

Л.П. Ануфриева

Международное частное право

Общая часть

Том 1

Учебник

Рекомендовано Советом по правоведению Учебно-методического объединения по классическому университетскому образованию в качестве учебника для студентов высших учебных заведений, обучающихся по специальности «Юриспруденция»



Москва

Издательство БЕК, 2002

УДК 34
ББК 67.412.2
А73

В трех томах:

Том 1. Общая часть

Том 2. Особенная часть

Том 3. Трансграничные банкротства.
Международный коммерческий арбитраж.
Международный гражданский процесс

Рецензенты — доктор юридических наук, профессор Российской академии государственной службы при Президенте Российской Федерации, член-корреспондент Международной славянской академии наук, образования, культуры и искусства **М.Н. Кузнецов**; доктор юридических наук, профессор **М.М. Богуславский**

Ануфриева Л.П.

А73 **Международное частное право: В 3-х т. Том 1. Общая часть: Учебник.** — М.:
Издательство БЕК, 2002. — 288 с.

ISBN 5-85639-263-9 (в пер.)

Настоящий учебник подготовлен с учетом опыта преподавания международного частного права и, в частности, лекций, прочитанных автором на юридическом факультете МГУ им. Ломоносова и МГЮА на основе программы полного курса международного частного права в соответствии с требованиями преподавания и изучения данной дисциплины в юридических вузах, а также опыта практической работы за рубежом.

Учебник состоит из трех томов: Том 1. Общая часть; Том 2. Особенная часть; Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс.

В учебник включены разделы, посвященные актуальной проблематике, не рассматривавшейся ранее ни в учебной, ни в монографической литературе по МЧП (компаний международного бизнеса, офшорных компаний, трансграничных банкротств).

Непосредственное обращение автора к законодательной и судебной практике иностранных государств, приведение разнообразных примеров из области международного хозяйственного и делового оборота делает данное издание полезным для широкого круга читателей, помимо студенческой, аспирантской или преподавательской аудитории, расширяя тем самым круг его адресатов.

УДК
34 ББК 67.412.2

ISBN 5-85639-263-9 (т. 1)

ISBN 5-85639-277-9 (т. 2)

ISBN 5-85639-305-8 (т. 3)

© Ануфриева Л.П., 2000

© Издательство БЕК, 2002

Содержание

Предисловие.....	VII
Вводная часть.....	1
Глава 1. Международное частное право в прошлом, настоящем и будущем.....	1
<i>Литература</i>	1
<i>Контрольные вопросы</i>	6
Глава 2. История возникновения и развитие доктрины международного частного права.....	7
<i>Литература</i>	7
§ 1. История развития МЧП в XIII — XX вв.....	7
§ 2. Наука международного частного права в России.....	15
<i>Контрольные вопросы</i>	20
Глава 3. Современные глобальные тенденции развития международного частного права.....	21
<i>Литература</i>	21
§ 1. Взаимодействие международного публичного и международного частного права.....	21
§ 2. Унификация в международном частном праве как основная тенденция его совершенствования и развития.....	30
§ 3. Деятельность международных организаций в области унификации права.....	32
§ 4. Систематизация и кодификация в международном частном праве.....	38
§ 5. Новые горизонты правового регулирования в МЧП.....	42
<i>Контрольные вопросы</i>	45
Общая часть.....	46
Глава 4. Понятие, наименование, сущность и правовая природа международного частного права.....	46
<i>Литература</i>	46
§ 1. Понятие и наименование МЧП.....	46
§ 2. Содержание и сфера действия международного частного права.....	52
<i>Контрольные вопросы</i>	56
Глава 5. Объект и методы регулирования в международном частном праве.....	57
<i>Литература</i>	57
§ 1. Объект регулирования в МЧП.....	57
§ 2. Методы регулирования в МЧП.....	63
<i>Контрольные вопросы</i>	72
Глава 6. Нормативный состав международного частного права.....	73
<i>Литература</i>	73
§ 1. Коллизионные нормы.....	73
§ 2. Материально-правовые нормы.....	77
§ 3. Проблема включения в состав МЧП процессуальных норм.....	84
<i>Контрольные вопросы</i>	88

Глава 7. Место международного частного права в юридической системе	89
<i>Литература</i>	89
<i>Контрольные вопросы</i>	94
Глава 8. Система международного частного права как отрасли права и отрасли правоповедения	95
<i>Литература</i>	95
<i>Контрольные вопросы</i>	102
Глава 9. Основные начала (принципы) международного частного права	103
<i>Литература</i>	103
§ 1. Международная вежливость (comitas gentium, comity).....	103
§ 2. Национальный режим	104
§ 3. Режим наибольшего благоприятствования	109
§ 4. Взаимность. Виды взаимности.....	113
§ 5. Реторсии.....	118
<i>Контрольные вопросы</i>	121
Глава 10. Источники международного частного права	122
<i>Литература</i>	122
§ 1. Понятие источников права и проблема двойственности источников в МЧП.....	122
§ 2. Виды источников МЧП	126
<i>Контрольные вопросы</i>	167
Глава 11. Коллизионные нормы	168
<i>Литература</i>	168
§ 1. Понятие коллизионной нормы.....	168
§ 2. Функции коллизионных норм.....	174
§ 3. Структура коллизионных норм.....	180
§ 4. Коллизионные формулы прикрепления.....	181
§ 5. Виды коллизионных норм.....	199
§ 6. Коллизионное право: особенности и направления регулирования.....	211
<i>Контрольные вопросы</i>	217
Глава 12. Действие и толкование коллизионной нормы	218
<i>Литература</i>	218
§ 1. Оговорка о публичном порядке	218
§ 2. Обратная отсылка и отсылка к закону третьего государства.....	231
§ 3. Проблема обхода закона в МЧП	237
§ 4. Толкование коллизионных норм и проблема понятий («конфликт квалификаций») ..	242
<i>Контрольные вопросы</i>	248
Глава 13. Применение иностранного права и порядок установления его содержания	249
<i>Литература</i>	249
<i>Контрольные вопросы</i>	264

«Если я и смог увидеть, что там, впереди, то только потому, что стоял
на плечах гигантов»
Исаак Ньютон

Предисловие

Опубликование 30 ноября 1996 г. в «Российской газете» проекта VII раздела, посвященного международному частному праву, входящего в состав третьей части нового Гражданского кодекса Российской Федерации, сопровождалось материалом с красноречивым заголовком: «Мы в мире, мир — у нас». Думается, это название появилось не случайно, очень точно отражая современную ситуацию с международным частным правом в стране, — с одной стороны, и стремление России к более достойному местоположению в мирохозяйственных связях, — с другой.

Действительно, в последние годы, точнее десятилетие, международное частное право России испытывает настоящий «бум» с точки зрения размеров внимания практики и науки, включая вузовские разработки. За один только 1998—1999 учебный год в Москве и Санкт-Петербурге появилось не менее 10 публикаций общего характера, рассчитанных на учебные цели. Вот только некоторые из них: учебник М.М. Богуславского «Международное частное право» (Москва, «Юристъ», 1998); учебно-практическое пособие А.С. Скаридова «Международное частное право» (Санкт-Петербург, 1998); курс лекций В.Г. Ермакова, О.В. Сивакова «Международное частное право» (Москва, «Былина», 1998); В.П. Звеков. «Международное частное право. Курс лекций» (Москва, «Норма-Инфра-М», 1999); Н.Ю. Ерпылева «Международное частное право» (Москва, «NOTA BENE», 1999); Г.Ю. Федосеева «Международное частное право» (Москва, «Остожье», 1999). Кроме того, существуют и иные издания по отдельным вопросам международного частного права: Т.Н. Нешатаева «Иностранные предприниматели в России: Судебно-арбитражная практика» (Москва, «Дело», 1998); Арбитражная практика МКАС за 1996—1997 гг. (составитель М.Г. Розенберг. Москва, «Статут», 1998) и др. Не вдаваясь в подробности оценки качества перечисленных работ, которое на самом деле весьма различно, следует констатировать чисто количественный аспект — по сравнению со всеми предыдущими десятилетиями они представляют собой ощутимый вклад в решение проблемы обеспечения студентов вузов, аспирантов и практических работников, занимающихся международным частным правом (МЧП), источниками и сведениями о нормативных материалах и академических исследованиях в этой области.

При анализе вышедших ранее изданий по международному частному праву обращает на себя внимание один момент, который неизменно отмечался в работах: подчеркивание обусловленности роли международного частного права расширением взаимодействия между различными государствами в разнообразных областях сотрудничества, его углублением и интенсификацией. В последних публикациях стабильно указывается на связь между возрастанием значения в современных условиях МЧП и увеличением круга субъектов, вышедших на внешнюю арену российского государства, вхождением Российской Федерации в мировой рынок, что само по себе также отражает «экстенсивный» подход к оценке роли международного частного права в существующем мире.

Между тем, как представляется, главным фактором повышения интереса к международному частному праву, по крайней мере, в Российской Федерации и других странах постсоветского пространства, стало изменение в самой сути пришедшего на смену былой системе внутригосударственного и политического устройства в этих государствах, которое совершенно закономерно не могло не сказаться и на взаимоотношениях с ними других стран планеты, а также на взаимоотношениях последних между собой. Большая открытость обществ друг другу, гласность и развитие всяческих контактов на всех уровнях обеспечили и большую доступность западных исследований и публикаций, информации, размещаемой в мультимедийных средствах массовой информации и т.д., которая составляет в итоге качественно иную основу для российских научных разработок, что в свою очередь раздвигает горизонты изучения международного

частного права в нашей стране.

В приведенных работах указывается на рост внимания к международному частному праву, проявляющийся, в частности, во включении данной дисциплины в учебные программы и курсы практически всех юридических вузов, чего не было раньше, в усилении связи науки международного частного права с практикой его осуществления, большей осознанности ею потребностей в знании МЧП. Однако количественные признаки по большей части носят внешний характер. Упоминание о том, что в прежние времена в СССР уделялось мало внимания МЧП справедливо и в то же время не отражает правды действительности. Наличие МЧП в программах незначительного числа юридических высших учебных заведений прошлых лет говорит не столько о малой роли МЧП, сколько о том, что юридических вузов, готовящих правоведов широкого профиля с фундаментальными знаниями по всему объему правовых дисциплин, в стране было не так уж много. Не слишком высокие темпы развития науки и объемы публикаций в области отечественных разработок по МЧП в конце 1960 — 1980 гг. соответствовали общей стагнации в экономике государства. Трудно требовать сдвигов в «отдельно взятой отрасли», которая безотрывно находится в увязке с общей системой экономики, внутренней и внешней политики, науки, производства, обращения и т.д., характеризующейся застоем. А это сегодня выступает, пожалуй, наименее оспоримой констатацией. Следовательно, нынешнее состояние научных исследований и практики в сфере международного частного права в целом и его отдельных секторах необходимо рассматривать с учетом принципа историзма и соотношения указанного с конкретными условиями определенной исторической эпохи, в которую производится соответствующая оценка. Сказанное, однако, никоим образом не означает нигилистического подхода ко всему тому, что было сделано советскими учеными в области международного частного права, трудившимися в определенный период времени. Более того, анализ работ, вышедших в последние годы, показывает, что фундаментальных шагов в сторону принципиального пересмотра и конструктивного дополнения того, что было предложено в рассматриваемые «годы застоя и стагнации» в советской науке международного частного права, по существу, не произведено. Таким образом, сегодняшней «взлет» исследовательской мысли в основном имеет больше количественную, чем качественную окраску. В силу этого эпитафия, предпосланный настоящей работе, думается, является как нельзя более актуальным.

В свое время, в начале 80-х гг. XX столетия в юридической литературе не раз мелькали высказывания о «кризисе» международного частного права, причем не только в советской науке, но также и на Западе. В разные времена падение и повышение внимания к МЧП обуславливались различными явлениями — возникновением и интенсивным развитием международно-правовых договорных инструментов (унификацией национального права), появлением большого круга внутренних материально-правовых — «прямых» — предписаний, направленных на непосредственное регулирование отношений международного хозяйственного и гражданского оборота, и т.д. Думается, что подобное было ничем иным, как «кризисами роста», всякий раз благополучно преодолеваемыми международным сообществом в целом и отдельными государствами, результатами которых становился переход на новую ступеньку развития.

В сегодняшних условиях, когда повсюду говорится о «возрождении международного частного права в Российской Федерации», необходимо, на мой взгляд, сохранять меру объективности в оценке как прошедшего, так и происходящего. При всех объективных негативных и позитивных явлениях, имевших место ранее в области отечественного международного частного права, существующее сегодня может быть правильно осознано только по прошествии известного времени. Вместе с тем несомненно, что изучение международного частного права осуществляется ныне в Российской Федерации в новых условиях, требующих не столько более широкого взгляда на объективную его основу, сколько высокой квалификации и профессионализма создающих и применяющих нормы МЧП специалистов. Категории же таких людей весьма многочисленны и разнообразны.

Именно поэтому настоящая работа задумывалась и реализовывалась в расчете на то, что она будет полезна для широкого круга читателей. Прежде всего она предназначается для студентов и аспирантов учебных заведений, в программах которых международное частное право значится как

одна из профилирующих дисциплин, хотя может быть использована и обучающимися в других юридических вузах, готовящих правоведов различных специальностей. Во всяком случае, предполагалось, что содержание учебника поможет взрастить не только кадры грамотных юрисконсультов, юристов, работающих в компаниях, банках, производственных, торговых и других предприятиях и организациях, имеющих своей повседневной практикой связи с иностранными партнерами в самых различных областях внешнеэкономической и вообще международной деятельности, но и судей, прокуроров, следователей и т.д. (как будущих, так и настоящих), деятельность которых, с позиций вчерашнего дня, далека от международного частного права, а ныне входит неотъемлемой составляющей и в эти профессии.

Международное частное право — единственная из всех правовых дисциплин, имеющая дело с правопорядками нескольких государств одновременно, в силу чего требование знания позитивного права различных стран является непреложным. В то же время известно, что далеко не во всех вузах изучается такой предмет, как гражданское и торговое право зарубежных стран. Таким образом, для очень многих категорий специалистов знакомство с упомянутой дисциплиной происходит *через* международное частное право. И поскольку латинский принцип *non exemplis, sed legibus, judicandum est* («не конкретные примеры, а законы имеют юридическую силу») действует в полной мере применительно и к данной области регулирования общественных отношений, в некотором смысле удовлетворительным является и компромиссное решение — получение доступа к информации о соответствующего рода законах (актах) других государств, что по мере возможности также ставилось во главу угла при подготовке настоящего издания.

Если после изучения этого труда у читателя останется убежденность в том, что международное частное право — не химера, не выдуманная теоретиками область права, если и нужная, то лишь малочисленной группе юристов, но это есть отрасль объективного права и правоведения, без знания которой не бывает юриста как такового, будь то юрисконсульт торгпредства, представительства внешнеторгового или иного объединения за границей, арбитр органа международного коммерческого арбитража или иного третейского суда, преподаватель права в высшем или среднем учебном заведении либо судья суда общей юрисдикции, арбитр государственного хозяйственного суда, нотариус и судебный исполнитель, наконец, то цели, поставленные автором при подступах к работе, достигнуты. Если же читатель, уже работающий в сфере, связанной с применением знаний по международному частному праву, обратится к данному учебнику с целью получить ответ на какой-либо рожденный его каждодневной практикой вопрос или неясность и найдет в нем соответствующее разъяснение, либо раскроет его с надеждой увидеть в нем информацию, облегчающую принятие решения по какому-либо частному аспекту заключения и осуществления международных контрактов и вообще отыскать конкретную рекомендацию для целей ведения международного бизнеса, и получит ее или, в крайнем случае, если даже и не получит, но узнает хотя бы, в каком направлении нужно двигаться, то указанные цели будут полагаться достигнутыми вдвойне.

Учебник состоит из трех томов: Том 1. Общая часть; Том 2. Особенная часть; Том 3. Трансграничные банкротства. Международный коммерческий арбитраж. Международный гражданский процесс. Поскольку их выпуск планируется осуществить последовательно один за другим в томе 1 приводится полное содержание всего издания для того, чтобы предварительно сориентировать студентов, преподавателей и специалистов по кругу вопросов, которые будут рассмотрены.

Содержание томов 1—3

ТОМ 1

Предисловие

Вводная часть

Глава 1. Международное частное право в прошлом, настоящем и будущем

Глава 2. История возникновения и развитие доктрины международного частного права

§ 1. История развития МЧП в XIII — XX вв.

