹ Далее используются примеры, приведенные Л.А. Лунцем (Лунц Л.А. Курс международного частного права. Особенная часть. М., 1975. С. 25).

государств, подлежат передаче местным Советам депутатов трудящихся по месту нахождения этого имущества».

Еще одним примером могут служить реторсии, предпринятые СССР в 1937 г. против Италии, когда суммы, причитавшиеся от итальянского морского ведомства и итальянской фирмы по договору с Нефтеэкспортом в оплату стоимости поставленных им нефтепродуктов, не были переведены. Вследствие этого, а также ввиду неполучения от итальянского правительства на соответствующую ноту Советского правительства ответа СНК СССР в 1938 г. предложил торгпредству СССР в Италии и хозяйственным организациям в СССР «платежи в пользу итальянских учреждений и фирм временно, впредь до особых указаний, вносить в Государственный банк СССР на особые, открытые Государственным банком для этих взносов счета обязательств». Ответное мероприятие возымело свое действие. Вскоре было заключено соглашение «О торговом обмене и платежах между СССР и Италией». Затем постановлением СНК СССР от 3 марта 1939 г. Госбанку СССР было разрешено перевести итальянским учреждениям и фирмам суммы, зачисленные на указанные счета.

В свете вопроса о реторсиях следует отметить, что в национальном праве многих государств и на международном уровне общепризнано, что введение ограничений для иностранных субъектов является для государства возможным, однако при этом они не должны быть дискриминационными и не должны нарушать соответствующие права человека. В противном случае введение ограничений может повлечь для государства определенные негативные последствия, в том числе в виде ответных действий со стороны других государств.

Например, ст. 14 Федерального закона от 24 мая 1999 г. № 99-ФЗ «О государственной политике Российской Федерации в отношении соотечественников за рубежом» предусматривает: «4. Дискриминация *граждан Российской Федерации, проживающих за рубежом*, может быть основанием для пересмотра политики Российской Федерации в отношении иностранного государства, в котором такая дискриминация имеет место.

5. Несоблюдение иностранным государством общепризнанных принципов и норм международного права в области основных прав и свобод человека и гражданина в отношении соотечественников является достаточным основанием для принятия органами государственной власти Российской Федерации предусмотренных нормами международного права мер по защите интересов соотечественни-

ков». Следует отметить, что под такими мерами могут пониматься как реторсии, так и использование принципа материальной взаимности.

578 Однако важно понимать, что ввиду различных правовых подходов одно и то же ограничение может быть с точки зрения одного государства недискриминационным, а с точки зрения другого – дискриминационным. Кроме того, даже если оба государства согласны с тем, что ограничение недискриминационное, с точки зрения того из них, откуда происходят субъекты, на которых такое ограничение распространяется, данное ограничение может являться нежелательным.

579 Ввиду этого важно отметить, что институт материальной взаимности позволяет государству А реагировать правовыми средствами и на такую ситуацию, когда введенное в государстве Б ограничение не является дискриминационным и не нарушает соответствующие права человека, но все равно является для государства А нежелательным.

580 Далее, от института реторсий следует отличать институт ответных мер, также основанный на общей идее взаимности. Например, ст. 40 «Ответные меры» Федерального закона от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешне-торговой деятельности» предусматривает: «1. Правительство Российской Федерации может вводить меры ограничения внешней торговли товарами, услугами и интеллектуальной собственностью (ответные меры) в случае, если иностранное государство:

1) не выполняет принятые им по международным договорам обязательства в отношении Российской Федерации;

2) предпринимает меры, которые нарушают экономические интересы Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований или российских лиц либо политические интересы Российской Федерации, в том числе меры, которые необоснованно закрывают российским лицам доступ на рынок иностранного государства или иным образом необоснованно дискриминируют российских лиц...»

581 Как видно, в этих нормах речь идет отнюдь не о специальных ограничениях имущественных и личных неимущественных прав российских граждан и юридических лиц, как в случае с реторсиями, а именно об ответном реагировании на любые меры иностранного государства, которые нарушают российские интересы¹.

¹ Между тем в учебной литературе ответные меры и реторсии иногда некорректно фактически отождествляются (см.: *Богуславский М.М.* Международное частное право. 4-е изд., перераб. и доп. М., 2002. С. 115–116; *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: Учебник. В 3 т. Т. 1: Общая часть. М., 2000. С. 118–119).

Между институтом ответных мер и принципом взаимности следует проводить такое же различие, как между институтом реторсий и принципом взаимности, ввиду чего сказанное выше об этом различии является верным *mutatis mutandis* и в данном случае. Можно также отметить, что в число ответных мер может входить использование принципа материальной взаимности. 582

Здесь важно подчеркнуть, что в современном глобализирующемся мире государства становятся все более зависимыми друг от друга, в связи с чем не могут не уделять принципу взаимности определенное внимание (однако в разных областях степень такого внимания неодинакова). При этом развитым государствам уже пришлось самоограничить свои дискреционные полномочия в отношении иностранных субъектов в связи с распространением теории прав человека, которая давно уже получила закрепление в положениях их конституций и в различных документах международного характера. 583

Однако принцип взаимности в определенной мере компенсирует последствия тенденции к такому самоограничению за счет предоставления государствам возможности отказывать в признании прав иностранных субъектов независимо от необходимости учета обычно используемых ими конституционных и международно-правовых рамок, вне связи с вопросами о правах человека и о дискриминации: отказ в признании прав иностранных лиц государство может объяснить действиями другого государства, т.е. введенные им ограничения не будут выглядеть полностью бесосновательными. 584

Ввиду этого значение юридического принципа взаимности в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом сегодня в определенной степени возрастает: государства не могут не ценить его как инструмент «тонкой настройки», который в современных условиях взаимозависимости и конкуренции государств и их субъектов имеет немалую значимость. 585

4.10.3. Принцип взаимности в международном гражданском процессе

Принцип взаимности используется в международном гражданском процессе, в частности, при решении следующих вопросов: 586

- процессуальные права и обязанности иностранных лиц, их гражданская процессуальная правоспособность и дееспособность. 587
- На основании принципа взаимности такие права и обязанности могут признаваться или не признаваться. Например, согласно

ст. 163 Закона Румынии от 22 сентября 1992 г. № 105 «иностран- ные граждане пользуются в румынских судах по делам, затраги- вающим отношения в сфере международного частного права, теми же льготами, освобождениями и скидками в отношении налогов и иных процедурных расходов, а также бесплатной юри- дической помощью в том же объеме и на тех же условиях, что и румынские граждане, *при наличии взаимности со стороны государства гражданства или места жительства заявителей*». В свое время примеч. 2 к п. 8 постановления от 11 ноября 1922 г. «О введении в действие гражданского кодекса Р.С.Ф.С.Р.» гласи- ло: «Иностранные юридические лица, не имеющие разрешения на производство операций в Р.С.Ф.С.Р., пользуются правом на судебную защиту в Р.С.Ф.С.Р. по претензиям, возникающим вне пределов Р.С.Ф.С.Р. и относящимся к ответчикам, пребывающим в ее пределах *не иначе как на началах взаимности*»;