§ 2. Наука международного частного права в России

Глава 3. Современные глобальные тенденции развития международного частного права

§ 1. Взаимодействие международного публичного и международного частного права

§ 2. Унификация в международном частном праве как основная тенденция его совершенствования и развития

§ 3. Деятельность международных организаций в области унификации права

§ 4. Систематизация и кодификация в международном частном праве

§ 5. Новые горизонты правового регулирования в МЧП

Общая часть

Глава 4. Понятие, наименование, сущность и правовая природа международного частного права

§ 1. Понятие и наименование МЧП

§ 2. Содержание и сфера действия международного частного права

Глава 5. Объект и методы регулирования в международном частном праве

§ 1. Объект регулирования в МЧП

§ 2. Методы регулирования в МЧП

Глава 6. Нормативный состав международного частного права

§ 1. Коллизионные нормы

§ 2. Материально-правовые нормы

§ 3. Проблема включения в состав МЧП процессуальных норм

Глава 7. Место международного частного права в юридической системе

Глава 8. Система международного частного права как отрасли права и отрасли правоведения

Глава 9. Основные начала (принципы) международного частного права

§ 1. Международная вежливость (comitas gentium, comity)

§ 2. Национальный режим

§ 3. Режим наибольшего благоприятствования

§ 4. Взаимность. Виды взаимности

§ 5. Реторсии

Глава 10. Источники международного частного права

§ 1. Понятие источников права и проблема двойственности источников в МЧП

§ 2. Виды источников МЧП

Глава 11. Коллизионные нормы

§ 1. Понятие коллизионной нормы

§ 2. Функции коллизионных норм

- § 3. Структура коллизионных норм
- § 4. Коллизионные формулы прикрепления
- § 5. Виды коллизионных норм
- § 6. Коллизионное право: особенности и направления регулирования

Глава 12. Действие и толкование коллизионной нормы

- § 1. Оговорка о публичном порядке
- § 2. Обратная отсылка и отсылка к закону третьего государства
- § 3. Проблема обхода закона в МЧП
- § 4. Толкование коллизионных норм и проблема понятий («конфликт квалификаций»)

Глава 13. Применение иностранного права и порядок установления его содержания

ТОМ 2

Особенная часть

Раздел первый.

Лица в международном частном праве

Глава 14. Физические лица

- § 1. Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства в МЧП
- § 2. Дееспособность иностранных физических лиц
- § 3. Ограничение и лишение дееспособности в МЧП
- § 4. Безвестное отсутствие. Объявление лица умершим в МЧП
- § 5. Правовое положение иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации

Глава 15. Юридические лица

- § 1. Некоторые общие вопросы учения о юридических лицах в МЧП
- § 2. «Национальность» юридического лица
- § 3. Личный статут юридического лица
- § 4. Основные доктрины определения личного статута
- § 5. Проблема «международных юридических лиц» в международном частном праве
- § 6. Допуск иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности
- § 7. Правовое положение иностранных юридических лиц в Российской Федерации

Глава 16. Государство как особый субъект в международном частном праве

- § 1. Правовое положение государства в гражданско-правовых сделках международного характера. Понятие иммунитета
- § 2. Иммунитет государства. Виды иммунитета
- § 3. Основные доктрины иммунитета государства и их содержание
- § 4. Тенденции развития правового регулирования иммунитета государства

Глава 17. Правовое положение международных организаций

Раздел второй.

Вещные права в международном частном праве

Глава 18. Право собственности в МЧП

- § 1. Право собственности как основной институт МЧП
- § 2. Коллизионно-правовое регулирование вещных отношений
- § 3. Коллизионное регулирование отношений собственности в

Российской Федерации

§ 4. Правовое положение иностранных граждан, лиц без гражданства и юридических лиц в области отношений собственности в Российской Федерации

§ 5. Право собственности российских граждан за рубежом

Глава 19. Правовое регулирование иностранных инвестиций

§ 1. Система правового регулирования иностранных инвестиций в МЧП

§ 2. Правовое положение иностранных инвесторов в Российской Федерации

Глава 20. Национализация иностранной собственности и действие за границей актов о национализации

Раздел третий.

Сделки и обязательства в международном частном праве

Глава 21. Автономия воли в международном частном праве

Глава 22. Общие положения о сделках и обязательствах

§ 1. Основные понятия

§ 2. Форма сделок в МЧП

§ 3. Коллизионно-правовое регулирование сделок международного характера

§ 4. Lex mercatoria. Обычаи и обыкновения в международной торговле.

Негосударственные средства регулирования.

Общие принципы права. Типовые контракты и проформы.

Общие условия

Глава 23. Договорные обязательства в международном частном праве

§ 1. Виды договоров, применяемых в международном хозяйственном обороте. Купля-продажа

§ 2. Подряд и техническое содействие

§ 3. Договор международной перевозки грузов, пассажиров и багажа. Перевозка автомобильным, железнодорожным и воздушным транспортом. Морская перевозка

§ 4. Договор мены

§ 5. Договор лизинга

§ 6. Факторные операции в МЧП

§ 7. Договор франчайзинга (франшиза)

Глава 24. Деликтные обязательства в МЧП

§ 1. Общие вопросы коллизионного регулирования деликтных обязательств в МЧП

§ 2. Регулирование деликтных отношений в Российской Федерации

§ 3. Международно-правовое регулирование деликтных отношений

Глава 25. Денежные обязательства и международные расчеты

§ 1. Содержание денежных обязательств и международные расчеты

§ 2. Унифицированные правила международных расчетов

§ 3. Вексель и чек в современном международном частном праве. Унификация вексельного и чекового регулирования

§ 4. Валютные условия и валютные оговорки во внешнеэкономических контрактах

§ 5. Правовое регулирование валютных отношений и валютные операции в Российской Федерации

Раздел четвертый.

Интеллектуальная собственность в международном частном праве

Глава 26. Промышленная собственность

- § 1. Понятия «интеллектуальной собственности» и «промышленной собственности» в МЧП
- § 2. Международно-правовая охрана промышленной собственности
- § 3. Сотрудничество в рамках СНГ по использованию и охране промышленной собственности
- § 4. Правовое регулирование прав промышленной собственности иностранцев на территории Российской Федерации

Глава 27. Авторское право и смежные права

- § 1. Международно-правовое регулирование авторских прав. Многосторонние конвенции в области авторского права
- § 2. Правовое регулирование смежных прав
- § 3. Авторские права иностранцев по законодательству Российской Федерации и зарубежных стран
- § 4. Особенности правового регулирования авторских прав в киберпространстве

Раздел пятый. Право наследования в международном частном праве

Глава 28. Наследственные отношения

- § 1. Коллизионные вопросы наследования
- § 2. Правоспособность иностранцев в отношениях по наследованию. Способность быть участниками производства в наследственных делах
- § 3. Форма завещания
- § 4. Конвенционное регулирование отношений по наследованию
- § 5. Выморочное имущество

Раздел шестой.

Брачно-семейные отношения в международном частном праве

Глава 29. Правовое регулирование отношений по заключению и расторжению брака с участием иностранцев, имущественных и семейных отношений

- § 1. Сфера возникновения и содержание коллизий законов в области заключения и расторжения браков с участием иностранцев
- § 2. Заключение брака. Признание браков, заключенных за рубежом. Консульские браки
- § 3. Имущественные правоотношения между супругами. Брачный договор
- § 4. Расторжение брака в МЧП
- § 5. Правоотношения, касающиеся международного усыновления, опеки и попечительства

Раздел седьмой.

Трудовые отношения в международном частном праве

Глава 30. Трудовые отношения

- § 1. Общие вопросы правового регулирования трудовых отношений международного характера
- § 2. Трудовые отношения в сфере международного хозяйственного оборота и коллизии права
- § 3. Международно-правовое регулирование трудовых отношений
- § 4. Трудовые отношения российских граждан за рубежом и в международных организациях
- § 5. Социальное обеспечение

Раздел восьмой.

Трансграничные банкротства в международном частном праве

Глава 31. Трансграничные банкротства

как институт международного частного права

- § 1. Понятие трансграничной несостоятельности
- § 2. Компетенция юрисдикционных органов
- § 3. Применимое право
- § 4. Признание и приведение в исполнение иностранных решений о банкротстве
- § 5. Международно-правовое регулирование трансграничной несостоятельности

Раздел девятый.

Международный коммерческий арбитраж

Глава 32. Понятие и принципы деятельности международного коммерческого арбитража

- § 1. Понятие арбитража.
Основные теории правовой природы арбитража
- § 2. Виды арбитража
- § 3. Теория «компетенции компетенции»
- § 4. Арбитражное соглашение: понятие, виды арбитражных соглашений.
Автономность арбитражного соглашения.
Основания недействительности арбитражного соглашения
- § 5. Признание и исполнение иностранных арбитражных решений
- § 6. Основные центры международного коммерческого арбитража.
Международный коммерческий арбитраж в Российской Федерации

Раздел десятый.

Международный гражданский процесс

Глава 33. Понятие, содержание и сфера действия международного гражданского процесса

- § 1. Понятие международного гражданского процесса и его соотношение с международным частным правом
- § 2. Международная подсудность: основные системы подсудности, «конфликт юрисдикций»
- § 3. Пророгационные и дерогационные соглашения
- § 4. Процессуальное положение иностранных граждан и лиц без гражданства. Судебный залог (cautio judicatum solvi).
Международно-правовое регулирование процессуальных отношений с участием иностранных физических и юридических лиц, международных организаций и иностранных государств
- § 5. Оказание правовой помощи и исполнение поручений иностранных судов
- § 6. Исполнение иностранных судебных решений
- § 7. Нотариальные действия

Приложения

Вводная часть

Глава 1. Международное частное право в прошлом, настоящем и будущем

Литература: Энциклопедический словарь. Брокгаузъ и Ефронъ. СПб., 1896. Т. 36; *Мартенс Ф.Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. СПб., изд. 3-е, 1895. Т. 1; *Мартенс Ф.Ф.* Восточная война и Брюссельская конференция. СПб., 1879; *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959; *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970; *Mádl F., Vékás L.* The Law of Conflicts and Foreign Trade. Bud., 1987; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; *Международное частное право: современные проблемы.* М., 1994; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999.

М.И. Брун, русский ученый конца XIX — начала XX в., пытаясь охарактеризовать сущность и отличительные особенности международного частного права (МЧП), писал: «...это совокупность правил, определяющих, законы какого государства должны нормировать частное юридическое отношение, в котором участвуют иностранцы или которое возникло за границей. Каждое государство, в силу своего суверенитета, могло бы, по-видимому, в пределах своей территории допускать применение только своих законов, но на практике все культурные государства признают у себя, в силу юридической необходимости, действие иностранных законов. Если нельзя требовать, чтобы наши законы соблюдались за границей людьми, которые вовсе не рассчитывали когда-либо иметь с ними дело, то уже по этой причине необходимо признавать иностранные законы. Иначе отношения, законно возникшие за границей, должны бы считаться незаконными у нас: супруги — незаконно сожительствующими, законные дети — незаконными, долги — ничтожными, договоры — не обязательными и т.д.»¹

Поскольку международные отношения, как и регулирующее их право, подвержены постоянному изменению, возникающему исключительно как продукт диалектического развития, международное частное право, равно как и право вообще, в том числе и международное публичное право, следует изучать непременно в тесной увязке с эволюцией самих отношений, образующих основу права, т.е. в данном случае международных отношений в рамках гражданского оборота.

В этом смысле, как показывает история, международное частное право в разные эпохи воспринималось обществом по-разному. В период своего зарождения, а именно этапа проецирования римского права на цивилистические отношения «с международными характеристиками», т.е. выходящие за рамки одной государственно-правовой общности, на протяжении весьма длительного периода международное частное право, несомненно, квалифицировалось как материальное право. Затем, как представляется, в результате опосредствования в институте монаршей власти всех ветвей власти, особенно в эпоху абсолютизма, когда сюзерен единолично вершил и законотворчество и правоприменение, в МЧП стали более проявляться процессуальные аспекты. Особенно такой его характер стал преобладать в силу исторических и национальных характерных черт в странах «общего права».

В русской действительности XIX — начала XX в. МЧП трактовалось как обращенное в процессуальную сферу. В современную эпоху в государствах мира в зависимости от опыта прошлых времен и пройденных обществами путей в части выработки определенных идейных представлений, доминирующих в них, существуют различные подходы к МЧП, учитывающие как его материальную природу, так и процессуальные составляющие.

Эволюции подверглась также и квалификация принадлежности МЧП к внутригосударственной (национально-правовой) или международной системам права, т.е. его правовая природа. Скажем, начальным этапам развития международного частного права свойствен международно-правовой

¹ Энциклопедический словарь. Брокгаузъ и Ефронъ. СПб., 1896. Т. 36. С. 922 – 923.

«уклон», который проявлялся, например, в высоком авторитете такого начала, как *comitas gentium* – международная вежливость. Его роль в некоторых государствах (Англия, США, Голландия) сохранялась вплоть до XX в. В дальнейшем более отчетливым становится внутригосударственно-правовой взгляд на характер МЧП. И. Нибуайе, который считается приверженцем международно-правовой концепции МЧП, полагал, что нормы международного частного права, имеющие целью разграничение сферы действия законов в пространстве, основываются на суверенитете государств, а значит, должны относиться к публичному праву, и защищал тезис о публично-правовом характере МЧП в рамках национального права.

Французский исследователь МЧП А. Батиффоль пишет, что в международном публичном праве, так же как и в международном частном праве, «каждое государство в значительной степени самостоятельно определяет то, что оно считает международным правопорядком», но его определение «может остаться мертвой буквой, если оно никем не поддерживается или противоречит определению более сильного соседа».

Современный алжирский автор М.Иссад усматривает внутригосударственную природу МЧП в том, что нормы международного правопорядка, которые адресованы частным лицам, физическим или юридическим, и составляют нормы международного частного права. Поскольку все эти лица имеют гражданство или государственную принадлежность, именно правовые нормы государства объединены в международное частное право, и суды этих государств налагают санкции за их неисполнение. Существует судебная практика и нормы алжирского, французского, американского международного частного права, которые значительно отличаются друг от друга. Здесь речь идет уже не о международном праве, а о внутригосударственном (национальном) праве.² Проводя ту же мысль о внутригосударственной природе МЧП, М.Иссад уточняет: «Международное частное право, таким образом, предстает как проекция с необходимыми изменениями внутреннего права на международную плоскость»³.

Однако дело в том, что международное право также существует как соответствующая проекция внутригосударственных подходов, интересов и потребностей. Таким образом, отражение внутригосударственной сферы в международном праве (и наоборот) есть действующая закономерность взаимодействия национального и международного права, но оно не определяет природы ни того ни другого. В свете этого делать вывод о природе международного частного права, основываясь на данном тезисе, не вполне оправданно.

Еще одной областью дискуссий и неоднозначных суждений применительно к международному частному праву является определение характера его норм, а следовательно, и сущности самого МЧП. Главное противостояние образовывали сторонники публично-правовой и, соответственно, частноправовой природы МЧП. Коллизионные нормы и нормы о конфликте юрисдикции, по мнению приверженцев публично-правовой теории, считаются нормами публичного характера, поскольку в первом случае речь идет о нормах, вытекающих из суверенитета, являющих собой категорию публичного права, а во втором — конфликты юрисдикций отражают процессуальное право, которое, в свою очередь, выступает отраслью публичного права. Те же коллизионные нормы берутся за основу при анализе частноправового характера МЧП сторонниками другой концепции, и делаются прямо противоположные выводы. Кстати сказать, вышеприведенное высказывание М.И. Бруна всецело и весьма наглядно, подтверждает и посылки, и сами выводы, к которым приходили на основе анализа коллизионных норм сторонники частноправовой природы МЧП.

Современный этап развития мира, международных отношений и соответствующих им идейных воззрений принес новые теории, касающиеся природы МЧП. В середине 80-х гг. XX в. особенно отчетливо прозвучала точка зрения относительно «полисистемной комплексности» международного частного права, выраженная в работах отечественных авторов: сначала русского ученого-правоведа А.Н. Макарова, а впоследствии, в середине 80-х гг., советского международника Р.А. Мюллерсона (см. гл. 7). Некоторую вариацию в этом плане представляет

² *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 8—9.

³ Там же. С. 9.

окончательное суждение М.Иссада, сформулированное им после тщательного анализа правовой природы МЧП и с той и с другой стороны, т.е. с позиций внутригосударственного и международного права. В частности, он пришел к весьма оригинальному заключению: «...следует опасаться классических схем и желания любой ценой включить международное частное право в ту или другую отрасль... Учитывая вышесказанное, можно указать на необыкновенность, нежелательность и сомнительную полезность включения международного частного права в одну из двух названных отраслей. Принимая во внимание его эклектический характер, заимствование из различных отраслей, учитывая национальные интересы, а также требования современного международного правопорядка, можно охарактеризовать международное частное право как «категорию *sui generis*» или «как самостоятельную отрасль».⁴ Оставляя в стороне некоторые неточности юридического порядка (например, устойчивое отнесение автором международного права, т.е. международного публичного права, к «отрасли»), а также не совсем ясный знак равенства, который очевидно поставлен в высказывании данного автора между категорией «*sui generis*» и «самостоятельной отраслью», необходимо констатировать, что по своей сути эта позиция, пожалуй, представляет собой все же больше «комплексный» взгляд, чем таковой, отстаивающий «юридическую чистоту» МЧП как отрасли. Однако и та и другая концепции, бесспорно, имеют право на существование.

Одной из фундаментальных идей выдающегося российского ученого немецкого происхождения, исследователя международного публичного и международного частного права Фридриха Фромгольда (Федора Федоровича) Мартенса был вывод о том, что международные отношения и соответствующее им международное право развиваются не хаотично, а подчиняясь своим внутренним законам, и задача науки международного права состоит в том, чтобы выявить эти закономерности, а не создавать искусственные системы, не имеющие опоры в действительной жизни.⁵ Представляется, что подобное суждение как нельзя более точно применимо и для международного частного права. Фундамент международного частного права, аналогичным порядком образуемый международными отношениями, хотя и несколько иного характера, столь же определяющим образом воздействует на развитие его норм, институтов и права в целом, как и в международном публичном праве. Однако в этой области пренебрежение учетом объективных закономерностей, выступающим в качестве препятствия естественного порядка для сооружения искусственных конструкций, сказывается менее ощутимо, чем в публичном праве, ввиду явно меньшей масштабности регулируемых отношений (ср.: публично-правовые, властные отношения между суверенами и цивилистические отношения частноправового характера) и обусловливаемых этим результатов. Однако указанное не делает менее опасными в МЧП явления оторванности права от действительной жизни. В этой связи хотелось бы выразить оптимизм при взгляде на будущее науки международного частного права, свободное от субъективизма и «социального» или любого вида заказа, основывающееся на черпании и усвоении всего позитивного богатства прошлого развития.

Несмотря на то, что цитируемый автор известен в науке права более как международник-публичник, хотя и посвятил часть своих исследований также и МЧП, тем не менее ряд высказанных им положений как нельзя лучше корреспондируют современному состоянию и задачам науки и практики международного частного права, вследствие чего представляется небесполезным обращение к его трудам. Весьма созвучен сегодняшнему времени выведенный им закон — неуклонно и непреодолимо растущая потребность народов во взаимном общении и подверженность на этой основе изменениям международных отношений, а следовательно, условий их осуществления, а также и принципов (начал) права, обязательная сила которых была первоначально признана народами и государствами.

Его призыв, обращаясь к прошлому, не забывать устремляться в будущее, актуален и сейчас: «...мы склонны изучать и обращать исключительное внимание на прошлое, забывая, что и

⁴ Иссад М.. Указ. соч. С. 12, 13.

⁵ См.: Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов. СПб., изд. 3-е, 1895. Т. 1. С. 178.

будущее имеет свои права. Но такое направление не может продолжаться; оно противоречит основному закону развития культуры и современной цивилизации. Этот же закон есть закон прогресса, поступательного и неуклонного развития человека, общества, государства и международной жизни. Развитие не может заключаться в возвращении вспять... оно невозможно при отсутствии прав и порядка. Прогресс мыслим только в поступательном движении вперед: его цель и идеалы в будущем».⁶ Думается, что эти идеи не носят сиюминутного характера для целей развития международного частного права и могут быть в нем реализованы.

Контрольные вопросы:

1. Неизменны ли на протяжении истории взгляды на природу МЧП и каковы они?
2. В чем основное отличие современных концепций МЧП от таковых прошлых лет?
3. Каковы взаимосвязи между международным частным правом и международными отношениями? Возможны ли на основе их изучения прогнозы развития МЧП?

⁶ См.: *Мартенс Ф.Ф.* Восточная война и Брюссельская конференция. СПб., 1879. С. 41.

Глава 2. История возникновения и развитие доктрины международного частного права

Литература: *Брокгауз* и *Ефрон*. Энциклопедический словарь. СПб., 1896. Т. 36; *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного частного права в России. М., 1958; *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 20—28; *Луц Л.А.* Международное частное право. М., 1970. С. 104—135; *Садиков О.Н.* Развитие советской науки международного частного права//Ученые записки ВНИИСЗ. 1971. Вып. 23. С. 78—90; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 32—76, 77—83; *Кудряшов С.М.* Страницы истории: Николай Павлович Иванов (зарождение науки международного частного права в России)//Московский журнал международного права. 1994. № 4; *Маковский А.Л.* Новый этап в развитии международного частного права в России//Журнал российского права. 1997. № 1; *Богуславский М.М.* Международное частное право. М., 1998; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 34—39.

§ 1. История развития МЧП в XIII — XX вв.

Предпосылки зарождения международного частного права. Ведя речь об историческом отрезке времени в развитии человеческого общества, когда могло зародиться МЧП, необходимо прежде всего строго обозначить те материальные предпосылки, которые подготовили и обусловили его появление и дальнейшее развитие. Поскольку главным специфическим признаком МЧП выступает коллизия права, т.е. вопрос о том, какой из двух или нескольких правопорядков должен квалифицироваться в качестве решающего (компетентного) применительно к конкретному отношению, соответствующим условием его существования является наличие множества государственно-правовых образований. Кроме того, правовые системы, существующие в них, должны также характеризоваться различиями. При этом рассматриваемые общности должны вступать в многообразные и отнюдь не единичные контакты между собой — вести торговлю, обмен, осуществлять мореплавание и т.д.

Следовательно, совпадение на определенном этапе всех указанных факторов и будет образовывать соответствующую основу для возникновения МЧП. Безусловно, наиболее развернуто подобные предпосылки создались и раскрылись в период становления буржуазного общества и развития капитализма. В эпоху феодализма с его автаркическим укладом возможностей для появления и укрепления МЧП было слишком мало. Однако еще в рабовладельческом обществе (Афинах, других городах-государствах) античные государства заключали договоры — изополитии, в силу которых иностранным купцам предоставлялись определенные права наравне с местными гражданами.

В Римской империи наряду с категорией собственно граждан — римлян, подчинявшихся римскому праву (*jus civile*) имелся и другой разряд лиц — перегрины, на которых римское право не распространялось, но отношения которых регулировались особой совокупностью правовых норм, создаваемых преторами, — *jus gentium*. Между *jus civile* и *jus gentium* не имелось переплетения, не возникало коллизий, ибо они сосуществовали как две самостоятельные системы материальных норм, каждая со своей сферой действия, субъектами и объектом регулирования.

При регулировании конкретных общественных отношений система права Рима исходила из того, что она является единственной системой правовых норм. Существование иностранного права ею только декларировалось. В частности, в Дигестах Юстиниана существовало положение о том, что каждый народ устанавливает себе право («Институции» Гая — Дигесты 1.1.9). В качестве обоснования своего игнорирования иностранного права римские ученые выдвигали тезис о превосходстве римского права. Цицерон говорил: «Предки наши оказались выше всех народов государственной мудростью; достаточно сравнить наши законы с их Ликургом, Драконом,

Солоном. Нельзя даже поверить, насколько беспорядочно — прямо-таки до смешного! — гражданское право всех народов, кроме нашего»⁷. Вот почему с периодом рабовладения мы не связываем ни объективное право, ни доктрину МЧП.

Впервые о предтече международного частного права стало возможным говорить в средние века, на грани XIII в., когда в связи с интенсивным развитием торговли между городами-государствами Северной Италии — Ломбардии (Генуя, Болонья, Пиза, Падуа и т.д.), приведшим к зачаткам развития буржуазных отношений, настоятельного разрешения требовал вопрос, какому закону подчиняется лицо (купец), находящееся в другом городе-коммуне, т.е. о пределах действия каждого городского статута. Таким образом, именно на этой стадии происходит процесс всемерного развития и умножения всевозможных контактов между различными общностями, а кроме того, начинает приспосабливаться к нуждам активного международного общения старое римское право, в котором усматривался «писанный разум», абсолютный характер и на которое затем возлагалась задача стать системой, пригодной для достижения универсализма и в условиях буржуазного общества.

Глоссаторы и постглоссаторы. Приспособление и адаптация римского права к новым общественным отношениям шли доктринальным путем. Так, в XI—XIII вв. в итальянских университетах активно изучалось римское право, при этом средневековые профессора, стремившиеся по любому вопросу права, в том числе и коллизионному, найти в нем ответ, писали заметки к Кодексу Юстиниана — глоссы. Первый закон первой книги *Corpus juris civilis* содержал положение из Конституции Грациана, Валентиниана и Феодосия (380 г.): «Мы желаем, чтобы все народы, управляемые властью нашей милости, пребывали в той вере, которую божественный апостол Петр передал римлянам». Данное положение составило предмет глоссы, вошедшей в историю, именно историю МЧП, как «глосса Аккурсия» (1228 г.). Глоссатор задавался коллизионным вопросом: а может ли гражданин Болоньи, прибывший в Модену, быть судим по законам Модены? И отвечал: нет, не может, поскольку, как следует из нормы Конституции, «по мысли императоров, закон обязателен для тех народов, которыми они правят, и необязателен для тех, кто им не подвластен». Следовательно, болонский гражданин не подчиняется статуту Модены. Действие последнего ограничивается пределами Модены.

Школа глоссаторов сменилась течением постглоссаторов (комментаторов), которые, не удовлетворяясь глоссами, снабжали римские источники права более пространными своими комментариями (XIV—XVI вв.). Такие вопросы коллизии права различных общностей, как форма договора, действие статутов в области наследования по закону и по завещанию, брачно-семейных отношений и т.д., впервые получили свое разрешение в комментариях Бартола (1314—1357 гг.) и Бальда (1327—1400 гг.). Однако искусственно привязываемые жизненные ситуации к текстам римского права, в котором не существовало даже предпосылок для коллизионных аспектов, попытки извлечь из его недр рецепты для ситуаций, абсолютно неизвестных римскому праву, не могли дать подтверждение идеям комментаторов и привести к положительным решениям, идущим в ногу со временем.

Статутарии. Следующий этап в развитии международного частного права связывается с деятельностью представителей новой его школы — *статутариев* (XVI—XVIII вв.). Рождение данного течения обусловлено феодальной раздробленностью некоторых тогдашних европейских государств (Франции, Италии). Действовавшие в них провинциальные системы права именовались кутюмами (от фр. *coutume* — обычай). Французский юрист Аржантрэ (1519—1590 гг.), изучая их, распределил законы (статуты) по категориям: вещных, или реальных, и личных, или персональных. К числу первых он отнес те статуты, которыми определялось, например, установление права собственности, особенно недвижимости. Персональные же статуты отвечали на вопрос о дееспособности (брачном возрасте, способности заключать сделки и т.д.). Характер статута позволял установить и сферу его действия: реальные статуты, связанные с территорией, действуют в ее пределах, персональные же — «следуют за лицом» даже при его переезде на

⁷ Цит. по: Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984. С. 21.

другую территорию. Поскольку не все статуты могут быть распределены по категориям согласно указанным критериям (скажем, в какой класс отнести закон, определяющий форму сделки?) Аржантрэ предложил и еще одну разновидность — *смешанных* статутов. Приверженцы (современник Аржантрэ — Дюмулен) и последователи французской школы статутариев рассматриваемого периода особое внимание уделяли реальным статутам, что объективно соответствовало социально-экономической обстановке — еще не разрушенного феодального уклада, в котором недвижимости являлись центральным институтом. Наряду с этим Дюмулен, например, ввел некоторые поправки в теорию Аржантрэ, существенно ее развил, особенно в том, что касается сделок. В частности, с именем Дюмулена мы связываем институт «автономии воли сторон».

Представители голландской школы статутариев [Павел Вут (1619—1677 гг.), его сын Йоханнес Вут (1647—1714 гг.)], «вышедшие на сцену» МЧП, как видно, позднее, не отвергали значение реальных статутов, однако уделяли внимание также и персональным статутам, особенно статутам разных территорий. Коллизии между последними в процессе интенсифицировавшейся в тот период международной торговли отличались особой остротой. Голландская школа статутариев в силу этого подчеркивала территориальный характер права, в силу чего действие персональных статутов в пределах другой территории допускалось ими исключительно в интересах торговли на основе «международной вежливости» (*comitas gentium*).

В дальнейшем с победой буржуазных революций в Европе рост значения и расширение сферы действия персонального статута шли рука об руку с изменением положения иностранца — от полностью бесправного до наделения соответствующими правомочиями, обусловленными, скажем, интересами международного оборота, и до закрепления равенства, за некоторыми изъятиями, с национальными гражданами (подданными). Французские статутарии XVII—XVIII вв. (Буйе, 1673—1746 гг.), для которых более важное значение имели внутрисударственные коллизии, т.е. такие, которые проистекали из положения, обусловленного различиями между гражданско-правовыми системами отдельных территорий внутри одного и того же государства и свойственного в тот период Франции, провозглашали большую силу действия персональных статутов. Буйе объявлял даже примат персонального статута при сомнениях в случаях смешанных статутов, полагая, что именно персональный статут следует предпочесть любому другому. В тот период персональный статут был основан на критерии постоянного места жительства лица и в условиях раздробленности единственный обеспечивал связь лица с соответствующей правовой системой, посредством которой можно было определить его правовое положение.

Учение статутариев XVIII в. оказало значительное влияние на формулирование некоторых положений Кодекса Наполеона 1804 г.: «Полицейские законы и законы безопасности обязательны для всех проживающих на территории... Законы, касающиеся гражданского состояния и право-, дееспособности лиц, обязывают французов даже тогда, когда они проживают в иностранных государствах» (ст. 3). В результате буржуазной революции, устранившей территориальные расхождения и установившей единый правопорядок во Франции, критерий домициля был заменен на принцип гражданства. Вместе с его укреплением происходило и улучшение правового положения иностранцев (см. ст. 11 Кодекса Наполеона), права которых хотя и с оговорками, но постепенно начали признаваться не только в торговых отношениях, как это было ранее.

Территориальная доктрина. С расширением сферы международных хозяйственных связей, особенно с развитием капиталистических производственных отношений в Северной Америке, доктрина международного частного права осуществляла поступательное движение вперед не только за счет обогащения новыми решениями, но также благодаря обращению к прошлому и возрождению либо обновлению старых постулатов. Теоретическая мысль в англо-американских странах ввиду существенных различий в праве входящих в их состав территорий (отдельных штатов в Североамериканских штатах, Шотландии и Уэльса, а также зависимых территорий Англии и др.) в межгосударственных, а не внутритерриториальных (межобластных) коллизиях, разрешение которых характеризуется иными механизмами и правилами, нежели в ситуациях межобластных коллизий, исходила из начала территориальности, т.е. подчиняла местной юрисдикции все, что происходит в пределах данной территории. Применение иностранного закона

допускается и оправдывается на основе лишь принципа «международной вежливости». Тем самым, как видно, реанимировались постулаты голландской школы статутариев XVII в.

Американская доктрина рассматриваемого периода замечательна прежде всего тем, что именно в этот момент истории МЧП Джозеф Стори (1779—1845 гг.) предложил нынешнюю формулировку его наименования, получившую распространение практически во всем мире, — «международное частное право».

Доктрина международно-правовой общности. Со второй половины XIX в. две школы спорят о теоретических основаниях международного частного права. Одна из них, доминировавшая в немецкой литературе, базировалась на взглядах Ф.К. фон Савиньи и частных поправках к ним. В фундаментальном труде «Система современного римского права» получило отражение его учение «о пространственных границах власти правовых норм над правоотношениями» (т. VIII, 1849), которым он предложил совершенно новую теорию коллизионного права, отвергнув статутарную теорию и деление статутов на реальные и персональные. Савиньи находил, что для определения того, какой из территориальных законов должен быть применен, нужно исследовать природу данного отношения и выяснить, в какой юридической сфере оно пребывает (*seinen Sitz*), т.е. с каким из право порядков связано данное правоотношение основополагающим образом. Если это начало приводит к иностранному закону, применяется последний, и местный закон тем самым уступает ему свое место. Другими словами, Савиньи исходит не из раздельности территориальных законов, а из образования ими международно-правовой общности. Если же окажется, что сферой является иностранное право, необходимо уточнить, не столкнется ли его применение с нормами так называемых принудительных законов данной страны, которые имеют «экономическое основание и стремятся к нравственному и общественному благосостоянию». В этом смысле оправдание неприменения иностранного права перекликается с обоснованием, заключенным в оговорке о «публичном порядке» (подробнее об этом см. гл. 12), хотя и следует в данном случае всемерно подчеркнуть, что категория «принудительных законов» Савиньи не совпадает с категорией «публичного порядка», первоначально принятого во французском праве.

Впоследствии другой немецкий автор, К. фон Бар, корректируя выкладки Савиньи, уточнил, что выяснению юридической сферы отношений должно предшествовать изучение фактического соотношения лиц и вещей с территорией и целями территориальных законов. Категория же соответствия экономической «канве» принудительных законов слишком неопределенна, поскольку многие нормы, имеющие таковую (например, законы о наследовании), очень часто уступают свое место иностранному праву. Вследствие этого, по Бару, более правильно говорить о неприменении иностранных законов, если они противоречат нравственности или если это прямо запрещено местным (территориальным) законом. Таким образом, данная доктрина, объясняющая применение иностранных законов как основу МЧП, исходит не из начала территориальности, а из концепции международно-правовой общности. Воззрения Савиньи и фон Бара были поддержаны в Голландии Ассером, в Англии и Америке Вестлэйком и Вартоном. Эта концепция, воплотившая в себе идеи свободного развития капитализма, была воспринята в законодательстве многих стран 60-х гг. XIX в., оказала исключительное влияние на судебную практику, но оказалась невостребованной Германским гражданским уложением (1896 г.), ибо теория международно-правовой общности и требования монополистического развития капитализма, милитаризации и поляризации государств не соответствовали друг другу.