- 588 • определение правил международной подсудности и компе- тенции. На основании принципа взаимности такие правила могут применяться по-разному (так, в соответствии с § 56 Ука- за Президиума Венгрии 1979 г. № 13 «если настоящий Указ не предусматривает иное, юрисдикция венгерского суда или иного учреждения исключена... б) по таким делам против иностран- ного гражданина, освобожденного от юрисдикции в силу того, что он является действующим в Венгрии дипломатическим представителем или по другим основаниям, какие не могут быть возбуждены в Венгрии согласно международному дого- вору *или на основании взаимности*»);
- 589 • *cautio iudicatum solvi* (обеспечение оплаты судебных расходов)¹;
- 590 • правовой статус документов, исходящих от соответствующ- их иностранных органов (согласно ст. 162 Закона Румынии

¹ Например, ст. 32 Закона Турции 1982 г. № 2675 о международном частном праве и международном гражданском процессе предусматривает: «Иностранные фи- зические и юридические лица, являющиеся истцами, участниками разбиратель- ства в турецком суде или взыскателями, ходатайствующими о принудительном исполнении судебного решения, обязаны предоставить способом, определенным судом, гарантии по оплате расходов на разбирательство и исполнение, а также по возмещению убытков противной стороны.

Однако суд может в зависимости от существа и обстоятельств разбирательства или исполнительного производства освободить истца, участника разбирательст- ва или взыскателя от предоставления гарантий *на основе взаимности*».

от 22 сентября 1992 г. № 105 «освобождение от легализации предоставляется в силу закона, международного соглашения, участником которого является Румыния, либо на основе взаимности»);

• иммунитет иностранного государства и его собственности, а также дипломатический иммунитет. На основании принципа взаимности такой иммунитет может признаваться или не признаваться (согласно ст. 19 Кодекса МЧП Туниса 1998 г. «*при условии взаимности* иностранное государство, так же как юридическое лицо публичного права, действующее во имя своего суверенитета или за свой счет в своем качестве публичной власти, пользуется иммунитетом от юрисдикции во всех тунисских судах»); 591

• предоставление бесплатной юридической помощи (согласно § 50 Закона Чехии 1963 г. № 97 о МЧП и процессе «иностранцы имеют право на освобождение от оплаты судебных расходов и внесения (обеспечительного. – *Авт.*) аванса, а также на назначение бесплатного адвоката, *если гарантирована взаимность* (со стороны соответствующего иностранного государства. – *Авт.*)»); 592

• приостановление рассмотрения дела ввиду такого обстоятельства, как *lis alibi pendens* (наличие рассмотрения дела между теми же сторонами с теми же требованиями и по тем же правовым основаниям в иностранном государстве) (так, в соответствии со ст. 80 действующего в Сербии Закона 1982 г. о разрешении коллизий законов с правилами других стран в определенных отношениях «суд... приостанавливает процесс по требованию стороны, если такой же спор по тому же правовому основанию и между теми же сторонами рассматривается в иностранном суде, а именно:

1) если дело в отношении такого спора было возбуждено в иностранном суде первоначально;

2) если речь идет о рассмотрении спора, который не относится к исключительной компетенции суда Союзной Республики Югославии;

3) *если имеет место взаимность*»);

• – исполнение судебных поручений и оказание правовой помощи. Например, ст. 4 Закона Южной Кореи 1991 г. о международном судебном содействии по гражданским делам № 4342 предусматривает: «Если государство, к которому принадлежит 594

иностранный суд, обращающийся с поручением о судебном содействии, гарантирует, что оно выполнит любое поручение о судебном содействии, с которым обращается суд Республики Корея в отношении тех же самых или подобных вопросов, настоящий Закон применяется, даже если международный договор, относящийся к судебному содействию (между Республикой Корея и этим государством. – *Авт.*), не заключен. Является очевидным, что принцип взаимности может очень серьезно влиять на исполнение судебных поручений или оказание правовой помощи;

595 • признание и (или) приведение в исполнение решений иностранных судов. Принцип взаимности применительно к таким вопросам часто используется многими государствами¹ и очень сильно влияет на порядок признания и (или) приведения в исполнение в них иностранных судебных решений. В этой связи следует отметить, что п. 6 ст. 1 «Отношения, регулируемые настоящим Федеральным законом» Федерального закона от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)» также предусматривает: «Решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации в соответствии с международными договорами Российской Федерации».

596 При отсутствии международных договоров Российской Федерации решения судов иностранных государств по делам о несостоятельности (банкротстве) признаются на территории Российской Федерации *на началах взаимности*, если иное не предусмотрено федеральным законом»;

597 • признание и (или) исполнение иностранных арбитражных решений. Необходимо отметить, что при ратификации Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. СССР сделал следующее заявление: «Союз Советских Социалистических Республик будет применять положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на тер-

¹ См., например, английский закон 1933 г. об иностранных судебных решениях (взаимное приведение в исполнение). Данный принцип также активно используется, например, в праве Германии, Венгрии, Перу, Румынии, Туниса, Турции, Чехии, Южной Кореи, Сербии (см.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.А. Маковского; Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2001).

ритории государств, не являющихся участниками Конвенции, *лишь на условиях взаимности*» (Указ Президиума Верховного Совета СССР от 10 августа 1960 г. «О ратификации Конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений»). Однако сегодня следует руководствоваться не этим заявлением, а п. 1 ст. 35 Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже»: «Арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение...»

Причина того, почему в международном гражданском процессе перечень вопросов, применительно к которым используется принцип взаимности, является более детальным, нежели перечень таких вопросов в коллизионном регулировании или в материально-правовой регламентации частных отношений с иностранными элементами, объясняется весьма просто. 598

Во-первых, в международном гражданском процессе, в отличие от коллизионного права, имеется гораздо большее количество отличающихся друг от друга правовых институтов. В коллизионном праве все сводится к случаям разумности или целесообразности применения соответствующего иностранного права и к ряду исключений из таких случаев. Поэтому распространение принципа взаимности в коллизионном праве является производным от этих немногих случаев и исключений. В международном же гражданском процессе используется большее количество разноплановых правовых институтов, ввиду чего перечень вопросов, применительно к которым в нем может использоваться принцип взаимности, оказывается более детальным. 599

Во-вторых, хотя в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом количество отличающихся друг от друга правовых институтов является гораздо большим, нежели в международном гражданском процессе, эти материально-правовые институты по своей частноправовой природе в принципе однотипны даже в праве разных государств. Между тем правовые институты международного гражданского процесса имеют публично-правовую природу и ввиду этого в разных государствах могут сильно отличаться друг от друга. Кроме того, они более важны и интересны для государств, нежели частнопра- 600

вовые институты, ввиду чего государства уделяют их функционированию больше внимания, в том числе в контексте вопроса о взаимности.

601 Следует подчеркнуть особую роль института взаимности применительно к признанию и (или) приведению в исполнение решений иностранных государственных судов. Его современная значимость в праве России обуславливается особенностями исторического развития регулирования вопроса о признании и (или) приведении в исполнение таких решений.

602 Так, советское право всегда исходило из того, что решения иностранных государственных судов признаются и приводятся в исполнение в СССР только в том случае, если это предусмотрено международным договором СССР (при этом решения, не требовавшие принудительного исполнения, признавались также в случаях, предусмотренных законодательством СССР). В отсутствие международного договора с каким-либо государством привести в исполнение в СССР решения судов этого государства было невозможно в принципе.

603 Такой подход по-прежнему во многом закреплен в российском праве. Согласно ч. 3 ст. 6 «Обязательность судебных постановлений» Федерального конституционного закона от 31 декабря 1996 г. № 1-ФКЗ «О судебной системе Российской Федерации» «обязательность на территории Российской Федерации постановлений судов иностранных государств, международных судов и арбитражей определяется международными договорами Российской Федерации».

604 Аналогичное правило содержится в ч. 1 ст. 409 «Признание и исполнение решений иностранных судов» ГПК РФ 2002 г.: «Решения иностранных судов, в том числе решения об утверждении мировых соглашений, признаются и исполняются в Российской Федерации, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации» (при этом в ГПК РФ отдельно говорится о признании иностранных судебных решений, не требующих принудительного исполнения).

605 АПК РФ 2002 г. сделал по сравнению с этими двумя законами шаг вперед, указав на возможность признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений не только тогда, когда это установлено международными договорами России, но и когда это предусмотрено ее федеральными законами: «Решения судов иностранных государств, принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской

и иной экономической деятельности (иностранные суды), решения третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности (иностранные арбитражные решения), признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами, если признание и приведение в исполнение таких решений предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом» (ст. 241 «Признание и приведение в исполнение решений иностранных судов и иностранных арбитражных решений»).

Однако ни в одном из этих нормативных актов не говорится о принципе взаимности. Правда, изначально о нем упоминалось в проектах ныне действующих АПК РФ и ГПК РФ, рассматривавшихся в Государственной Думе России, но в ходе принятия данных кодексов указание на принцип взаимности из них исключили. 606

В связи с вышесказанным в современном российском праве продолжает иметь актуальность следующий вопрос: если у России не имеется международного договора с каким-либо государством, которым предусматривается возможность признания и (или) приведения в исполнение решений государственных судов, то возможно ли признание и (или) приведение в исполнение решений судов такого государства в России? 607

Первоначально с начала 90-х гг. прошлого века суды отвечали на данный вопрос отрицательно. Однако 7 июня 2002 г. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда России приняла определение № 5-Г02-64, в котором было указано: 608

«Решением Верховного Суда Юстиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 16 октября 2000 г. по делу № 1241 был удовлетворен иск Московского Народного Банка Лимитэд (г. Лондон) о взыскании с Государственного учреждения «Межотраслевой научно-технический комплекс «Микрохирургия глаза» имени академика С.Н. Федорова Минздрава РФ» денежных средств.

Московский Народный Банк Лимитэд (г. Лондон) обратился в Московский городской суд с ходатайством о признании и приведении в исполнение указанного решения Верховного Суда Юстиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии.

Московский городской суд принял определение от 5 апреля 2002 г. о прекращении производства по делу по указанному ходатайству по п. 1 ст. 219 ГПК РСФСР, указав на то, что при отсутствии международного договора между Российской Федерацией и Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии о взаимном признании и исполнении решений по гражданским

делаем дело по ходатайству Московского Народного Банка Лимитэд (г. Лондон) о признании и приведении в исполнение решения Верховного Суда Юстиции Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии от 16 октября 2000 г. суду неподведомственно...

Международный договор с Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии о признании и принудительном исполнении решений действительно в настоящее время не заключен, но это не является основанием для отказа в рассмотрении российскими судами ходатайств заинтересованных лиц о признании и исполнении решений иностранных судов...

Судебная коллегия полагает, что ходатайство о признании и исполнении иностранного судебного решения может быть удовлетворено компетентным российским судом и при отсутствии соответствующего международного договора, если на основе взаимности судами иностранного государства признаются решения российских судов. В связи с этим при разрешении настоящего дела суду следует проверить, имели ли место случаи признания решений российских судов судами Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии или по законодательству этого государства такие случаи исключаются).

609 Данный подход Верховного Суда России можно охарактеризовать как новаторский и даже революционный: ранее подобного в практике отечественных судов еще не было¹.

610 Важно отметить, что после принятия такого определения принцип взаимности применительно к признанию и (или) приведению в исполнение иностранных судебных решений стал широко использоваться не только судами общей юрисдикции, но и государственными арбитражными судами. Сегодня, несмотря на отсутствие упоминания о принципе взаимности в АПК РФ, эти суды данный принцип достаточно активно применяют, и ВАС РФ в этом их поддерживает:

«...Как следует из содержания оспариваемых судебных актов, суды правильно определили процессуальные и материальные основания признания иностранного судебного акта: статья 241 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации; пункт 4 статьи 15 Конституции Российской Федерации; общепризнанный принцип международной вежливости, предписывающий государствам относиться к иностранному правопорядку вежливо и обходительно; *принцип взаимности*, предполагающий взаимное уважение судами различных государств результатов деятельности каждого; международные договоры Российской Федерации (Соглашение о партнерстве и сотрудничестве Россия – Европейский Союз, статья 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 года).

¹ Более подробно см.: *Муранов А.И.* Международный договор и взаимность как основания приведения в исполнение в России иностранных судебных решений. М., 2003 (полный текст см.: www.turjanov.ru).

Кроме того, выводы судов не противоречат сложившейся практике как арбитражных судов, так и судов общей юрисдикции, свидетельствующей об исполнении судебных актов в отсутствие двустороннего международного договора, что само по себе не является препятствием для признания и приведения в исполнение на территории Российской Федерации решения иностранного государственного суда. Судами также выявлены примеры взаимного исполнения решений государственных судов Российской Федерации на территории Королевства Нидерландов» (определение ВАС РФ от 7 декабря 2009 г. № ВАС-13688/09)¹.

Такой подход, безусловно, заслуживает в современных российских условиях одобрения и поддержки: благодаря ему создаются дополнительные возможности для защиты в России интересов соответствующих кредиторов. 611

Однако рассматривать данный принцип в качестве панацеи применительно к вопросу о приведении в исполнение в России решений иностранных государственных судов не следует: сама его природа обуславливает для иностранных судебных решений, которые приводятся в исполнение в России, немалые проблемы. Именно поэтому данный принцип подвергается критике, например, в Германии, в праве которой его использование имеет очень давнюю историю: 612

«В международном гражданском процессуальном праве часто встречается требование обеспечения взаимности. На первый взгляд это становится ясным в аспекте равенства между государствами. Мы обращаемся с иностранцем точно так же, как его собственное государство обращается с гражданином Германии; мы признаем решение иностранного суда лишь тогда, когда государство, суд которого вынес это решение, признает решения германских судов. Таким образом, одно государство пытается воздействовать на другое государство самостоятельно или способствовать на основе заключения международных договоров развитию международного правового оборота и дос-

¹ Правда, можно отметить, что в проекте «Обзора практики рассмотрения арбитражными судами дел о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов, об оспаривании решений третейских судов и о выдаче исполнительных листов на принудительное исполнение решений третейских судов» (информационное письмо Президиума ВАС РФ от 22 декабря 2005 г. № 96) говорилось о том, что арбитражный суд выносит определение о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения на основании принципа взаимности, если не доказано, что в отношении решений российских судов принцип взаимности не может быть обеспечен. Однако в окончательный текст «Обзора» данное положение не вошло. К сожалению, в системе государственных арбитражных судов все еще имеет место серьезное давление упрощенного подхода к регулированию международного экономического оборота (такой подход является отчасти наследием советского права).