Национальная доктрина. Второй теорией, господствовавшей в науке международного частного права в рассматриваемый период, т.е. начиная со второй половины XIX столетия, была «национальная» доктрина итальянского юриста и известного государственного деятеля П. Манчини (1817—1888 гг.). В вышедшем в 1851 г. труде «О национальности как основании международного права» Манчини подчеркнул значение для международного частного права национального закона, т.е. закона государства, к которому лицо принадлежит по своему гражданству. Применение национального закона является, по его мнению, общим правилом для разрешения коллизий. Частное право существует для пользы индивидов, и именно тех, для кого изданы соответствующие нормы. Частное право есть отражение национальности и ее конкретного представителя — личности. Оно сопутствует лицу, куда бы оно ни двинулось, «как кровь в жилах

и мозг в костях». Закон, определяющий совершеннолетие лица, есть результат национальных и культурных традиций и воззрений и потому необходимо следует за личностью. В принципе национальный закон всегда должен был бы применяться к иностранцу. Однако действие данного принципа сталкивается с рядом исключений. Во-первых, иностранный закон отступает перед местным публичным порядком. Во-вторых, в сделках автономия воли сторон делает невозможным регулирование отношения «национальным» правом, поскольку их по меньшей мере два. Притом в силу данного начала стороны могут избрать какой-либо иной правопорядок. В-третьих, форма сделок подчиняется не национальному праву, а закону места заключения сделки (*locus regit actum*). Эти изъятия как раз и подчеркивают слабость данной школы.

«Национальная» теория имела ряд последователей в различных государствах — Бельгии, Франции, в самой Италии и др. Хотя некоторые постулаты Савиньи и Манчини частично получили использование в других учениях (например, в теории «универсалистов», представителями которой были Диен и Фьоре в Италии, Ассер в Голландии, Лоран в Бельгии, Вейс, Одине и Сурвиль во Франции), а также в построениях «партикуляристов» (Анцилотти в Италии, Бартэна во Франции, Кана в Германии), они не стали ядром единой концепции международного частного права в конце XIX—начале XX в. «Универсалисты» стремились построить систему коллизионных норм, основываясь на международно-правовых началах, которые закономерно заставляли их ставить задачи унификации международного частного права. Унификационные устремления были связаны с объективными потребностями международного торгового оборота, что и проявилось в Гаагских конференциях. Партикуляристы же при решении вопросов международного частного права исходили только из начал местного правопорядка без учета элементов, связывающих правоотношение с международной жизнью. Основное различие между универсалистами и партикуляристами состояло в том, что первые считали необходимым разрешать проблемы международного характера международным путем, а вторые искали пути разрешения в собственном праве.

В дальнейшем развитие науки международного частного права осуществлялось обособленно в рамках отдельных стран. И.С. Перетерский называет следующие авторитетные фигуры из числа исследователей МЧП этого и последующих периодов: в Германии — Неймейер, Кан, Цительман, Франкенштейн, Валькер, Вольф, Нуссбаум, Рабель, от себя добавим более ранние имена — Савиньи, Бар, Штоббе, Нейбауэр, Менгер; во Франции — Валери, Пилье, Нибуайе, Армэнжон, Бартэн, Батиффоль, а также их предшественники: Броше, Вейс, Лоран (Бельгия); в Италии — Диен, Анцилотти, Кавальери, а также Фьоре, ранее — Фузинато и Стризовер, подвергнувшие критике теорию Манчини; в Соединенных Штатах Америки — Биль, Гудрич, Кун, вышеупомянутый Вестлэйк; в Англии — Дайси, Беллот, Бентвич, Чешир, Норт плюс ранее упомянутый в данном разделе Вартон; в Уругвае — Альфонсин. Особую роль в развитии науки международного частного права на стыке веков и позже играл голландский юрист Т. Ассер, посвятивший огромные усилия для организации, созыва и проведения Гаагских конференций по международному частному праву.

Российские ученые, внесшие вклад в науку МЧП, относящиеся к данному отрезку времени, т.е. к концу XIX столетия, это: Д.И. Мейер, изложивший в своих лекциях по гражданскому праву основные положения учения Савиньи о коллизиях законов, Н.П. Иванов («Основания частной международной юрисдикции», 1865 г.), введший в научный оборот российских правовых исследований сам термин «международное частное право», Ф.Ф. Мартенс («Международное право». Т. II. 1888 г.), М.И. Мыш («О праве наследования иностранцев в России», 1887 г.), Барковский («К вопросу о праве наследования иностранцев», 1888 г.), И.Е. Энгельман («Об исполнении иностранных судебных решений в России», Т. XI. 1884 г.) и др.

§ 2. Наука международного частного права в России

Помимо указанных в предыдущем разделе, к когорте маститых авторов, внесших свой вклад в развитие науки международного частного права в России, следует отнести русского цивилиста

К.И. Малышева, которому принадлежит учение о «межобластных коллизиях», актуальных для России того времени, а также исследование гражданского права штата Калифорния, штата Нью-Йорк и других восточных штатов в аспекте сравнительного правоведения с «общим правом» Англии, проведенное им в 1906 г.

Первое, по сути, произведение по международному частному праву в собственном смысле этого выражения, которым является упомянутый выше труд Н.П. Иванова, привлекает к себе внимание прежде всего созвучностью высказываемых в нем мыслей сегодняшнему времени. Так, автор пишет: «...законодательная власть государства может и даже обязана признавать в известных случаях, внутри своих территориальных пределов, силу иностранных законов — этого требует интерес взаимного общения наций», а «в случае коллизий между законами отдельных государств судья обязан поступать на основании своего отечественного закона», т.е. тех постановлений, которые прямо предписывают применить иностранный закон. Особое значение в развитии международного частного права Н.П. Иванов придавал международным договорам.

С именем Ф.Ф. Мартенса связаны не только наука и практика международного публичного права, в области которого для утверждения целей отхода его от права войны, в том числе и на Гаагских мирных конференциях, он так много сделал, но и международного частного права.

Вопросы международного частного права нашли отражение в «Общей части» первого тома двухтомного курса «Современное международное право цивилизованных народов», состоящей из 4 глав, которая включала наряду с прочим право международного общения (в том числе его организацию и органы), а также субъекты международного права и субъекты международных отношений. Именно в связи с рассмотрением последних Мартенс включил в круг исследования «права частных лиц в области международных отношений».

Исходя из идеи международного общения, под которым он понимал «свободный союз государств для достижения общими действиями полного развития своих сил и удовлетворения своих различных потребностей», Мартенс формулировал ряд важных для МЧП положений: 1) Признание прав, возникших под действием законов других государств, есть юридическая обязанность всех других субъектов международного права. 2) Каждый суд обязан применять право своей страны. Однако, допуская частноправовые отношения между своими и иностранными подданными, государство тем самым признает обязательность норм, регулирующих эти отношения. Следовательно, в это право входят не только законы, обычаи и судебные решения данного государства. Международное частное право есть действующее право каждого цивилизованного государства. 3) МЧП перестает действовать, когда нарушается публичный порядок страны. 4) Для предупреждения неопределенности в области международных отношений необходимо заключение международных договоров. Следует отметить, однако, что современники и более поздние исследователи МЧП (Т.М. Яблочков, А.Н. Макаров, А.Н. Мандельштам) неоднозначно и далеко не с позитивным единодушием оценивали вклад Ф.Ф. Мартенса в науку международного частного права.

Начало XX в. в российской науке МЧП знаменует выход работы профессора Одесского университета П.Е. Казанского «Введение в курс международного права»⁸; ранее им были изданы работы по международному праву: «Институт международного права» (1893); «Договорные реки» (1894). Наряду с наименованием «международное гражданское право», международное частное право, также используемое им в ряде случаев, включает, по представлениям автора, не только коллизионные, но и материальные нормы. П.Е. Казанский выделяет две задачи «международного гражданского права»: 1) создать всемирный гражданский оборот и обеспечить каждому лицу определенную совокупность прав; 2) определить, законы каких государств должны применяться к тем или другим отношениям между людьми.

В 1902 г. выходит в свет первое издание «Международного права» Ф. Листа, который снабжен полным очерком международного частного права, написанным АА. Пиленко — учеником Мартенса. Им же разработаны и теоретические проблемы общей части международного частного

⁸ См.: *Казанский П.Е.* Введение в курс международного права. Одесса, 1901; *Казанский П.Е.* Учебник международного права публичного и гражданского. Одесса, 1902.

права: *comitas gentium*, публичного порядка, отсылки⁹. В школу последователей и учеников Ф.Ф. Мартенса входят и такие имена, как Б.Э. Нольде, Л.А. Шалланд, А.Н. Мандельштам, исследования которых были посвящены в основном коллизионным вопросам международного частного права.

С именем М.И. Бруна связано развитие цивилистического, а не международно-правового направления науки МЧП, что объясняется во многом профессиональной сферой его практической деятельности — сперва помощника присяжного поверенного, затем присяжного поверенного, впоследствии профессора Коммерческого института в Москве. Перу Бруна принадлежат следующие работы: «Гражданское уложение для Германской империи», «Учение о государственном вмешательстве в гражданском праве» («Русская мысль»), ряд обзоров практики гражданского суда и иностранных законодательств в «Юридическом вестнике» 1886—1896 гг., статьи по международному частному праву в 1-ом издании «Энциклопедического словаря» Брокгауза и Ефрона (СПб., 1890), «Введение в международное частное право» (СПб., 1915). Исходя в целом из цивилистической концепции МЧП, М.И. Брун тем не менее высказал нетрадиционный взгляд на природу коллизионных норм (см. об этом в главе «Коллизионные нормы»). По его мнению, коллизионная норма содержит в себе императив, обращенный только к органам государственной власти, уполномоченным делать выбор между разноместными гражданскими законами. Посему коллизионная норма являлась для автора публично-правовой, она действует независимо от инициативы частных лиц. Таким образом, если коллизионная норма предписывает применить иностранное право, судья не может не применить его, каково бы ни было поведение заинтересованных лиц¹⁰. Впоследствии данный взгляд на природу коллизионных норм был в известной мере поддержан в советской науке международного частного и публичного права (А.М. Ладыженский, Е.Т. Усенко).

Будучи учеником Ф.Ф. Мартенса, другой представитель российской науки МЧП Б.Э. Нольде тем не менее в своем «Очерке международного частного права», помещенном в «Курсе международного права» Листа—Грабаря, обратил внимание на то, что «по большей части решения коллизий даются не международным правом, а внутренним правом отдельных государств». Касаясь неточности самого термина «международное частное право» в его существовании, он отмечает, что для того, чтобы это наименование было оправданным, необходимо, во-первых, «чтобы конфликты гражданских законодательств носили всегда международный характер» и, во-вторых, «чтобы решения коллизий давались международным правом в собственном смысле слова, т.е. международными договорами или обычаями, но никак не внутренним правом отдельных государств» (с. 463, 465).

Таким образом, российская доктрина международного частного права изначально была представлена двумя школами: международно-правовой (Н.П. Иванов, Н.М. Капустин, Ф.Ф. Мартенс, Б.Э. Нольде, П.Е. Казанский, А.А. Пиленко, А.Н. Мандельштам, М.А. Плоткин, В.Э. Грабарь, затем С.Б. Крылов, А.М. Ладыженский, М.С. Строгович и др.) и цивилистической (Д.И. Мейер, Т.М. Яблочков, К. И. Малышев, Г.Ф. Шершеневич и др.), причем международно-правовая школа доминировала. Отмечая состояние дел в науке международного частного права России сегодня, В.П. Звеков констатирует обратное — преобладание цивилистических воззрений¹¹.

К сожалению, подобное суждение нельзя назвать расходящимся с действительностью. Однако вряд ли стоит забывать возражения того же П.Е. Казанского тем, кто хочет международное частное право «ограничить только столкновением *гражданских законов разных государств*»: «Куда же поместить в таком случае те постановления *договоров и обычаи, которые устанавливают общеобязательные начала* (курсив мой — Л.А.) гражданско-правового значения?»¹² Думается, здесь заключается большее, нежели вопрос о необходимости более широкой трактовки нормативного состава международного частного права, как это представляется на первый взгляд. Кроме того, и цивилисты того времени не только осознают

⁹ См.: Пиленко А.А. «Очерки по систематике международного частного права». СПб., 1911.

¹⁰ См.: Брун М.И. Введение в международное частное право. С. 78—79.

¹¹ См.: Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 36.

¹² Казанский П.Е. Учебник международного права. Одесса, 1904. С. 505, 506.

нетождественность международного частного (международного торгового) права праву гражданскому, но и подчеркивают элементы сущностных отличий. Так, Г.Ф. Шершеневич, отмечая вследствие усилившихся взаимных экономических связей государств возникновение международного торгового права, определяет последнее как «регулирующее, с одной стороны, отношения по торговле одного государства к другому и отношения каждого из них к подданным другого (торговые трактаты), с другой — взаимные отношения подданных разных государств как частных лиц. Отсюда видно, — заключает автор, — что международное торговое право отличается смешанным характером — отчасти публичным, отчасти частным. Торговые отношения наряду с гражданскими дают главное содержание частному международному праву, хотя и не исчерпывают его вполне»¹³. Приведенные суждения со всей очевидностью доказывают, что именно та часть международного частного права, которая не исчерпывается гражданскими отношениями, т.е. обусловленная международным их характером, имела в виду и «международниками», и «цивилистами» прошлых времен, но самая суть ее по большому счету игнорируется современными сторонниками цивилистического подхода к международному частному праву.

В дальнейшем, при непосредственном рассмотрении объекта регулирования, методов регулирования, нормативного состава современного международного частного права мы волею-неволей должны будем касаться взглядов как более поздних представителей отечественной науки международного частного права, которая состоит из доктрины, называемой ныне «советской» школой, т.е. относящейся к периоду существования СССР, так и собственно российских (т.е. работающих в настоящее время в Российской Федерации) исследователей МЧП. В данном же разделе представлялось важным, отмечая вклад в развитие мировой науки МЧП ученых Российской империи, проследить основные тенденции в первоначальных подходах к трактовке юридической природы и места международного частного права в системе правовых отраслей и научных дисциплин.

Контрольные вопросы:

1. Каковы главные предпосылки для возникновения и формирования международного частного права?
2. Каковы основные этапы развития МЧП в XIII—XX в.?
3. Глоссаторы и комментаторы в истории развития международного частного права.
4. В чем заключается содержание теории статутов? Кто являлся ведущими ее представителями в различных странах мира?
5. Каковы концепции, формировавшие суть территориальной доктрины МЧП? Ее основные представители.
6. В чем состоят основные положения теории международно-правовой общности.
7. «Национальная» теория: основоположники и последователи.
8. В чем выражаются достижения дореволюционной российской науки международного частного права?

¹³ Шершеневич Г.Ф. Учебник торгового права. М., 1994. С. 27—28.

Глава 3. Современные глобальные тенденции развития международного частного права

Литература: Проблемы современного международного частного права. М., 1988; Лукашук И.И. Международное право в судах государств. М., 1993; Он же. Международное право. Общая часть. М., 1996; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994; *Koppenol-Laforce M. et als. International contracts. Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private international law.* L., 1996; *Eliotte C. and Quinn F. English legal system.* L., 1997; Энциклопедический юридический словарь. М., 1998; Международное публичное право. Учебник. М., 1998; Казаков А.А. Проблемы систематизации российского законодательства о международном частном праве//Московский журнал международного права. 1999, № 2/34. С. 79—89; Богуславский М.М. Международное частное право. Учебник. М., 2000; Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М., 1999.

Международное частное право, как следует из предшествующего изложения, насчитывает весьма длительную историю своего развития. Однако возникает вопрос: всегда ли данная система норм была подвержена воздействию одних и тех же (либо сходных) факторов и в своем поступательном движении характеризовалось наличием аналогичных определяющих тенденций? Отличается ли указанное сегодняшнее от прошлого? И если отличается, то в чем и чем обусловлено появление таких отличий?

На каждый из этих вопросов, пожалуй, не ответишь одной фразой. Тем не менее ряд наиболее ярких «примет времени» в этом плане можно выделить. Каковы они? Во-первых, это усиление значения и практически ощущаемой регулирующей роли, которую играют международно-правовые источники, прежде всего международные договоры. Во-вторых, из данной констатации вытекает и другая тенденция — расширение сферы и укрепление такого явления, как унификация права посредством создания норм МЧП международно-правовым путем. В-третьих, все более набирает силу очевидная тенденция национально-правовой систематизации и кодификации норм международного частного в отдельных государствах. Наиболее отчетливо эта особенность современного развития МЧП прослеживается в практике европейских государств.

§ 1. Взаимодействие международного публичного и международного частного права. Роль международных договоров в развитии МЧП

Международное частное право исторически «шло рука об руку» с международным публичным правом. Некоторые мыслители прошлого даже не всегда разделяли их, и тем более не противопоставляли. В частности, в классическом труде Гуго Гречия «О праве войны и мира» исследовались многие вопросы, которые нынешними теоретиками рассматриваются в работах по международному частному праву (право собственности, вопросы семейного права и заключения брака, наследования, обязательственного права, общих правил толкования юридических актов вообще и т.д.). Не случайно, что ныне идея взаимодействия международного публичного и международного частного права на фоне отмеченных выше факторов выступает, пожалуй, в качестве краеугольной тенденции. Думается, в этом нет преувеличения.

«Идейное», концептуальное» взаимное влияние и проникновение, наблюдаемое во взаимодействии международного и внутригосударственного права, о котором издавна говорилось в науке и практике межгосударственных отношений, равно как и в теории международного права, в реальной действительности XX века подкрепляется прямой рецепцией, отсылкой или инкорпорацией норм международных договоров в международное частное право некоторых стран, в их внутригосударственное право. Подобного рода примером служит включение рядом государств в акты национального права международных конвенций как таковых целиком, без изменений (ФРГ — Гагской конвенции о коллизии законов в отношении формы завещаний от 5 октября 1961 г., Гагской конвенции о праве, применимом к алиментным обязательствам, от 2 октября 1973 г., Римской конвенции о праве, применимом к обязательствам, от 19 июня 1980 г.,

Индией — Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений от 10 июня 1958 г., Женевского протокола об арбитражной оговорке от 24 сентября 1923 г., Женевской конвенции об исполнении иностранных арбитражных решений от 26 сентября 1927 г., Англией — Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (равно как и другими странами-членами ЕС), и протоколов о присоединении к ней в Законе о договорах (о применимом праве) 1990 г., Швейцарией — Гаагской конвенции о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, от 4 мая 1971 г. путем отсылки в Законе о международном частном праве 1987 г., СССР — норм Женевской конвенции о Единообразном законе о переводном и простом векселе 1930 г. — в Положении о переводном и простом векселе, утвержденном ЦИК и СНК СССР 7 августа 1937 г. после присоединения СССР к вексельным конвенциям 25 ноября 1936 г., Федеральном законе РФ о переводном и простом векселе 1997 г. и т.д. Частичное рецепирование во внутреннем законе положений международных конвенций подтверждается также и правотворческой практикой Швейцарии, Закон о международном частном праве 1987 г. которой также использовал нормы Римской конвенции.

В этом, таким образом, проявляется принципиальное явление, свойственное развитию систем международного и внутригосударственного права, — их фактическое взаимодействие. Помимо этого, характерная черта взаимосвязи международной и национально-правовых систем выражается в том, что средства международного и внутригосударственного права используются комплексно, т.е. в сочетании друг с другом, о чем говорят как положения международных договоров, так и национальных актов.

К примеру, российское Положение «О государственном регулировании трансграничных перевозок опасных отходов» от 1 июля 1996 г. непосредственно в своем тексте устанавливает: «Действие настоящего Положения распространяется на все организации, осуществляющие экспорт, импорт, транзит, перевозки отходов, а также обращение с отходами (включая бытовые отходы и остатки их сжигания), представляющими угрозу для окружающей природной среды и здоровья людей и признанными опасными в соответствии с критериями, установленными Базельской конвенцией о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением... и законодательством Российской Федерации» (п. 2).

В установлении иерархии норм международного и национального права и разграничении порядка действия источников правового регулирования, которое встречается в самих актах и может осуществляться различными способами, в свою очередь проявляется тесная взаимосвязь и переплетение данных систем права. В частности, ст. 6 португальского Торгового кодекса 1888 г. устанавливает: «Все предписания настоящего Кодекса применяются к торговым отношениям с иностранцами, за исключением случаев, когда ... имеется международный договор, или специальная конвенция, иным образом регулирующие подобные отношения». А ст. 7 Гражданского кодекса РФ недвусмысленно закрепляет, что международные договоры Российской Федерации применяются к гражданско-правовым отношениям, упомянутым в соответствующих его положениях, непосредственно, кроме случаев, когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта». Правда, указание на «непосредственное применение международных договоров» не означает, что последние действуют «без участия национально-правовых актов вообще»¹⁴.

Во внутригосударственной правоприменительной сфере можно найти немало подтверждений практически осуществляемого взаимного влияния и взаимного воздействия друг на друга со стороны международного и внутригосударственного права. В частности, привлечение

¹⁴ Например, в Постановлении Правительства РФ от 1 июля 1996 г. № 766 «О государственном регулировании и контроле трансграничных перевозок опасных отходов» ясно указывается, что само Постановление и утвержденное на его основе Положение о государственном регулировании трансграничных перевозок опасных отходов приняты для целей выполнения обязательств Российской Федерации, вытекающих из Базельской конвенции о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением от 20—22 марта 1989 г., с учетом требований экологической безопасности.

международно-правовых норм и актов международных организаций нередко имеет место в деятельности Конституционного Суда РФ в процессе рассмотрения им запросов, жалоб граждан и других субъектов права. Так, при вынесении в 1998 г. Постановления по делу о проверке конституционности положений статей 2, 5 и 6 Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 г. «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное место жительства за пределы Российской Федерации», Конституционный Суд обосновывал наряду с прочим защиту конституционных прав и свобод граждан, к каковым относится и право на получение пенсий вне зависимости от места жительства следовательно, и в случаях их выезда за пределы РФ в целях постоянного проживания, посредством обращения к Резолюции ГА ООН от 4 декабря 1986 г.: «Неделимость и взаимосвязь экономических, социальных, культурных, гражданских и политических прав», закрепившей принцип, согласно которому развитие и защита одной категории прав никогда не могут служить предлогом или оправданием для освобождения государства от развития и защиты других прав». «Лишение гражданина права на получение назначенной ему трудовой пенсии в период постоянного проживания за рубежом не соответствует и ст. 4 Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах человека».¹⁵

Хотя объективные факты и позитивное право, как показано выше, говорят о «сосуществовании» международного публичного и частного права¹⁶, доктрина (не только западная, но и отечественная) иногда все же не отказывается от деления международников на «публичников» и «частников», равно как и самих договоров на таковые международного публичного и международного частного права. Вместе с тем подобное разграничение не может не вызвать возражений. Особенно ярко это противопоставление проявилось при анализе правоведами различных стран решения Международного Суда ООН по делу «Нидерланды против Швеции» (о применении Гаагской конвенции 1902 г. об опеке над несовершеннолетними). Судья Мореро Кинтана, затрагивая вопрос о соотношении рассматриваемых двух сфер права, писал: «Мы столкнулись с вторжением того, что может быть названо международным публичным правом, в вопрос о толковании международной конвенции. И именно Суд как юридический орган должен разрешить этот вопрос... Произошло превращение международного частного права в международное публичное право, что позволяет Суду осуществить свои полномочия»¹⁷.

На самом деле никакого «превращения» не происходит, поскольку международное соглашение в любом случае не прекращает быть договором международного права, даже если в его содержании находят отражение положения, в конечном итоге направленные на регулирование отношений между частноправовыми субъектами. Как представляется, данное высказывание по своей сути еще убедительнее подтверждает прямо противоположную мысль о том, что международный договор, унифицирующий коллизионные нормы (а именно таковым является Гаагская конвенция, примененная Международным Судом ООН в цитируемом деле), есть часть международного публичного права, вследствие чего Международный Суд может опереться на нее как на один из источников права, поименованных в ст. 38 Статута Международного Суда ООН.

Американский автор Э. Хамбро, касаясь проблемы юридической природы международных договоров по вопросам МЧП, подчеркивал: «Если договоры содержат коллизионные нормы (в данном случае необходимо оговориться, что международные договоры могут заключать в себе не только коллизионные, но и материально-правовые предписания, что в сегодняшней действительности имеет место гораздо чаще, чем создание коллизионных норм договорно-

¹⁵ Вестник Конституционного Суда РФ. 1998. № 5.

¹⁶ См.: *Wortley B.A.* The interaction of public and private international law today// *Recueil des cours. Acad. de droit intern. Leiden*, 1954. Т. 85. Р. 246—339; *Hambro E.* The relation between international law and conflict law// *Recueil des cours. Acad. de droit intern. Leiden*, 1962. Т. 105. Р. 1—68; *Maier H.* Extraterritorial Jurisdiction at a Crossroads: an Interaction between public and private international law// *American Journal of International Law*. 1982. Vol. 76, № 2. Р. 280—320; *Rigaux P.* Le droit international privé face au droit international// *Revue critique de droit international privé*. Р., 1976. Т. 66, № 1. Р. 261—299.

¹⁷ *International Court of Justice. Reports*. 1958. Р. 102.

правовым путем — *Л.А.*), эти нормы будут юридически действительными и обязательными для договаривающихся государств. Они будут составлять часть международного публичного права, или, другими словами, они будут формально международным правом, имеющим коллизионное содержание... Должно быть в равной степени ясно, что демаркационная линия между публичным и частным международным правом будет становиться менее значительной по мере того, как будет возрастать количество такого рода договоров».¹⁸

Пожалуй, не согласиться при этом с данным автором и его сторонниками можно только в одном: демаркационная линия между международным публичным и международным частным правом пролегает не на рубеже таких источников права, как международный договор или международный обычай, — и в том и в другом случаях они являются источником права как для МПП, так и для МЧП.

Второй же аспект высказывания Э. Хамбро полностью подкрепляется существующими в международной жизни последних десятилетий реалиями: значение международно-правовых соглашений (притом широкого субъектного состава) постоянно возрастает, а создание норм международного частного права как коллизионных, так и материально-правовых, если имеется в виду общее для многих стран регулирование каких-либо особенно значимых в данный момент общественных отношений, обеспечивается именно подобного рода источниками права. Достаточно назвать несколько примеров *универсальных* международных договоров (Венская конвенция о договорах международной купли-продажи от 11 апреля 1980 г., Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров от 22 декабря 1986 г., Конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле от 15 апреля 1991 г., Соглашение об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности (ТРИПС) от 15 декабря 1993 г., вступившее в силу с 1 января 1995 г., Гагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в области международного усыновления от 29 мая 1993 г., Международная конвенция о морских залогах и ипотеках от 6 мая 1993 г.), *региональных* (в рамках ЕС и ЕАСТ: Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, от 19 июня 1980 г., Конвенция о компетенции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам от 16 сентября 1988 г., заключенная в Лугано, Конвенция о процедурах несостоятельности от 25 сентября 1995 г.; Совета Европы: Европейская конвенция об обустройстве и предпринимательстве от 13 декабря 1995 г.; СНГ: Соглашение о сотрудничестве в области внешнеэкономической деятельности от 15 мая 1992 г., Соглашение о взаимном признании и регулировании отношений собственности от 9 октября 1992 г., Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г., Минская конвенция о правовой помощи и правоотношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., Протокол от 28 марта 1997 г. к Минской Конвенции, Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 22 марта 1992 г., Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств-участников Содружества от 6 марта 1998 г. и т.д.).

При всей привлекательности широкого международно-правового единообразного регулирования посредством разработки многосторонних соглашений, нельзя недооценивать важность такого инструмента в договорном механизме, как двусторонние договоры. Ни одна страна мира не может обойтись без межгосударственных соглашений для оформления своих международных связей. В аспекте международного частного права для целей определения правового положения физических и юридических лиц, а также международных организаций, имеющих местопребывание на территории соответствующих государств, особенно необходимы договоры о принципах торговых, экономических и производственных отношений в научной и научно-технической области, взаимном поощрении и защите капиталовложений, об устранении двойного налогообложения и др. Примечательно, что за сто лет количество заключаемых двусторонних договоров упомянутого рода возросло в тысячу раз: так, первое в истории такое соглашение об устранении двойного налогообложения доходов и имущества было заключено в

¹⁸ *Hambro E. Op. cit. P. 13, 14.*

1895 г. между Австро-Венгрией и Польшей, а ныне общее их число превысило 1000. При этом рассматриваемые соглашения заключаются не только между государствами,¹⁹ но и между государствами и международными организациями (например, Соглашение о предоставлении компенсации, связанной с налогообложением, между США и МОТ от 18 мая 1984 г.; Соглашение о предоставлении компенсации, связанной с налогообложением, между США и НАТО от 18 июля 1990 г., и т.д.). Несмотря на то, что с позиций правовой природы рассматриваемых соглашений многие авторы не считают их относящимися к системе средств регулирования международного частного права, отрицать их общее назначение, а именно: уточнение правового положения, в одной конкретной области — налогообложении — иностранных физических и юридических лиц, очевидно, было бы неверно. Следовательно, нельзя игнорировать и согласованные двумя государствами нормы, которые содержатся в таких договорах и единообразно решают до некоторой степени спорные в ряде случаев вопросы: кого из лиц, присутствующих на территории данных государств, считать «резидентами», что такое «представительство», каким сроком определяется период времени, по истечении которого лицо становится обязанным платить в данной юрисдикции налоги (становится налогоплательщиком), каковы принципы, объекты и субъекты налогообложения и т.д.

Сфера международно-правового регулирования в МЧП постоянно расширяется, а возникновение новых видов унифицирующих договоров становится закономерным и ординарным явлением. В тех же областях, в которых правовая регламентация соответствующих отношений достаточно давно осуществляется материально-правовыми либо коллизионными единообразными нормами, появляется необходимость выработки специальных положений, рассчитанных на применение к ранее не известным аспектам отношений. В частности, в области интеллектуальной собственности такие традиционные объекты исключительных прав, как фирменное наименование, коммерческое обозначение, товарный знак или знак обслуживания, особенно в случаях, когда они выражены словесно (логотипом), в современных условиях требуют не только адекватного внимания национальных законодателей (внутригосударственной регламентации), но и более детального урегулирования в широком международно-правовом масштабе с учетом существующего уровня развития компьютерных телекоммуникационных сетей, и в связи с этим надлежющего правового регулирования. В этом отношении весьма показателен пример недостаточности существующих правовых средств применительно к отношениям, связанным с киберпространством, что по-новому высветило проблему фирменных наименований и обозначений в связи с «электронными адресами». Понятно, что средств Парижской конвенции 1883 г. или иных существующих международно-правовых актов для этих целей порою недостаточно²⁰.

¹⁹ Достаточно назвать некоторые из числа заключенных ведущими странами Запада: Конвенцию между США и Канадой о налогообложении доходов и капиталов от 26 сентября 1980 г., Конвенцию между США и Барбадосом об избежании двойного налогообложения и предотвращения уклонения от налогообложения в отношении налогов на доходы и имущество от 31 декабря 1984 г., Конвенцию между США и Италией об избежании двойного налогообложения доходов и предотвращения уклонения от налогов от 17 апреля 1984 г., Конвенцию между США и Данией об избежании двойного налогообложения и предотвращения уклонения от налогов от 9 июля 1979 г., аналогичную Конвенцию между США и Бельгией от 9 июля 1970 г., Конвенцию между Соединенным Королевством Великобритании и Северной Ирландии и Новой Зеландией от 14 марта 1984 г., Конвенцию между США и Нидерландами от 12 сентября 1986 г., Соглашение между США и Багамскими островами от 26 июня 1987 г. о налогообложении операций с морскими и воздушными судами, Соглашение между США и Японией о налогообложении перевозок, осуществляемых морскими и воздушными судами, от 29 августа 1989 г., аналогичного характера Соглашение между США и Индией от 12 апреля 1989 г., Мексикой от 7 августа 1989 г., Маршалловыми островами от 5 декабря 1989 г., Конвенцию между США и ФРГ об избежании двойного налогообложения недвижимости, наследств и дарений от 3 декабря 1980 г. и др.

²⁰ Современная практика, в том числе и российская, в этом смысле предоставляет немало

§ 2. Унификация в международном частном праве как основная тенденция его совершенствования и развития

Другой важнейшей особенностью развития международного частного права, проявившей себя преимущественно в XX столетии, является приведение к единообразию его норм путем разработки и заключения унифицирующих международных соглашений. Вообще говоря унификация выступает закономерной тенденцией совершенствования и прогрессивного развития международного частного права, действие которой, как представляется, заложено в самой его сути. В принципе содержание предыдущего раздела достаточно очевидно свидетельствовало в том числе и об этом.

Однако унификация национально-правовых норм может осуществляться и в результате непрямого воздействия международной системы на международное частное право отдельных государств. Важным инструментом такого опосредствованного влияния на внутригосударственное правовое регулирование выступают акты рекомендательного характера, разрабатываемые международными организациями и их органами в различных областях.

Так, в рамках Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) подготовлен Типовой закон об авторском праве, предназначенный для облегчения национального правотворчества в этой сфере развивающихся стран. Трудно переоценить работу Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) по созданию и принятию в 1985 г. Типового закона о международном коммерческом арбитраже, взятого сегодня за основу при разработке национальных норм, касающихся данного института, многими государствами мира (Австралией, Бахрейном, Болгарией, Венгрией, Египтом, Зимбабве, Индией, Канадой, Кипром, Латвией, Эстонией, Литвой, Мексикой, Перу, Тунисом, Украиной, Финляндией, Чехией и др.), в том числе и РФ²¹. Столь же значимую роль в сфере международного коммерческого арбитража играют факультативные документы, разработанные в рамках ЮНСИТРАЛ и других международных органов и организаций, — единообразные арбитражные регламенты, которые в свою очередь могут составить как ориентир при разработке национально-правовых актов, так и применяться в конкретных процедурах третейского разбирательства.