тижению равенства на высшем уровне. Однако в действительности слишком часто наблюдается в качестве результата застой на низшем уровне.

Для сторон, которым международный гражданский процесс должен служить, наступает существенное ухудшение правовой защиты, когда государство по сверхиндивидуальным политико-правовым мотивам отказывается признавать решения иностранных судов или же обращается с иностранной стороной процесса хуже, чем с гражданином своей страны в аналогичной ситуации. Даже если настаивание на обеспечении взаимности и не противоречит международному праву... тем не менее несправедливо ставить иностранных граждан (и часто на выступающую вместе с ними германскую сторону!) в процессуально невыгодное положение, поскольку они вряд ли могут оказать влияние на поведение иностранного государства. Настаивать на обеспечении взаимности неблагоразумно и с национальной точки зрения... В литературе поэтому уже долгое время настойчиво говорят о необходимости отказаться в рамках международного гражданского процессуального права от требования обеспечения взаимности...»¹; «На первый взгляд данная идея, стремящаяся к установлению равенства между государствами за пределами международных договоров... кажется разумной. Однако требование взаимности вряд ли является пригодным средством для достижения этой цели...

Требую обеспечения взаимности, оба государства ожидают, что первый шаг в этом направлении сделает другое государство... Признающее государство может также попасть в неприятную ситуацию понуждения к действию...»²

613 Принцип взаимности применительно к приведению в исполнение иностранных судебных решений подвергался критике и в отечественном праве еще 140 лет назад:

«Требование этого условия служит лучшим выражением того, как смотрят до сих пор на вопрос исполнения иностранных судебных решений. Требование условия о взаимности равносильно заявлению убеждения, что допущение приведения иностранных судебных решений в исполнение более выгодно для жителей иностранного государства.

Только при существовании подобного убеждения может родиться мысль, что государства, соглашаясь на счет этого предмета, как бы отказываются от каких-то прав, как будто принимают на себя какое-то бремя и соглашаются нести его только до тех пор, пока то же будет соблюдено противною стороною.

Мы уже говорили, какое заблуждение заключается в таком воззрении, а между тем это заблуждение пустило глубокие корни. Ни одно из государств, указанных выше, не допускает исполнения иностранных судебных решений, пока в иностранных государствах не будет также признана обязательная сила его решений. Государства как будто выжидают, чтобы кто-либо из них показал пример, решившись признать силу за решениями иностранных судов. Но какой-то ложный стыд удерживает от такого шага. По-видимому в международных отношениях господствует убеждение, что признание обязательности

¹ Шак Х. Международное гражданское процессуальное право: Учебник: Пер. с нем. М., 2001. С. 16–17.

² Там же. С. 425–426.

иностранных решений равносильно признанию, что иностранные суды вполне правильно решают судебные дела, и наоборот, недопущение обязательности этих решений означает недоверие к иностранным судам. Поэтому государства не решаются выказать доверия к чужим судебным учреждениям, пока не получают удостоверения, что такое же доверие одновременно будет выказано противною стороною»¹.

Критикуется он и сегодня:

614

«Как свидетельствует практика зарубежных стран, правило о взаимности малоэффективно и создает больше проблем (в особенности из-за сложностей доказывания взаимности), чем обеспечивает достижение целей, ради которых оно вводится. Более того, возможны парадоксальные ситуации. Предположим, законодательства некоторых стран содержат положения об исполнении на условиях взаимности, однако в практике их отношений нет соответствующих позитивных примеров. При формальном подходе, в особенности если суды каждого государства в качестве доказательства взаимности будут требовать указания на факт исполнения своего решения органами другого государства, такие страны никогда не достигнут положения, при котором решения их судов будут приводиться в исполнение в силу принципа взаимности. Другой пример: германский гражданин за пределами Германии получил судебное решение против своего соотечественника. Однако добиться принудительного исполнения в Германии он не смог – в государстве, где это решение было принято, постановления германских судов не исполнялись. Таким образом, отказ от этого правила (например, в Швейцарии и в Бразилии) не случаен и, конечно же, он не может рассматриваться в качестве общепризнанного принципа международного права»².

Возможно, российскому праву следует отнестись с вниманием к следующей идее: «Еще лучше было бы, если бы законодатель последовал примеру Закона Швейцарии о международном частном праве и совсем отменил требование взаимности. Для отражения экономического вторжения со стороны государства, вынесшего судебное решение, достаточно предпосылок для компетенции по признанию судебных решений и оговорки о публичном порядке...»³

И хотя при использовании принципа взаимности применительно к признанию и (или) приведению в исполнение решений иностранных государственных судов действительно существует мно-

¹ Марков П. О приведении в исполнение решений судебных мест иностранных государств // Журнал Министерства юстиции. 1864. Год шестой. Т. XXII. С. 43–45.

² Елисеев Н.Г. Принцип международной вежливости как предпосылка приведения в исполнение иностранных судебных решений // Законы России: опыт, анализ, практика. 2006. № 1. С. 77.

³ Шак Х. Указ. соч. С. 427–428.

го проблем, в современной России признание и (или) приведение в исполнение таких решений на основе данного принципа является гораздо более предпочтительным, нежели отказ в таком признании и (или) приведении в исполнение со ссылкой на отсутствие международного договора России с государством, суд которого вынес соответствующее решение. Иными словами, использование в данном случае принципа взаимности, при всех его недостатках, – выбор «меньшего зла».

617 Более того, при использовании такого принципа взаимности применительно к признанию и (или) приведению в исполнение решений иностранных государственных судов следовало бы исходить из презумпции наличия взаимности, которая должна быть опровергнута лицом, против которого вынесено решение.

618 Однако в российской судебной практике к использованию такой презумпции пока что было выражено отрицательное отношение, в том числе со ссылкой на невозможность применения ст. 1189 ГК РФ по аналогии. Так, Верховный Суд России в определении от 13 сентября 2002 г. по делу № 5-Г02-119 о признании в России решения Кельнского суда первой инстанции от 30 мая 2001 г. (им было открыто конкурсное производство в отношении имущества общества «Носта Металльхандельс ГмБХ») указал: «Ссылке на статью 1189 части третьей ГК РФ судом дана оценка. Данная статья в настоящем случае неприменима, так как она регулирует вопросы применения иностранного права при разрешении споров по существу. По данному же делу рассматривается вопрос о признании и приведении в исполнение решения, вынесенного иностранным судом по разрешенному по существу спору». Подобный подход поддержки не заслуживает.

619 Далее, следует отдельно отметить, что институт реторсий используется также и в международном гражданском процессе.

620 Согласно ч. 4 ст. 398 «Процессуальные права и обязанности иностранных лиц» ГПК РФ «Правительством Российской Федерации могут быть установлены ответные ограничения в отношении иностранных лиц тех государств, в судах которых допускаются такие же ограничения процессуальных прав российских граждан и организаций».