Достаточно нередки случаи, когда во внутригосударственное право включаются нормы международных документов, специально предназначенных для инкорпорирования в национально-правовые системы. В частности, в целях внедрения международного стандарта в области безопасной эксплуатации судов и предотвращения загрязнений, Международной морской организацией был разработан

казусов. Так, адрес «coca-cola.ru» в настоящее время зарегистрирован на гражданина из Новосибирска. Адрес в «Интернет» «mercedes.ru» принадлежит фирме «Mediann». Представительство компании «Форд» в России также озадачено: известно, что была регистрация имени «ford.ru», но никто не предполагал, что она произведена не на имя владельца товарного знака «Форд». Аналогичны проблемы и Мосфильма, товарный знак которого зарегистрирован в СССР и РФ с 1936 г. Решив создать свою страницу в Интернете, киноконцерн «Мосфильм» обнаружил, что адрес mosfilm.ru уже зарегистрирован фирмой АВV. По этому адресу расположено объявление о переговорах фирмы с Мосфильмом и приеме заявок на рекламу (см.: Комсомольская правда. 14 мая 1999). В США некой тexasской компании, например, за возможность пользоваться своим же фирменным наименованием пришлось выложить 150 000 долл. США. В качестве адресов используют иногда даже названия своих конкурентов. Так, компания «Prinston Review», конкурировавшая в области издания учебных материалов с компанией «Stanley Kaplan Review», зарегистрировала в Интернете адрес «kaplan.com.» (см.: Trade Mark World. 1997. № 102. P. 28—33).

²¹ См.: Комиссия ООН по праву международной торговли. Тридцать вторая сессия. Нью-Йорк 17 мая — 4 июня 1999 г. Статус конвенций и типовых законов. Записка Секретариата (Distr. General. A/CN.9/462. 19 May 1999).

и рекомендован государством Резолюцией ИМО А.741 (18) от 4 ноября 1993 г. Международный кодекс по управлению безопасностью (МКУБ), который приказом Комитета РФ по рыболовству от 18 октября 1995 г. № 165 распространил свое действие на Российскую Федерацию. Следование Кодексу должно быть обеспечено всеми организациями и судами независимо от форм собственности.

Использование результатов косвенной унификации представляет собой один из актуальных ныне путей развития международного частного права. Достижение цели приведения к единообразному или сходному регулированию обеспечивается воспроизведением положений международно-правовых соглашений в нормах национального права тех стран, которые не участвуют в унифицирующих договорах. Так, косвенная унификация имела место, например, в случае, когда СССР, не будучи стороной Женевских чековых конвенций 1931 г., в Положении о чеках 1929 г. воспроизвел многие нормы Единообразного закона о чеках, являвшегося приложением к одной из указанных конвенций, а также и коллизионные предписания Конвенции о некоторых коллизиях законов, касающихся чеков, 1931 г., а затем то же самое применительно к чекам повторилось и в законодательной практике России (отражение конвенционных положений было осуществлено в нормах ГК РФ), положения Брюссельской конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., в которой СССР не участвовал, касавшиеся морской перевозки грузов под коносаментом, — в Кодексе торгового мореплавания СССР 1968 г., Конвенции о международном финансовом лизинге — в предписаниях Временного положения о лизинге от 29 июня 1995 г., Конвенции о международных факторных операциях — в нормах ГК РФ и др.

Из разряда мероприятий, направленных на достижение унификации в национальных гражданско-правовых предписаниях, рассчитанных на применение к отношениям, лежащим в сфере международного коммерческого, хозяйственного и гражданского оборота, активно используемых государствами в современную эпоху, следует назвать совместную разработку модельных законов. Подобный опыт известен и странам СНГ. В частности, Модельный гражданский кодекс, содержащий в своем составе и структурную часть, посвященную международному частному праву (причем именно с таким названием), который был разработан в исключительных целях облегчения национального правотворчества государств-участников Содружества, с одной стороны, и гармонизированного его осуществления, — с другой.

Исследуя наиболее ярко проявляющиеся современные тенденции развития международного частного права, несмотря на некоторую внешнюю противоречивость с общим смыслом названия главы, посвященной «глобальным тенденциям», стоит все же упомянуть и о том, что международное частное право в немалой степени развивается в региональных рамках, что иногда придает ему особую неповторимую специфику. К числу таких исключительных явлений надлежит отнести международное частное право как составляющую так называемого «права Сообществ» — «права Европейского Союза», о котором в последнее время достаточно много пишут и отечественные авторы²².

§ 3. Деятельность международных организаций в области унификации права

Как отмечалось в предшествующих разделах, процесс унификации — это феномен в правовой действительности, получивший развитие преимущественно в XX столетии. Различия в праве суверенных государств зачастую бывают весьма ощутимыми. Это касается не только тех стран, чье законодательство создавалось в принципиально отличающихся исторических и экономических условиях, но и таковых, которые обладают сходными характеристиками в некоторых отношениях.

²² См.: *Топорнин Б.Н.* Европейские сообщества: право и институты (динамика развития). М., 1992; *Основы права Европейского Союза. Учебное пособие.* (Под общей ред. С.Ю. Кашкина). М., 1997; *Бойцова Л.В.* Европейское образование и преподавание права ЕС//Московский журнал международного права. 1998, № 3. С. 215—229;

Более того, существуют примеры, когда в государствах действуют одни и те же акты, но практика их применения и толкования в корне расходится. Ярчайший пример подобного рода Франция и Бельгия, в которых регулирование гражданских отношений обеспечивается одним и тем же источником права — Кодексом Наполеона, но совпадения решений в конечном счете не наблюдается. Таким образом, гармонизация, сближение и унификация национального права являются весьма настоятельными задачами государств в целях ликвидации правовых барьеров для поступательного развития международной торговли, сотрудничества и производственного обмена.

Материально-правовые нормы, унифицированные международным договором, составляют ныне наиболее динамично развивающуюся часть международного частного права. Унификация как отдельное явление в истории МЧП идет из глубины веков. Однако в качестве глобального процесса, свойственного современному этапу развития международного частного права, связывается, как правило, с концом XIX — началом XX в. Именно в этот период разворачивается деятельность международных органов, приведшая к значительным результатам в области гармонизации и сближения законодательств ряда европейских и иных стран в определенных областях — брачно-семейного, патентного, авторского, а затем вексельного, чекового и других отраслей права.

С 1893 г. ведет свое начало деятельность Гаагских конференций по международному частному праву. Первыми результатами стали конвенции о браке и разводе 1902—1905 гг., содержащие коллизионные нормы (в 1902 г. — 3 конвенции о браке, о разводе и судебном разлучении супругов, а также об опеке над несовершеннолетними и в 1905 г. — 2 конвенции: во-первых, о личных и имущественных отношениях между супругами, а, во-вторых, о попечительстве над совершеннолетними). В 70-х гг. XX столетия некоторые из них были заменены более современным регулированием: Конвенцией 1970 г. о признании развода и судебном разлучении супругов, Конвенцией 1978 г. о заключении брака и признании его недействительным, Конвенцией 1978 г. о праве, применимом к имуществу супругов.

В 1883 г. была подписана Парижская конвенция об охране промышленной собственности, оформившая одноименный Парижский Союз, в 1886 г. — Бернская конвенция об охране литературной и художественной собственности (Бернский Союз). Благодаря усилиям Лиги Наций в 1923 г. был заключен протокол об арбитражных оговорках, в 1927 г. — Конвенция об исполнении иностранных арбитражных решений. В 1930 г. в Женеве подписаны 3 конвенции в области вексельного права, две из которых содержали материально-правовые нормы (Конвенция о единообразном законе о простом и переводном векселе и Конвенция о гербовом сборе), в 1931 г. аналогично вексельному праву были заключены 3 конвенции, касающиеся чеков; в 1954 г. — Гаагская конвенция по вопросам гражданского процесса, в 1961 г. — конвенция, отменяющая требование легализации официальных документов, в 1964 г. — 2 конвенции о международной купле-продаже товаров и т.д. В 1974 г. была принята разработанная в рамках ООН Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже, в 1980 г. — Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров, в 1988 г. в Оттаве — Конвенция о международном финансовом лизинге и международном факторинге, инициатором разработки которых выступил Международный институт унификации частного права в Риме (УНИДРУА). Кроме того, в том же году в Нью-Йорке была принята и открыта для подписания Конвенция ООН о международном переводном и международном простом векселе, разработанная ЮНСИТРАЛ. В области регулирования транспортных отношений 1 февраля 1990 г. была принята специальная Конвенция о гражданской ответственности за ущерб, причиненный при перевозке опасных грузов автомобильным, железнодорожным и внутренним водным транспортом (КГПОГ).

Наряду с приведением к единообразию национального права, регулирующего достаточно «устоявшиеся» в экономическом и юридическом правовом плане отношения, в последние годы унификации подвергаются нормы, которые касаются регламентации нетрадиционных видов договоров или вновь возникающих в международной практике общественных отношений. Так, Конвенция 1985 г. о праве, применимом к доверенностям и их подтверждению, посвящена, как видно, одному из классических институтов гражданского права. Вместе с тем Конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле 1991 г. или

Международная конвенция о морских залогах и ипотеках 1993 г. бесспорно обусловлены новейшими потребностями в развитии международной торговли и морских перевозок.

В 1993 г. на юбилейной сессии Гаагских конференций, посвященной столетию этой организации, была подписана Гаагская конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления. Этим перечнем далеко не ограничивается список документов, имеющих обязательную юридическую силу, созданных в рамках международных органов и организаций и представляющих собой вехи в развитии унификационного процесса в сфере международного частного права.

Международно-правовое оформление унификации национальных норм гражданского права активно используется в сотрудничестве государств других континентов — Латинской Америки, Азии и Африки. Так, с 1824 г. ведет свое начало функционирование латиноамериканских конгрессов по вопросам международного частного права. В 1888—1889 гг. результатом работы конгресса в Монтевидео стало подписание соглашений о международном гражданском процессе, авторском и патентном праве, товарных знаках, международном гражданском праве и т.д. В 1928 г. на VI Панамериканской конференции в Гаване был принят Кодекс Бустаманте.

Международное торговое и так называемое международное процессуальное право явились предметом рассмотрения латиноамериканскими государствами на первой специализированной межамериканской конференции, состоявшейся в Панаме в 1975 г. В ходе этого были приняты международные договоры о порядке выдачи и направления запросов, получения доказательств из-за границы, о международном коммерческом арбитраже. В 1978 г. последнее соглашение было дополнено Межамериканской конвенцией об экс-территориальном действии иностранных арбитражных решений.

На Африканском континенте ведется работа по унификации материально-правовых норм в определенных областях международного частного права. В 1962 г. было подписано Либревильское соглашение о создании Афро-Малагасийской организации промышленной собственности, в рамках которой действует общее для стран-участниц ведомство промышленной собственности на основе не просто единообразных, но единых норм охраны изобретений, товарных знаков, промышленных образцов и иных объектов охраны промышленной собственности. В дальнейшем данное соглашение пересматривалось государствами-участниками. Затем в 1977 г. страны бывшей «французской» Африки создали Африканскую организацию интеллектуальной собственности (ОАПИ), предусмотрев в международном договоре — Бангийском соглашении, заложившем основы сотрудничества и самой организации, — разработку единообразного законодательства в данной области для ее участников. Кроме правового сотрудничества в части интеллектуальной собственности, унификационные процессы затрагивают связи стран африканского континента и в иных областях. В рамках Афро-Азиатского правового консультативного комитета разработан документ рекомендательного характера — Типовое соглашение для двусторонних соглашений о правовой помощи и доказательствах. В 1987 г. арабскими государствами была принята Амманская конвенция об арбитраже.

Особое место явление унификации национально-правовых норм соответствующих отраслей права занимает в деятельности и успешном функционировании региональных организаций интеграционного типа. Ныне обращают на себя внимание с точки зрения развития МЧП посредством разработки унифицирующих международных договоров прежде всего Европейский союз (ЕС) и Содружество Независимых Государств (СНГ).

В последнем наиболее значительным результатом унификации стала Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г., решившая одну из задач, в течение длительного времени существовавшую перед международным сообществом в области защиты изобретений в международном масштабе, — создания *единого* охранного документа для стран-участниц. Другим немаловажным для успешного торгового сотрудничества между странами Содружества актом унификационного порядка выступает «Соглашение об общих условиях поставок товаров организациями государств-участников Содружества Независимых Государств от 20 марта 1992 г.», предусматривающее единообразные нормы, регулирующие отношения между хозяйствующими субъектами в рамках межгосударственных экономических связей.

В числе рекомендательных документов, принятых в порядке унификации в странах СНГ, необходимо назвать Модельный гражданский кодекс, характеристика которого в области МЧП дана в главе «Источники международного частного права».

В деятельности международных органов, призванных содействовать гармоничному развитию права международной торговли, к которым относится прежде всего ЮНСИТРАЛ, пути, методы и средства унификации занимали значительное место с самого начала. В выступлениях делегатов конгресса ЮНСИТРАЛ, посвященного проблеме единообразного торгового права в XXI веке, проходившего в Нью-Йорке в мае 1992 г., особо подчеркивалось, что целями унификации должны стать ясность, предсказуемость создаваемого регулирования, а также гибкость и адаптированность к различным ситуациям²³.

Используемые для гармонизации национального права различных государств правовые формы зависят от конкретных условий и задач, сложившихся на данном этапе. Наивысшая степень унификации национально-правовых норм обеспечивается заключением международных соглашений. В этих случаях большее единообразие может быть достигнуто, во-первых, с помощью ухода от излишней детализации, а во-вторых, включением принципиального условия о диспозитивности международно-правовых норм (наиболее яркими примерами в этом плане выступают Конвенция ООН о морской перевозке грузов от 31 марта 1978 г. — «Гамбургские правила», Венская конвенция о договорах международной купли-продажи 1980 г.). При необходимости в значительной мере учета местных условий и особенностей предпочтительна такая форма, как разработка модельных законов (например, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о закупках товаров (работ) и услуг 1994 г., Принципы международных коммерческих договоров 1994 г. — Принципы УНИДРУА). Обеспечение еще большей гибкости возможно с помощью подготовки стандартных торговых форм, условий и положений, которые стороны могут использовать в гражданско-правовых контрактах (например, Руководство ЮНСИТРАЛ по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов — подряда, утвержденное в 1987 г., Правовое руководство по международным сделкам встречной торговли 1992 г.).

Унификация права может обеспечиваться использованием различных приемов и технологий, а также осуществляться в различных видах. Принято разграничивать результаты унификации в зависимости от характера норм, которые должны быть созданы как единообразное регулирование. На основе этого критерия различают унификацию коллизионных норм (примерами служат первые Гаагские конвенции в области брачно-семейных отношений, Женевская конвенция 1930 г., имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, и аналогичная ей Конвенция 1931 г. о чеках, Гаагская конвенция 1955 г. о праве, применимом к международной купле-продаже движимых материальных вещей, аналогичная Конвенция 1985 г. о праве, применимом к международной купле-продаже товаров. Римская конвенция 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, заключенная странами ЕС, и др.); унификацию материально-правовых норм (Конвенция ООН 1974 г. об исковой давности в международной купле-продаже товаров, Конвенция ООН 1988 г. о международных переводных и международных простых векселях, Венская конвенция 1980 г. о договорах международной купли-продажи, конвенции УНИДРУА 1988 г. о международном финансовом лизинге и международном факторинге, Бернская конвенция 1886 г. об охране литературной и художественной собственности, Парижская конвенция 1883 г. об охране промышленной собственности, Мадридское соглашение 1891 г. о международной регистрации товарных знаков, Договор 1970 г. о патентной кооперации, Европейская конвенция 1961 г. о внешнеторговом арбитраже и т.д.); смешанную унификацию, т.е. создание в одном унифицирующем акте единообразных коллизионных и материально-правовых норм (Общие условия поставок товаров хозяйственными организациями стран-членов СЭВ 1968/1988 гг., Конвенция 1985 г. о праве, применимом к доверенностям и их подтверждению, Конвенция ООН 1991 г. об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле и др.).

²³ *Honnold J., Weese W.* Uniform Commercial Law in the 21st century. UN. N.-Y., 1995. P. 11—16.

§ 4. Систематизация и кодификация в международном частном праве

Совершенно очевидно, что международное частное право, в сущности, так же подвержено объективному действию некоторых закономерностей, что касается прогрессивного развития, средств и способов совершенствования, а также достижения целей регулирования, как и другие отрасли или системы права. Вместе с тем осознание этих закономерностей и фактическое воплощение определенных решений в рамках указанного в области МЧП отчасти затрудняется рядом обстоятельств, характерных для состояния науки и практики, относящихся к данной совокупности норм, в частности дискуссионностью, а значит, и нерешенностью множества краеугольных его вопросов (подробно об этом см. далее, в соответствующих главах Общей части). Так, не существует единых для всех стран формул, касающихся нормативного состава МЧП, сферы его действия, элементов, составляющих объект и основные его признаки. В отдельных же государствах доктринальные расхождения во мнениях между учеными не позволяют выработать приемлемые подходы в рамках правотворческого процесса в том или ином сегменте регулирования с помощью международного частного права. В результате элементарный практический аспект, выступающий в качестве основного при определении предмета систематизации в любой иной отрасли, в МЧП становится неразрешимой проблемой, поскольку нет окончательного единства у теоретиков и практиков в главном — какие действующие нормы, регулирующие какие отношения, необходимо привести в искомую систему. Примером такого государства может быть Российская Федерация. Несмотря на то, что в предлагаемом к принятию VII разделе проекта третьей части Гражданского кодекса существенно расширены нормы и понятия, во многих странах традиционно относимые к области МЧП, но отсутствовавшие в качестве легально закрепленных в отечественном праве, квалифицировать состояние дел при этом как характеризующееся завершением процессов систематизации и кодификации международного частного права не представляется возможным.

Тем не менее сказанное не должно пониматься таким образом, что в РФ отсутствует кодификация или элементы систематизации МЧП. Понимаемая как упорядочение нормативных актов в целях обеспечения удобства пользования ими на практике, систематизация согласно общей теории права располагает тремя главными разновидностями: инкорпорацией, консолидацией и кодификацией. Не вдаваясь в подробности теоретического определения каждого из видов, уточним, что в условиях XX столетия международное частное право в ряде стран познало всеобъемлющую кодификацию²⁴. Наряду с этим кодификация норм МЧП исторически осуществлялась государствами тремя путями: с помощью обобщения и систематизации соответствующих норм в определенных разделах общего материально-правового акта, в разделах отраслевых законодательных актах (гражданских, торговых, семейных, гражданско-процессуальных и иных кодексов и законов), в едином специальном акте.²⁵ Последнее, пусть на данном этапе и не образует массового явления, заставляет все большее количество стран пристальнее изучать подобный опыт.

Стремление государств иметь единый акт, с той или иной степенью полноты вмещающий в себя основные правовые предписания, укладываемые в соответствии с доминирующими в данной стране концепциями в рамки международного частного права, и его фактическая и юридическая реализация в конечном итоге без преувеличений формируют современную тенденцию в развитии МЧП, которая получает выражение в мировом масштабе. В этом смысле предложения, в свое время делавшиеся в науке МЧП СССР, а затем РФ, по поводу необходимости создания

²⁴ Кодификация, как известно, есть наиболее сложная форма систематизации, направленная на внешнюю и внутреннюю переработку действующего законодательства, — объединение в одном акте различных правовых норм, пединституты и институтов, принадлежащих к одной правовой отрасли.

²⁵ См.: *Кисиль В.И.* Правовая реформа в СССР и некоторые аспекты международного частного права//Советское государство и право. 1990, № 1. С. 98—105.

отечественного закона о международном частном праве, а также закона о внешнеэкономических связях, как видно, не противоречат в известном смысле глобальным процессам. Вместе с тем предположение, что в некоем кодифицирующем акте можно отразить все нормы, имеющие отношение к международному частному праву, утопично. Безусловно, если и можно говорить о «всеобъемлющей» кодификации, то в любом случае таковая должна пониматься с известной долей условности. Ее осуществление никоим образом не снимает с повестки дня издание каких-либо иных отраслевых или специальных актов, в которых могут также присутствовать нормы международного частного права. Так, во многих государствах, в которых действуют отдельные законы (либо соответствующие разделы в других актах законодательства) по международному частному праву, принимаются и кодексы торгового мореплавания, и воздушные кодексы, и законы о внешнеэкономических договорах или внешнеторговой (внешнеэкономической) деятельности и т.д. Все это не мешает при наличии основного кодифицирующего источника иметь и другие нормативные акты, посвященные регулированию особых блоков отношений.

Такова, в частности, ситуация в РФ. Несмотря на то, что совсем в скором будущем планируется принять третью часть ГК, представляющую собой совокупность не только коллизионных норм, но и общих положений, «главных норм» (основных начал) МЧП, только что введенный в действие Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации оперирует весьма подробным перечнем коллизионных правил и общих положений, касающихся торгового мореплавания или смежных с ним областей (ст. 414—427). Данные нормы не только в достаточной мере детализированы, что закономерно, поскольку речь идет об особых отношениях, но и отражают принципиальную общность российского коллизионно-правового регулирования как такового (см. об этом в главе «Коллизионные нормы»).

В зависимости от правовых воззрений, преобладающих в каждой отдельной стране в области МЧП, в различных государствах по-разному выглядит система его норм. В то же время ни одно государство мира не ставило да и не может ставить в качестве практически осуществимой задачи цель включения в один нормативный документ всех положений, которые с учетом указанных обстоятельств предназначены для регулирования общественных отношений, обладающих признаками «частных» и «международных». Наличие в нормативном массиве соответствующих государств, даже и располагающих в области МЧП отдельным кодификационным актом, специальных законов, посвященных отдельным аспектам регулирования рассматриваемых отношений, не препятствует использованию других средств прогрессивного развития и совершенствования системы норм. В этом плане можно, думается, говорить о систематизации норм, касающихся отдельных институтов МЧП. В частности, заметным явлением в международной практике стало издание в различных государствах (развитых, развивающихся, таковых, только что ставших на рыночный путь развития) специальных законов, посвященных предпринимательству с участием иностранного капитала, актов в области допуска иностранных физических и юридических лиц к хозяйственной деятельности на территории конкретного государства и вообще иностранных инвестиций.

Характерный пример в данном отношении представляет собой законодательство, например, стран СНГ о свободных экономических зонах. В этом законодательстве нашли отражение как вопросы таможенного регулирования, так и общие аспекты правового статуса иностранных лиц. Акты упомянутого рода существуют практически во всех странах СНГ: в Республике Беларусь — Указ Президента от 20 марта 1996 г. «О свободных экономических зонах на территории Республики Беларусь», на Украине — Закон Украины «О свободных экономических зонах» от 13 октября 1992 г., Закон «О некоторых вопросах валютного регулирования и обложения налогом субъектов экспериментальной экономической зоны «Сиваш» от 3 февраля 1996 г., в Казахстане — Закон «Об иностранных инвестициях в Казахской ССР» от 7 декабря и Закон «О свободных экономических зонах в Казахской ССР» от 30 ноября 1990 г., Указ Президента «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан» от 26 января 1996 г., Республике Узбекистан — закон Узбекистана «О свободных

экономических зонах» от 25 апреля 1996 г., в Киргизии — Закон «О свободных экономических зонах» от 16 декабря 1992 г., в Республике Молдова — Закон «О свободных экономических зонах» от 25 мая 1993 г., в Российской Федерации действует Федеральный закон «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» от 16 октября 1995 г., имеющий соответствующий раздел, Федеральный закон «Об особой экономической зоне в Калининградской области» от 22 января 1996 г., кроме того, готовится также и проект специального российского акта в этой части — Закон «О свободных экономических зонах», принятый во втором чтении Государственной Думой 5 февраля 1997 г. В перечисленных актах с теми или иными отличиями реализуются идеи привлечения иностранного капитала на основе предоставления таможенных, регистрационных, налоговых и иных льгот иностранным субъектам хозяйственной деятельности и провозглашается особый таможенный режим (закон Узбекистана) либо осуществляется объявление территории зоны как находящейся вне таможенной территории государства (Закон Казахстана «О специальных экономических зонах в Республике Казахстан»). В некоторых случаях в локальных СЭЗ налоговый режим строится не на принципах освобождения потенциальных инвесторов от налогов, а на использовании такого стимула, как стабильность и простота применения налоговых льгот, приведение налоговых ставок в соответствие с мировой практикой (проект закона РФ).

Сходным образом можно было бы привести примеры систематизации норм МЧП из других областей правового регулирования отношений, имеющих международный характер, к которым относятся внешнеэкономическая деятельность, инвестиционная, передача технологии и обмен результатами интеллектуального творчества и проч.

§ 5. Новые горизонты правового регулирования в МЧП

В данном случае обращают на себя внимание сферы, которые с точки зрения совершенствования законодательства и систематизации права требуют внутренней переработки актов и в которых несомненно заложены далеко идущие перспективы развития МЧП. В таковые следует прежде всего включить отношения, возникающие в связи с колоссальным развитием новейших средств коммуникаций. Соединение компьютерных и телекоммуникационных технологий создало серьезные проблемы в области охраны авторских прав, поскольку электронное копирование и распространение информации стало обычным делом.

Передача по сетям мультимедийных продуктов, неопределенность статуса электронного издания поставили неотложные задачи перед правом, а именно необходимость первоочередной разработки необходимых актов или изменения действующих норм, и так или иначе настоятельно потребовали дальнейшего совершенствования существующих нормативных документов. Основным результатом действия охраны авторских прав является механизм судебной защиты. Практика рассмотрения дел о нарушении авторских прав на программы для ЭВМ и базы данных, особенно с участием иностранных правообладателей, не всегда удовлетворяет всем требованиям качества правосудия. Скажем, в судах и арбитражных судах в России она еще только формируется, причем в значительной степени по инициативе иностранных субъектов права, выступающих истцами. Рассмотрение в судах дел, связанных с компьютерными технологиями, и в том числе о нарушении авторских прав в этой сфере, вызывает у судейского корпуса серьезные затруднения потому, что в нашей стране пока еще нет судей-специалистов по этим вопросам. Сложность дел, связанных в целом с защитой интеллектуальной собственности, авторских прав и тем более с весьма специфичными объектами охраны, предполагает специальную подготовку судей. Однако стоит подчеркнуть, что решение проблем правовой грамотности и правовой культуры юридических кадров необходимо все же начать с главного — выработки соответствующих правовых норм.

В некоторых странах практические работы по совершенствованию или «адаптации»

имеющегося законодательства к потребностям решения новейших проблем указанного типа уже начались.

В США одним из наиболее привлекающих внимание документов в затронутой области является Доклад рабочей группы по интеллектуальной собственности, подготовленный в сентябре 1995 г. в рамках действий по созданию Национальной информационной инфраструктуры (НИИ) США. Его целью было разработать необходимые изменения в законодательстве по интеллектуальной собственности, связанные с развитием НИИ. Главным образом, рассмотрению подвергся Закон об охране авторских прав 1968 г. (с последующими изменениями), в который рекомендовалось сделать ряд поправок, необходимых для обеспечения его нормального действия в условиях информационного общества.

Авторы доклада конструируют НИИ как совокупность различных сетей, объединяющую разнообразные технические устройства, обрабатывающие и передающие информацию в интерактивном режиме. Ее завершение откроет перед пользователями огромные возможности и колоссальные ресурсы, несущие образовательную, коммерческую, развлекательную, культурную информацию. Однако потенциальные возможности НИИ не будут реализованы в полной мере, пока авторские права разработчиков информационных продуктов и услуг не будут защищены как внутри страны, так и в международном масштабе. Поскольку цифровые копии работ (произведений) не отличимы от оригинала, есть возможность вносить в них изменения и осуществлять публичное их распространение. К тому же одни произведения можно комбинировать с другими, например, на компакт-диске. Работы, которые подпадают под действие правовых норм об охране авторских прав, подразделяются на несколько категорий: литературные, музыкальные, драматические произведения, пантомима и хореография, картины, графические и скульптурные работы, аудиовизуальные работы, звукозапись, архитектурные работы. Мультимедийные же продукты не указаны в этом перечне непосредственно. В то же время они могут считаться подпадающими под действие закона в силу того, что в них входят элементы названных категорий.

Таким образом, как видно, несомненной тенденцией правового регулирования средствами МЧП выступает расширение его сферы действия за счет появления новых видов отношений, складывающихся по поводу специфических объектов. Однако в определенных ситуациях возможно вести речь о расширении сферы МЧП и в результате пересмотра традиционных концепций. В этом плане, как кажется, имеют место сдвиги в представлениях о соотношении материально-правового и процессуального элементов в объекте регулирования МЧП, хотя именовать это «глобальной тенденцией», разумеется нельзя. Достаточно сказать, что такие государства континентальной Европы, как Германия или Франция, Швейцария, которые традиционно исключали гражданско-процессуальные отношения из сферы МЧП, в последние годы демонстрируют иной подход. Характерной иллюстрацией служит закон о международном частном праве Швейцарии, сама композиция которого подтверждает сказанное — каждый его раздел содержит трехчастную структуру, в рамках которой даются соответственно ответы на вопросы о: юрисдикции (компетентном суде), применимом праве и исполнении иностранных решений.

В современном МЧП имеются и другие черты, обладающие, правда, меньшим масштабом общности для стран мира. Речь идет о таком изменении в содержании международного частного права, как отход от жесткости коллизионных формул в континентальном праве и снижение уровня и характера усмотрения суда в англо-американском праве. Конкретные проявления данных особенностей действующего международного частного права будут рассматриваться по мере обращения к специальным направлениям изучаемой дисциплины.

Заключая раздел, отмечу следующее. Не имея возможности в настоящей вводной части учебника проследить и тщательно проанализировать все тенденции, так или иначе проявившие себя на протяжении последних десятилетий в области функционирования международного частного права, важно все же подчеркнуть, что, как представляется, ведущие либо доминирующие факторы, которые в более или менее широком масштабе влияют и определяют нынешнее состояние или будущее развитие данной совокупности правовых норм, были в основном

очерчены. При последующем изложении материала в соответствующих разделах некоторые положения, имеющие отношение к данной проблематике, будут по мере возможности уточняться, конкретизироваться либо представлять в более развернутом виде.

Контрольные вопросы:

1. Каково соотношение между международным публичным и международным частным правом и формы их взаимодействия?
2. Основная характеристика роли международных договоров в развитии МЧП.
3. В чем состоит основная тенденция развития и совершенствования международного частного права? Каковы результаты деятельности международных организаций в области унификации права?
4. Систематизация и кодификация в международном частном праве.
5. Каковы перспективы и направления будущего правового регулирования в МЧП?

Общая часть

Глава 4. Понятие, наименование, сущность и правовая природа международного частного права

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право, М., 1959; *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970; *Раане Л.* Международное частное право. М., 1962; *Мюллерсон Р.А.* Соотношение международного и национального права. М., 1982; *Чешир Дж., Норт П.* Международное частное право. М., 1982; *Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984; Международное частное право. Под общей ред. Г.К. Матвеева. Киев, 1985; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; *Корецкий В.М.* Избранные труды. Киев, 1989. Кн. 1, 2; *Лебедев С.Н.* О природе международного частного права//Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 61—80; *Кузнецов М.Н.* Некоторые особенности развития международного частного права//Советский журнал международного права. 1991, № 1; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994; *Богуславский М.* Международное частное право: Учебник. М., 2000; *Хасан М.* Институт применимого права в современных международных конвенциях и внутригосударственном законодательстве (на примере ряда стран)//Московский журнал международного права. 1999, № 2/34. С. 67—79; *Зевков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999.

§ 1. Понятие и наименование МЧП

С юридической точки зрения современный мир — это прежде всего разграничение, с одной стороны, национальных правовых систем, существующих в рамках юрисдикции суверенных государств, и с другой — системы международного права. Отношения разнообразного характера между национальными субъектами права внутри государств осуществляются на основе определенных правовых норм, действующих в данном конкретном государстве. Отношения между самими государствами и производными от них субъектами строятся на базе международного публичного права. Но каковы же правовые основы отношений, складывающихся в динамичной, постоянно развивающейся сфере международного хозяйственного оборота (т.е. экономического и иного взаимодействия — вообще гражданского оборота в широком смысле слова — на уровне лиц), в которой участвуют субъекты национального права различных государств?

В международной жизни имеют место общественные отношения самого различного типа. Так, правительства двух государств заключают между собой соглашения о предоставлении долгосрочного кредита, о сотрудничестве в совместном строительстве крупного промышленного объекта на территории одного из них, о принципах взаимной торговли и торговых отношений вообще либо об открытии воздушного сообщения друг с другом и прокладке новой воздушной линии и т.д. Это примеры отношений, регулируемых нормами международного публичного права, поскольку во всех этих ситуациях речь идет об отношениях между государствами как носителями власти — независимыми субъектами права — по поводу их суверенных прав и обязанностей в той или иной области (в данном случае экономической).

В то же время государства могут вступать в отношения с физическими и юридическими лицами иностранных держав в целях достижения какой-либо конкретной цели. Скажем, для расширения территории, занимаемой дипломатическим представительством государства N, последнее покупает прилегающий участок земли у ее собственника — гражданина аккредитующего государства. Другой пример. Российская Федерация в лице своих компетентных органов предоставляет концессию на разработку морских ресурсов на континентальном шельфе Курильских островов японским рыболовным судам. Возможны и такие случаи, когда торговое представительство, скажем, Российской Федерации в Индии закупает у местных чайных компаний партию индийского чая и т.п.

Подобные ситуации имеют место в реальной жизни, однако они не столь часто встречаются. Гораздо более распространенными являются отношения, лежащие в международной сфере, в которые по всевозможным поводам вступают между собой физические и юридические лица, принадлежащие к разным государствам. В их числе совершение сделок в процессе международной торговли, получение наследств, заключение и расторжение браков, осуществление материального содержания супругов, родителей, детей и т.п., а также требования о возмещении вреда в результате дорожно-транспортных и прочих происшествий и множество иных контактов.