621 Аналогичное правило содержится в ч. 4 ст. 254 «Процессуальные права и обязанности иностранных лиц» АПК РФ: «Правительством Российской Федерации могут быть установлены ответные ограничения (реторсии) в отношении иностранных лиц тех ино-

странных государств, в которых введены ограничения в отношении российских организаций и граждан».

Соотношение принципа взаимности и реторсий в международном гражданском процессе является *mutatis mutandis* таким же, как и в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом. 622

В заключение можно отметить, что в российском праве пред- 623
стоит еще ответить на многие вопросы, связанные с использованием юридического принципа взаимности применительно к международному гражданскому процессу, регулирование которого начало серьезно развиваться в современной России только 20 лет назад.

КОНТРОЛЬНЫЕ ВОПРОСЫ К ГЛАВЕ 4

1. Какова цель коллизионных норм?
2. В чем состоят преимущества и недостатки принципа «тесной связи»?
3. Какие существуют основные принципы формирования содержания коллизионных норм?
4. В чем заключается основной смысл концепции *voie directe*?
5. Что является причиной существования проблемы квалификации в МЧП?
6. Какие существуют способы определения содержания иностранного права?
7. Какие основные проблемы возникают на практике в связи с применением оговорки о публичном порядке?
8. В чем заключается основное отличие «сверхимперативных» норм от оговорки о публичном порядке?
9. Что такое «взаимность» в МЧП и в каких сферах МЧП она применяется?

АЛФАВИТНО-ПРЕДМЕТНЫЙ УКАЗАТЕЛЬ¹

А

Акты отраслевой принадлежности как источники норм о МЧП (межотраслевая кодификация)

общие положения 3 (81)

страны, где А.о.п. выступают как основные источники норм о МЧП, 3 (81–82)

Английская школа МЧП

учение А. Дайси 2 (265)

В

Взаимность в МЧП

использование принципа В. в МЧП 4 (482)

«материальная» 4 (539)

отличие общей идеи о взаимности от юридического принципа взаимности 4 (475)

принцип взаимности как «общепризнанный» 4 (475)

реторсии в контексте принципа В. 4 (565)

способы использования принципа В. в МЧП 4 (489)

«формальная» взаимность 4 (538)

«формальная» взаимность и национальный режим 4 (553)

Г

Гагская конференция 3 (92), 3 (108–110)

Голландская школа коллизионного права 2 (186)

Государственный суверенитет 1(6)

Гражданский кодекс как основной источник норм о МЧП (отраслевая кодификация)

общие положения 3 (53)

ГК как основной источник норм о МЧП по странам

ГК Алжира 1975 г. 3 (54)

¹ Ссылка в указателе включает в себя термин, обозначающий то или иное понятие, и цифровой указатель, состоящий из номера главы учебника и номера абзаца этой главы (в круглых скобках). Например: «МЧП как отрасль права 1 (1)», где 1 – номер главы, а (1) – номер абзаца в этой главе.

- вводный закон к ГК Бразилии 1942 г. 3 (55)
- вводный закон к Германскому гражданскому уложению 3 (56)
- вводный титул «Общие положения» ГК Египта 1948 г. 3 (58)
- ГК Испании 1889 г. (измененный Декретом от 31 мая 1974 г.) 3 (60)
- ГК провинции Квебек 1991 г. 3 (63)
- законодательство КНР 3 (65)
- ГК Литвы 3 (71)
- ГК Перу 1984 г. 3 (73)
- ГК Португалии 1966 г. 3 (74)
- ГК США (штат Луизиана) 1991 г. 3 (76)
- ГК Уругвая 1868 г. 3 (78)
- ГК Франции 1804 г. 3 (80)

Гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом 1 (3)

Д

- Договор князя Игоря с греками 944 г. 2 (4)
- Договор князя Олега с греками 911 г. 2 (2)
- Договор Новгорода с Готским берегом и немецкими городами 1189–1199 гг. 2 (6)

З

- Законодательство по МЧП
 - российское 3 (1)
 - зарубежных стран 3 (29)
- Закон о МЧП (отдельный) как источник МЧП
 - общие положения 3 (34)
 - законы стран, где нормы МЧП содержатся в отдельном З. о МЧП:
 - Закон о МЧП Австрии от 15 июня 1978 г. 3 (36)
 - Кодекс МЧП (Закон) Бельгии 2004 г. 3 (37)
 - Кодекс МЧП Болгарии 2005 г. 3 (38)
 - Закон (Кодекс) Венгрии о МЧП 1979 г. 3 (39)
 - Закон Венесуэлы о МЧП 1998 г. 3 (40)
 - Закон Италии о реформе системы МЧП от 31 мая 1995 г. 3 (41)
 - Закон Македонии о МЧП 2007 г. 3 (43)
 - Закон Польши о МЧП от 12 ноября 1965 г. 3 (44)

Закон Югославии (ныне действующий, с изм., на территории Сербии, Хорватии и Черногории) о разрешении правовых коллизий с законами других стран 1982 г. 3 (45)

Кодекс МЧП Туниса 1998 г. 3 (46)

Кодекс (Закон) МЧП и международного гражданского процесса Турции 2007 г. 3 (48)

Закон Швейцарии о МЧП 1989 г. 3 (49)

Закон Эстонии о МЧП 2002 г. 3 (50)

Закон Японии «Об общих правилах применения законов» 2006 г. 3 (52)

Закон, определяющий форму актов (*locus regit actum*) 4 (32)

Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» как основа третейского разбирательства коммерческих споров 3 (26)

Защита прав человека как принцип формирования содержания коллизионных норм

значение 4 (49)

и установление новых или толкование существующих норм права 4 (54)

и теория естественного права 4 (50)

И

Идея международного общения Ф.Ф. Мартенса 2 (56)

Императивные нормы в МЧП

И.н. в МЧП (*conflicts-mandatory rules, mandatory rules in international sense*) 4 (427)

международно-правовое регулирование сверхимперативных норм 4 (437)

нормы непосредственного применения 4 (427)

понятие 4 (427)

регулирование проблемы сверхимперативных норм в российском праве 4 (432)

сверхимперативные нормы страны суда 4 (446)

сверхимперативные нормы третьей страны 4 (451)

сверхимперативные нормы (*overriding rules*) 4 (427, 428)

термины, используемые для выделения особых И.н. 4 (427)

Иностранный элемент

и коллизионное законодательство 4 (10)

современное понимание 4 (13)

эволюция понятия 4 (10)

Истоки МЧП в Древнем мире 2 (126)

Источники МЧП как отрасли права

национальное законодательство как основной И. МЧП 3 (1)
внутринациональные правовые нормы, направленные на регулирование общественных отношений, осложненных иностранным элементом 3 (29)

Источники МЧП Российской Федерации

Конституция РФ 3 (2)
разд. VI Гражданского кодекса РФ 3 (3)
разд. VII Семейного кодекса РФ 3 (10)
Кодекс торгового мореплавания РФ 3 (11)
подзаконные акты как источники материально-правовых норм о МЧП 3 (28)
Трудовой кодекс РФ 3 (12)
Земельный кодекс РФ 3 (13)
федеральные законы 3 (14)

Источники норм международного процессуального права Российской Федерации

федеральные законы 3 (19)

Итальянская школа МЧП

теория П.С. Манчини 2 (243)

К

Казанский университет 2 (13)

работы профессора К.у. Д.И. Мейера 2 (14–24)
работы выпускника К.у. Н.П. Иванова 2 (25–43)

Квалификация в МЧП

квалификация института, неизвестного праву суда 4 (196–197)
понятие 4 (163)
«пороки» теорий квалификации *lex fori* и *lex causae* и попытки установления баланса приемов и способов примирения обоих начал 4 (184)
результат 4 (164)
стадии 4 (179)
теории 4 (173)
теория *lex fori* 4 (175, 176–177)
теория *lex causae* 4 (175, 178)
теория автономной квалификации 4 (184)
толкование юридических норм как «центр» проблемы К. в МЧП 4 (165)

Кодекс Юстиниана (*Corpus Juris Civilis*) 2 (144)

Кодификация норм о МЧП

межотраслевая 3 (81)

отраслевая 3 (53)

Коллизионная норма

альтернативные 4 (18)

«гибкие» и «жесткие» 4 (20)

двусторонние 4 (19)

как историческая основа МЧП 1 (4)

кумулятивные 4 (17)

объем (правовой вопрос) как часть К.н. 4 (14)

односторонние 4 (19)

понятие 1 (32), 1 (39)

понятие основной регулятивной направленности К.н. – готовность присоединиться к тому или иному своду гражданско-правовых норм 4 (15)

природа 1 (39)

привязка (критерий, определяющий применимый иностранный закон) как часть К.н. 4 (14)

состав 4 (14)

система 1 (6), 1 (57), 4 (16)

текстуальная эволюция 4 (15)

Коллизионное право США 2 (277)

учение Дж. Стори 2 (285)

учение О.В. Холмса 2 (289)

учение Дж. Биля 2 (289)

учение У. Кука 2 (291)

учение Б. Карри 2 (302)

учение В. Бакстера 2 (303)

учение А. Эренцвейга 2 (304)

учение Д.Ф. Каверса 2 (305)

учение Р.А. Лефлара 2 (306)

учение А. фон Мерена 2 (308)

учение Р.Дж. Вайнтрауба 2 (311)

учение Ф.К. Юнгера 2 (312)

Коллизионные принципы

виды 4 (48)

защиты прав человека 4 (48, 49–54)

наиболее тесной связи 4 (48, 55–59)

стремления к унификации 4 (48, 60–69)

понятие 4 (40)

применение при толковании 4 (45)

- применение при создании коллизионных норм законодателем, в том числе при установлении новой нормы судьей в системе общего права 4 (46)
- негативные аспекты возможного «отрицания» К.п. 4 (47)
- направленность К.п. на локализацию отношений сторон в том порядке, который наилучшим образом обеспечит реализацию прав и законных интересов всех сторон правоотношения 4 (43)
- определение 4 (42)
- специфика применения (в отличие от «общих принципов права») 4 (43)
- универсальный характер 4 (43)
- Коллизионный метод 1 (41)
 - избежание применения 1 (58)
 - недостатки 1 (55)
 - позитивные аспекты 1 (54)
 - и необходимость применения иностранного права в национальных судах 1 (56)
 - факторы, повлиявшие на эволюцию подходов к К.м. (коллизионном регулировании) 4 (6)
 - эволюция 4 (3)
- Коллизия
 - интертемпоральная 1 (47–52)
 - интерперсональная 1 (53)
 - пространственная 1 (41)
 - международная (интернациональная) как пространственная К. 1 (42)
 - межобластные (внутренние, интерлокальные) как пространственные К. 1 (42)
- Коллизия закона (*collision statutorum*) 1 (4)
- Конституция РФ как источник законодательства о МЧП 3 (2)
- Концепции МЧП
 - в конце XIX в. (М.Н. Капустин, А.Н. Стоянов, К.И. Малышев) 2 (44)
 - второй половины XX в.: концепция транснационального права и современного (нового) *lex mercatoria* 3 (201)
- Концепция *lex mercatoria*
 - истоки нового *lex mercatoria* в учении Э. Ламберта 3 (215)
 - как разновидность теории транснационального права 3 (208)
 - и принципы УНИДРУА 3 (247)
 - место теории транснационального торгового права *lex mercatoria* в современной теории и практике МЧП 3 (251)

- «меркатократия» (*mercatorocracy*) как особый социальный класс, включающий в себя коммерсантов, юристов, специализирующихся в области МЧП, а также других участников 3 (231)
- определение *lex mercatoria* в судебной практике 3 (232)
- основные сторонники концепции нового *lex mercatoria* 3 (213)
- основные источники *lex mercatoria* 3 (235)
- применение нормы *lex mercatoria* национальными судами (241)
- теория *lex mercatoria* в работах Б. Гольдмана 3 (217)
- теория *lex mercatoria* в работах Ф. Кана 3 (219)
- теория *lex mercatoria* в работах Фушара и Локэна 3 (231)
- теория *lex mercatoria* в работах М. Бонелла 3 (225)
- учение о теории нового *lex mercatoria* в работах Дель Мармоля 3 (216)
- теория *new law merchant* К. Шмиттгоффа 3 (226)
- Концепция транснационального права
 - анализ транснационального права с точки зрения его политико-экономического содержания в контексте процесса глобализации
 - в работах К. Катлера 3 (230)
 - в работах Ф. Джессапа 3 (202)
- Критерии решения вопроса о применимом праве 1 (38)
- Критерий наиболее тесной связи в МЧП
 - «гибкие» коллизионные нормы 4 (74)
 - концепция наиболее тесной связи в новейшем российском законодательстве в сфере МЧП 4 (71)
 - концепция наиболее тесной связи в международных коллизионных конвенциях и российском праве 4 (97)
 - в работах Д. Уэстлейка 4 (78)
 - признание К.н.т.с. английской доктриной и судебной практикой 4 (81)
 - развитие концепции наиболее тесной связи в США 4 (93)

Л

- Лекции по МЧП профессора О.О. Эйхельмана 2 (68)
- Личный закон физического лица (*lex personalis*) 4 (23)
 - и демаркация обязательственного статуса отношений 4 (26)
 - понятие 4 (23)
 - и определение объема персональных правовых особенностей 4 (23)
- Личный закон юридических лиц (*lex societatis*)
 - общие положения 4 (27)
 - привязка к месту государственной регистрации юридического лица и определение Л.з. ю.л. 4 (29)

М

- Международно-договорная унификация 1 (12)
- Международное право в «широком смысле слова» 1 (28)
- Международно-правовой генезис 1 (20)
- Международно-правовое отношение
возникновение М.п.о. между государствами 1 (15)
- Международное частноправовое регулирование
взаимосвязь международно-правового и международного частноправового регулирования 1 (31)
- Международные договоры, унифицирующие коллизионные и материально-правовые нормы 3 (90)
- Конвенция о гражданском процессе 1954 г. 3 (96)
- Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г. 3 (97)
- Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. 3 (100)
- Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г. 3 (106)
- Конвенция, отменяющая требования легализации иностранных официальных документов 1961 г. 3 (106)
- Конвенция о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г. 3 (106)
- Конвенция о коллизии законов в отношении формы завещаний 1961 г. 3 (107)
- Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. 3 (111)
- Международные обычаи, см. *Обычаи*
- Международные организации, работающие в сфере международной унификации
- ВОИС (Всемирная организация интеллектуальной собственности) 3 (163)
- ИКАО (Международная организация гражданской авиации) 3 (163)
- ИМО (Международная морская организация) 3 (163)
- УНИДРУА (Международный институт по унификации частного права) 3 (150)
- ЮНСИТРАЛ (Комиссия ООН по праву международной торговли) 3 (161)
- Международный договор по вопросам МЧП 1 (13)
- виды («сепаратные» и «коллективные») 3 (91)
- Международный (иностраннный) элемент 1 (2)
- понятие 1 (3)

- Международный торговый обычай, см. также *Обычай*
критерии 3 (307)
общие правила применения 3 (313)
и обыкновения 3 (318)
положения Принципов УНИДРУА, содержащие общие правила
в отношении М.т.о. 3 (314)
понятие 3 (298)
разграничение М.т.о. и торговых обыкновений на практике 3 (321)
условия применения участниками сделки 3 (312)
юридическая природа 3 (299)
- Местонахождение вещи (*lex rei sitae*) 4 (32)
- МЧП в Древнем мире 2 (126–150)
- МЧП в начале XX в.
в работах П.Е. Казанского, А.А. Пиленко, Б.Э. Нольде,
М.И. Бруна 2 (73)
в «послереволюционный» период в работах А.Н. Макарова,
И.С. Перетерского, А.Г. Гойхбарга, В.М. Корецкого,
Л.А. Лунца 2 (112)
- МЧП как отрасль права 1 (1), 1 (2)
как самостоятельная отрасль права, цивилистического по сво-
ему содержанию характера 1 (25)
как комплексная отрасль права РФ 3 (1)
- МЧП как отрасль правоведеия 1 (1), 1 (2)
- МЧП в период Средневековья 2 (151–161)

Н

- Наука МЧП
приоритет в изучении МЧП в России 2 (12)
становление 2 (9)
и Казанский университет 2 (13)
- Немецкая школа МЧП 2 (202)
главные достижения 2 (242)
учение К.Ф. Вехтера 2 (204)
учение Ф.К. Савиньи 2 (212)
учение Л. Барона 2 (229)
учение Э. Цительмана 2 (233)
учение Э. Франкенштейна 2 (237)
- Нормы МЧП
предназначение 1 (17)
установленные в порядке международно-договорной унифика-
ции 1 (18)

О

Общие принципы права

- применение международными коммерческими арбитражами 3 (334)
- соотношение понятий «обычай» и «общие принципы права» 3 (330)

Обычаи (международные)

- виды 3 (285)
- возможность применения 3 (289)
- концепция обычая социологического плана 3 (281, 282)
- возникновение О. и судебная практика 3 (295)
- возникновение О. и кодификационная деятельность международных организаций 3 (295)
- концепция О., разработанная в рамках позитивистской школы 3 (281)
- международный торговый О. 3 (285)
- как источник права 3 (284)
- местный 3 (285)
- как «устаревший» источник права 3 (284)
- международного права 3 (285)
- делового оборота 3 (285)
- соотношение понятий «обычай» и «общие принципы права» 3 (330)

Оговорка о публичном порядке

- европейский публичный порядок как разновидность транснационального публичного порядка 4 (407)
- использование в современном мире 4 (415)
- история возникновения и развития понятия «публичный порядок» 4 (389)
- международный публичный порядок как основание для неприменения иностранного права 4 (410)
- международный публичный порядок – две концепции (позитивная и негативная) 4 (416)
 - позитивная концепция международного публичного порядка 4 (416)
 - негативная концепция международного публичного порядка 4 (416)
- международный процессуальный публичный порядок 4 (424)
- нарушение публичного порядка как основание для отказа в признании и принудительном исполнении решения иностранного суда 4 (423)
- понятие 4 (377)
- понятие термина «международный публичный порядок» 4 (403)

- применение в исключительных случаях 4 (378)
- понятие «публичный порядок» 4 (377)
- современная концепция публичного порядка 4 (396)
- соотношение категорий «публичный порядок» и «международный публичный порядок» 4 (402)
- соотношение понятий «международный публичный порядок» и «транснациональный публичный порядок» 4 (405)
- транснациональный публичный порядок 4 (406, 426)
- характерные особенности категории «публичный порядок» 4 (385)
- Отношения, регулируемые МЧП 1 (15)
 - гражданско-правовой характер 1 (29)
- Отсылка обратная и дальнейшая (отсылка к праву третьего государства)
 - английское обозначение 4 (221)
 - виды 4 (214)
 - вопрос о допущении обратной отсылки и вопрос о природе коллизионной нормы и назначении конфликтного (коллизионного) права 4 (267)
 - немецкая доктрина 4 (220)
 - в судебной практике 4 (228)
 - полемика в доктрине 4 (255)
 - проблема О.о. и д. в ряду более обширных проблем коллизионного права 4 (267)
 - проблема обратной отсылки 4 (215)
 - проблема отсылки в российском праве 4 (249)
 - развитие коллизионного права по вопросу об отсылке 4 (222)
 - французская доктрина 4 (219)

П

- Периодизация истории активной разработки законодательства по МЧП 3 (31)
- Право, избранное сторонами (*lex voluntatis*) 4 (32)
- Право места причинения вреда (*lex loci delicti commissi*) 4 (32)
- Право народов (*ius gentium*) 2 (143)
- Претор peregrinorum (*praetor peregrinus*) 2 (145)
- Принцип тесной связи в МЧП 1 (9)
- Принцип взаимности, см. также *Взаимность*
 - материальный коллизионный 4 (515)
 - особая роль применительно к признанию и (или) приведению в исполнение решений иностранных государственных судов 4 (601)

- в коллизионном регулировании 4 (487)
 - применение в российском законодательстве 4 (502)
 - формальный коллизионный 4 (514)
 - в материально-правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом 4 (521)
 - в международном гражданском процессе 4 (586)
 - подразделение П.в. на принцип формальной взаимности и принцип материальной взаимности 4 (537)
 - соотношение П.в. и реторсий в международном гражданском процессе 4 (623)
- Принцип наиболее тесной связи правоотношения с определенным правопорядком
- значимость 4 (55)
 - как специальный принцип МЧП 4 (55)
- Принципы европейского договорного права
- особенности применения в судебной практике 3 (266)
 - разработка Комиссией по европейскому договорному праву стран – участниц Европейских сообществ под руководством О. Ландо 3 (257)
 - региональный характер 3 (262)
 - содержание 3 (259)
 - соотношение применения П.ЕДП и Принципов УНИДРУА 3 (269)
- Принципы европейского права
- подготовка рабочей группой по ГК ЕС под руководством К. Бара 3 (279)
- «Прямой путь» определения применимого права (*voie directe*)
- как способ определения применимого права 4 (122)
 - и идея «делокализованного арбитража» 4 (134)
 - П.п., которым арбитры могут пойти в ситуации отсутствия соглашения о применимом праве 4 (139)
 - право арбитров «следовать» по П.п. и обязанность применения коллизионной нормы 4(144)
 - право арбитров следовать по П.п. и «нормы права» 4 (159)
 - понятие и существование П.п. в современной практике и деловой литературе 4 (134)
 - поддержка национальными законодательствами 4 (135)
 - «санкционирование» арбитражными регламентами 4 (136)
 - связь П.п. и способа определения применимого права «окольным путем» (*voie indirecte*) 4 (124)

Р

«Расщепление» привязки коллизионной нормы (*dépeçage*)

понятие 4 (459)

в узком смысле 4 (460)

положение о Р.п.к.н. в ГК РФ 4 (463)

Регламент ЕС «О праве, применимом к внедоговорным обязательствам» («Рим II») 3 (134)

особенности 3 (135–137)

Реторсии

понятие в ГК РФ 4 (565)

и юридический принцип взаимности 4 (567)

как инструмент реагирования *ad hoc* 4 (570)

и институт ответных мер 4 (580)

Римская конвенция (Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам) 1980 г. 3 (111)

история создания 3 (112–118)

конвертация в Регламент ЕС «Рим I» 3 (129–133)

материальная и формальная действительность договоров в положениях Р.к. 3 (127)

принцип автономии воли при выборе сторонами применимого права в положениях Р.к. 3 (122)

Регламент ЕС «О праве, применимом к договорным обязательствам» («Рим II») 3 (119)

сфера применения 3 (120)

ситуации, в которых Р.к. не подлежит применению 3 (121)

«специальные положения» Р.к. об определении применимого права в отношении потребительских и трудовых договоров 3 (124)

концепция сверхимперативных норм или норм непосредственного действия в положениях Р.к. 3 (125)

Русская Правда 2 (5)

С

Современное национальное законодательство о МЧП (формы)

отдельный закон о МЧП 3 (33)

вводный закон к акту кодификации гражданского права либо основные положения Гражданского кодекса 3 (33)

межотраслевая кодификация 3 (33)

комплекс специальных законов, регулирующих основные правоотношения сферы МЧП 3 (33)

- разрозненные правовые нормы, закрепленные в правовых актах, относящихся к различным отраслям законодательства 3 (33)
- Специальные законы (комплекс специальных законов), регулирующие МЧП
 - общие положения 3 (83)
 - страны, где специальные законы являются основным источником норм о МЧП 3 (83–85)
- Средневековое торговое право (*lex mercatoria* или *ius mercatorum*) 2 (155)
- Статут
 - теория трех статутов в работах Д.И. Мейера (*statute personalita, statute realia, statute mixta*) 2 (17)
 - теория статутов в Италии и Франции 2 (162)
- Становление науки МЧП в России
 - наука МЧП и Казанский университет 2 (13)
- Страны, где нормы МЧП разрозненны и встречаются в различных нормативных актах 3 (86–89)
- Страны СНГ
 - унификация права 3 (164–200)
- Стремление к унификации коллизионных норм как коллизионный принцип
 - значение 4 (64)
 - практическая реализация 4 (67)
- Судебная практика
 - понятие 3 (338)
 - роль С.п. в праве Испании 3 (346)
 - роль С.п. в праве Нидерландов 3 (347)
 - роль С.п. в праве Турции 3 (348)
 - роль С.п. в праве Франции 3 (349)
 - роль С.п. в праве Швейцарии 3 (350)
 - роль С.п. в праве РФ 3 (351)
 - формальное непризнание С.п. в качестве источника МЧП 3 (338)
- Судебный прецедент
 - понятие 3 (336)
 - роль С.п. в праве Англии 3 (340)
 - роль С.п. в праве Израиля 3 (342)
 - роль С.п. в праве Канады 3 (343)
 - роль С.п. в праве США 3 (344)
 - роль С.п. в праве Республики Беларусь 3 (345)
 - роль С.п. в праве РФ 3 (351)
 - как основной источник норм МЧП 3 (336)
 - формальное непризнание С.п. как источника МЧП 3 (336)

Т

- Тенденция развития МЧП 3 (32)
- Теория «международного общения» в трудах В.П. Даневского 2 (66)
- Толкование объема коллизионной нормы 4 (187)
- Толкование коллизионных привязок 4 (198–213)
- Торговое обыкновение (*trade usage*)
 - в американском праве 3 (324)
 - и международный торговый обычай 3 (318)
 - идентичность Т.о. и торгового обычая в законодательстве ряда стран 3 (322)
- Традиция
 - как источник МЧП 3 (325)
 - в судебной практике РФ 3 (327)
- Троицкий список 2 (5)

У

- УНИДРУА (*UNIDROIT*)
 - разработка Принципов международных коммерческих договоров У. 3 (151–159)
 - как Международный институт по унификации частного права 3 (150)
 - учреждение 3 (150)
 - учреждение У. как органа Лиги Наций 3 (150)
- Унификация
 - материальных норм 1 (60)
 - разработка модельных (типовых) законов как один из методов У. 1 (62)
 - разработка документов частноправового характера, призванных регулировать отношения в рамках международных коммерческих контрактов, как один из методов У. 1 (64)
 - разработка толкования международных торговых терминов ИНКОТЕРМС как один из видов неконвенционной У. 1 (66)
 - права в странах СНГ 3 (164–200)
- Унифицированные нормы 1 (10)
 - «автономный» характер У.н. с точки зрения их толкования 1 (20)
 - как *lex specialis* в составе соответствующей отрасли национального права 1 (19), 1 (20)
- Установление содержания норм иностранного права
 - получение информации об иностранном праве 4 (327)

порядок У.с.н.и.п. в законодательстве РФ 4 (288)
иностранное права в национальных доктринах 4 (291)
новеллы действующего законодательства РФ об У.с.н.и.п. 4 (288)

Ф

«Французская школа» МЧП
 появление понятия МЧП в работах Феликса 2 (252)
 учение А. Пиллье 2 (254)
 учение Ж.-П. Нибуайе 2 (260)
 учение А. Батиффоя 2 (262)

Э

Экзогамия 2 (129)

Ю

ЮНСИТРАЛ

как международная организация, работающая в сфере междуна-
родной унификации 3 (161)

Международное частное право

Учебник

В 2 томах

Том 1
Общая часть

Редактор *Т.Г. Христенко*
Корректор *Т.Н. Немчинова*
Верстка и худ. оформление: *В.В. Самойлова*

Подписано в печать 26.04.2011. Формат 60x90¹/₁₆. Бумага офсетная.
Гарнитура Warnock Pro. Печать офсетная. Усл. печ. л. 25. Тираж 2 000 экз.
Заказ №

Издательство «Статут»:
119454, г. Москва, ул. Лобачевского, д. 92, корп. 2
тел./факс: + 7 (495) 649-18-06
E-mail: book@estatut.ru
www.estatut.ru

978-5-8354-0767-5



9 785835 407675

Все права на данное произведение принадлежат ООО "Издательство "СТАТУТ" и защищены действующим законодательством. Любое копирование, воспроизведение, хранение в электронных базах данных и иных электронных системах или иное использование в любой форме и любыми средствами в полном объеме или в части настоящей книги запрещено без письменного разрешения правообладателя - ООО "Издательство "СТАТУТ".