О международном частном праве принято говорить тогда, когда имеются в виду разнообразные отношения определенного рода, которые возникают в сфере международного гражданского (хозяйственного) оборота в широком смысле слова (т.е. гражданских, торговых, земельных, семейных, трудовых и т.п.), включающие личные, имущественные и связанные с ними неимущественные отношения. В частности, главным признаком таких общественных отношений помимо того, что они являются «международными», т.е. выходят за рамки юрисдикции одного государства, выступает их цивилистический характер, а именно то обстоятельство, что, будь это отношения между субъектами права одного государства, они регулировались бы нормами гражданского или торгового права (либо семейного, трудового, земельного, хозяйственного или иной отрасли права конкретной страны), а в общем и целом системой-«прародительницей» для компетентного их регулирования было бы римское право — *jus civile*. Все национальные правовые системы мира имеют дело с одними и теми же явлениями — актами рождений, смерти, заключения и расторжения браков, деликтов, совершения договоров, и т.п., но суть в том, что каждая из них решает конкретные ситуации по-своему.

Для того чтобы проиллюстрировать сферу действия, возможности, параметры и формы функционирования международного частного права, следует обратиться к примерам, с которыми можно столкнуться в каждодневной практике. Например, российская гражданка вступает в брак с шведским подданным на территории Украины. Возникает немало существенных вопросов юридического порядка, которые для вступающих в брак приобретают значение сугубо практических: какое учреждение будет компетентно зарегистрировать данный союз? По какому закону будет определяться способность брачующихся вступить в брак? По какой форме — светской или церковной — возможно заключение брака между данными субъектами? Будет ли признан совершенный на указанной территории брак в обоих государствах, к которым принадлежат будущие муж и жена, а также в третьих государствах?

Другая гипотетическая ситуация, в которой со всей отчетливостью проявляется специфика и сущность международного частного права, — это дорожно-транспортное происшествие, например, во Франции, на дороге к Ницце, в которое оказались вовлечены итальянец, проживающий в Италии, и французский гражданин, domiciliрованный во Франции. При этом их автомашины были зарегистрированы соответственно в Милане и Лионе. Понятно, что первым действием и побудительным мотивом невиновной пострадавшей от ДТП стороны — итальянского гражданина — будет желание и получение от виновника происшествия — французского гражданина — возмещения повреждения автомобиля и других убытков. Пострадавший должен иметь на руках соответствующее судебное решение против французского водителя, для чего необходимо установить факт материальной ответственности последнего и ее пределы, т.е. ту сумму, на которую итальянский водитель вправе претендовать. Кроме того, важно решить, какой суд будет компетентен решать данное дело. Вполне очевидно, что, с точки зрения итальянского гражданина, ему было бы предпочтительнее предъявить иск в своем государстве, т.е. в итальянском суде. Это обусловлено такими факторами, как знание языка, права, адвокатской, судебной и иной практики собственной страны и проч. Однако может ли он возбудить производство против французского гражданина в указанных обстоятельствах в суде Италии или должен предъявить иск только во Франции, либо вообще начать процесс в Соединенных Штатах Америки, если в результате происшествия у него возникло заболевание и он находится на излечении в данной стране, к тому же американская практика известна тем, что суды здесь присуждают весьма высокие суммы по возмещению ущерба? Второй важный блок вопросов,

подлежащий неизбежному разрешению, будет касаться права, которым суд должен руководствоваться при определении размера ответственности французского гражданина. Иными словами, величина конкретной суммы, могущей быть взысканной с ответчика, зависит от содержания норм, которые применит суд, — итальянского или французского права либо закона третьего государства. И наконец, после получения в свою пользу решения того или иного суда, будь то собственного, итальянского, или «чужого» — французского — истцу предстоит процедура его принудительного исполнения, если ответчик не исполнит таковое добровольно. И в том и в другом случае истцу придется столкнуться с неординарной ситуацией: либо добиваться в иностранном государстве принудительного исполнения решения против иностранного гражданина, вынесенного отечественным судом, или принудительно приводить в действие в пределах национальной юрисдикции решение иностранного суда против иностранного гражданина.

В результате продемонстрированной «международности» рассматриваемых отношений они обладают, пожалуй, самой отчетливой чертой, которая позволяет обособить их в рамках отдельной категории общественных отношений, регулируемых правом: связь с правопорядком не одного только, а двух или более (в зависимости от конкретных обстоятельств дела) государств и системой международных договоров. Данная связь может проявляться благодаря наличию различных факторов. Наиболее общими из них служат гражданство лица, т.е. особая правовая связь лица с государством, «оседлость» лица — постоянное место жительства или нахождение в другом государстве, совершение действия или возникновение юридического факта на территории иностранного государства и проч.

Сегодня, пожалуй, трудно найти другую такую же область права и отрасль правоправедения, как международное частное право, в которых при всей внешней устойчивости существующего наименования и привычности его использования в практическом и научном обороте имелись бы столь разноречивые представления о том, что есть их объект, природа, нормативный состав, дефиниция, наконец, и где бы в столь же значительной мере отсутствовало единодушие в перечисленных и иных сопутствующих вопросах.

Хотя в формальном отношении термин «международное частное право» насчитывает более 150 лет, так как впервые он был предложен членом американского Верховного суда Джозефом Стори в 1834 г. в его работе «Комментарий коллизионного права»²⁶, а затем получил распространение и в Европе²⁷, он не сразу получил всеобщее одобрение, на разных этапах в различных государствах вызывая критику всех его составляющих элементов — и элемента «международный», и «частный», и «право».

²⁶ См.: *Story J. Commentaries on the conflict of Laws*. 1834.

²⁷ Сначала в работе франкфуртского адвоката Шеффнера в Германии, который озаглавил свой труд в соответствии с немецкой «калькой» перевода с английского: (Schäffner). *Entwicklung des Internationalen Privatrechts* (1841), потом в 1843 г. в сочинении французского автора Феликса (Foelix) «*Traité du droit international privé*», а затем и в Италии. В литературе России впервые выражение «международное частное право» появилось в работе Н.П. Иванова «*Основания частной международной юрисдикции*» (Казань, 1865). Как в данной связи, так и характеризуя вообще подход российских правоведов к данному термину, хотелось бы обратить внимание на то, почему в русском языке прижился именно этот вариант — «международное частное», а не «частное международное» право, как это должно было бы быть, если следовать английскому «*private international law*». Как представляется, дело в том, что, поскольку российская правовая наука того периода находилась под большим воздействием французской школы права, нежели американской, скорее всего, и русскоязычная «калька» перевода термина «международное частное право» была преобразована именно от французского «*droit international privé*»: на первом месте — прилагательное «международное», на втором месте — второе прилагательное «частное», на третьем месте — определяемое существительное «право», а не в том порядке, который обусловлен правилами перевода с английского языка — «*private international law*»: «частное международное право».

Так, в советский период развития науки наиболее уязвимым моментом в термине МЧП была вторая составляющая — «частное право». В условиях, когда ленинское высказывание о том, что «мы ничего «частного» не признаем, для нас *все* в области хозяйства есть *публично-правовое*», существовало как всеобщая формула жизни общества, возражения против данного термина носили вполне оправданный характер. Между тем, как представляется, именно этот компонент, т.е. «частное право», служит определяющим в наименовании рассматриваемой области права и науки, поскольку продолжает известное еще с времен римского права разграничение публичного и частного в том его смысле, которое сформулировано еще Ульпианом: публичное право относится к положению государства, а частное — к положению отдельных лиц (1.1. § 2. D. 1.1). Небесспорной выглядела и продолжает оставаться таковой в большинстве случаев и первая составляющая термина — «международный». По воззрениям очень многих авторов, международное частное право на самом деле имеет внутрисударственный характер, будучи отраслью (иногда, по ряду мнений, частью отрасли) национального права. Наконец, имелись и взгляды, в соответствии с которыми в весьма определенной манере их авторы высказывались против того, чтобы считать международное частное право «правом» в собственном смысле слова, ввиду того, что основу МЧП составляют коллизионные нормы как его главная конструкция, которые по своей природе являются *отсылочными* нормами, в силу чего они-де не имеют регулирующей силы, а служат соответствующим приемом и средством особой юридической техники.

Что касается многочисленности попыток адекватно отразить в названии правовой области ее специфику и предложить соответственно этому надлежащий термин, то весьма показательным в этом плане является их обобщение В.М. Корецким, который в своих «Очерках международного хозяйственного права» в 1928 г. приводит около 50 наименований дисциплины, выдвигавшихся в литературе на тот момент, которые различались между собой отнюдь не мелкими деталями. Среди них следующие: 1) международное гражданское право, 2) международное хозяйственное право, 3) международный режим частноправовых отношений, 4) междучастное право, 5) применение иностранного права, 6) действие и применение законов различных государств согласно принципам международного права, 7) признание прав за пределами государства, 8) выбор права, 9) общее частное право иностранцев, 10) разграничивающее право, 11) теория конфликтов законов в области частного права, 12) конфликты прав и т.д.

Палитру этих и других концепций природы и характера международного частного права мы рассмотрим несколько позже, а сейчас следует констатировать, что ныне термин «международное частное право» используется практически повсеместно, даже в странах, относящихся к англосаксонской системе права, традиционно стоящей на позициях коллизионной, «конфликтной» природы МЧП. Другой вопрос, что сфера его действия, объект регулирования, отраслевая и/или системная принадлежность, нормативный состав и прочие важные с юридической точки зрения явления по-разному определяются в нормативном материале и практике соответствующих государств и до сих пор остаются острыми дискуссионными проблемами в науке, в том числе и отечественной.

§ 2. Содержание и сфера действия международного частного права

Вопрос о содержании и сфере действия МЧП в правовой доктрине разных стран решается неодинаково. В иностранной теории и практике в большинстве случаев сложилось весьма однозначное положение, что вопросы статуса иностранцев (в том числе и их процессуального положения) отнесены к частному международному праву в странах как общего, так и континентального права. Вместе с тем и здесь существуют определенные нюансы. Например, во Франции правовое положение иностранцев без колебаний включается в сферу действия МЧП, хотя в Великобритании и Нидерландах имеется иной подход. При этом в аспекте юридических лиц так называемая проблема международного банкротства в Нидерландах рассматривается как часть международного частного права, а в Англии, Уэльсе, Германии и Франции — нет. В ряде случаев доктринальные суждения о сфере действия МЧП непосредственно подтверждаются

положениями, зафиксированными в законодательстве по МЧП. К примеру, в Законе о международном частном праве Венгрии так очерчена сфера его действия: «Целью настоящего закона является определение на основе мирного развития международных отношений права того государства, которое применяется к гражданским, семейным или трудовым отношениям, в которых участвуют иностранные субъекты, имущества или право (в дальнейшем именуемые иностранным элементом) и которые подчинены правопорядку нескольких государств; норм, определяющих подсудность и юрисдикцию, а также процессуальных правил, которые должны регулировать споры, содержащие иностранный элемент» (ст. 1). В Законе Чехословакии 1963 г., именуемом Закон о международном частном праве и процессе, указывается, что его целью является «определить, какому правопорядку подчиняются гражданско-правовые, семейные, трудовые и другие подобные им отношения с иностранным элементом, урегулировать правовое положение иностранцев, предусмотреть порядок действий чехословацких органов юстиции при регулировании этих отношений и их разрешении...» (§ 1). В этом отношении показательны также новейшее законодательство по международному частному праву и других стран (Монголии, ч. 7 Гражданского кодекса которой, посвященная международному частному праву, так и называется: «Гражданская правоспособность иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, а также применение иностранного права и международных договоров»; Швейцарии, сфера действия закона по МЧП которой установлена недвусмысленным образом в части регулирования международных отношений: а) компетенция швейцарских судов или ведомств, б) применимое право, в) предпосылка признания и исполнения иностранных решений, г) арбитражная подсудность и др., а также Кодекс Бустаманте как классический образец анализируемого подхода). Включение в сферу действия МЧП процессуальных элементов, хотя и в достаточно узком масштабе, можно констатировать и на примере законодательства Вьетнама. Так, в разд. 2 Торгового кодекса СРВ 1997 г. (заметим, акте материального права общего характера, в котором, однако, имеются положения, затрагивающие регулирование анализируемых отношений) содержится ряд статей, посвященных разрешению торговых споров и исполнению судебных и арбитражных решений (ст. 238—243). Наряду с установлением порядка разрешения торговых споров вообще данный правовой акт предусматривает отдельные положения для рассмотрения торговых споров с иностранными коммерсантами (ст. 240). В Великобритании, Нидерландах, Франции гражданский процесс также охватывается международным частным правом. В Германии МЧП конструируется в принципе как коллизионное право, поэтому ответы на процессуальные вопросы должны быть получены с помощью норм гражданского процессуального права ФРГ. Однако ввиду тесной связи отношений, регулируемых МЧП, с процессуальными аспектами некоторые учебники и курсы немецких авторов по международному частному праву содержат разделы, посвященные «международному гражданскому процессу».

В трудах английских, американских, голландских (Дж. Чешир, П. Норт, А. Дайси, Дж. Бил, Г. Гудрич, М. Коппенол-Ляфорс и др.) и иных авторов (К. Пшибыловский, М. Сосьняк, В. Валашек и т.д.) к международному частному праву относят прежде всего коллизионные вопросы (выбор права — *choice of law matters*) в их тесной увязке с гражданским процессом, в частности международной подсудностью (*jurisdiction*). Именно решая вопрос о выборе компетентного суда — местного или иностранного, — доктрина и практика определяют, будет ли применяться к регулированию существа данного отношения собственное материальное право государства суда или иной правопорядок. Кстати сказать, вышеприведенный ряд актов по МЧП некоторых государств может, в свою очередь, свидетельствовать в известной мере и о том, что в этих странах сфера международного частного права трактуется в таких пределах, которые позволяют включать в него и процессуальные отношения и нормы.

Безусловное отнесение к МЧП норм, регламентирующих правовое положение иностранцев, наиболее типично для Франции и ее бывших колоний (Алжира, Марокко, Туниса, Сенегала). При этом необходимо обратить внимание на то обстоятельство, что подобные материальные нормы, определяющие гражданство (*nationalité*), и именно французское гражданство, непосредственно устанавливающие условия пребывания, въезда и выезда иностранцев, гражданский и торговый статус, их имущественные и иные права, а также связанные с этим вопросы публичного порядка,

взаимности, коллизий законов и конфликтов юрисдикции занимают доминирующее место во французском МЧП. Во французской доктрине встречается также точка зрения в отношении МЧП, основывающаяся на квалификации его как права, применяемого к частным лицам, участвующим в международных правовых отношениях (П. Майе)²⁸.

Кроме того, имеются в среде французских авторов и выразители коллизионистских взглядов, которые усматривают в МЧП именно право, содержащее нормы о конфликтах законов. Одна из последних фундаментальных работ по МЧП, написанная совместно А. Батиффолем и П. Лягардом, демонстрирует отход от традиционных представлений о содержании и пределах МЧП, хотя в определенной мере для одного из авторов, А. Батиффоля, и был характерен частично коллизионистский подход к некоторым вопросам, несмотря на исходный тезис о плюрализме методов регулирования в данной области. Более широкой концепции придерживаются И. Луссуарн и П. Бурель.

Соотношение МЧП и международного публичного права, помимо традиционных воззрений на его сферу, природу и состав норм, свойственных французской теории, характерно для рассмотрения в круге проблем МЧП бельгийской науки (Ф. Риго).

Венгерская наука МЧП не имеет единодушно разделяемого подхода к вопросу о содержании и сфере действия МЧП. Как отчасти было показано ранее, ряд ученых стоят на позициях коллизионной сущности МЧП и его норм (Л. Рецеи, И. Саси, Ф. Мадл, Л. Векаш), другие — И. Сас — допускают вхождение в соответствующий круг и материально-правовых норм, унифицированных международным договором. Однако не подлежит сомнению, что в сферу действия МЧП Венгрии включается и международный гражданский процесс, поскольку глава X ее Закона о международном частном праве 1979 г. так и названа: «Нормы процессуального права», которые касаются международной подсудности, правовой помощи, признания и исполнения иностранных решений и т.д.

Итальянская доктрина МЧП в целом полагает, что в сферу, относящуюся к нему, входят также вопросы гражданства, статуса иностранцев, публичного порядка, действия международного договора и права ЕС. Между тем еще с конца 40-х гг. XX столетия в итальянской науке МЧП был поставлен вопрос о его взаимосвязи с процессуальным правом (Р. Монакко). Особому исследованию подверглось использование в рамках процесса таких основополагающих для МЧП понятий, как квалификация, обратная отсылка, публичный порядок²⁹. Ныне действующий Закон от 31 мая 1995 г. № 218 «Реформа итальянской системы международного частного права» однозначно включает процессуальные отношения с участием иностранных физических и юридических лиц, а также вопросы конфликтов юрисдикции и действительности иностранных судебных решений и правовых актов в свою сферу действия.

В ФРГ наряду с традиционно коллизионистским подходом к международному частному праву в былые времена (Л. Раапе, М. Вольф) находит применение и более широкая трактовка МЧП (Г. Кегель). Все большее место в научных исследованиях ученых этой страны, посвященных МЧП или связанному с ним анализу, занимают процессуальные аспекты. Начинает укореняться новый термин — «международное гражданско-процессуальное право»³⁰.

Контрольные вопросы:

1. Каковы особенности содержания терминов «международный» и «частный» в понятии «международное частное право»?
2. С какого периода ведет свое начало «международное частное право» как обозначение соответствующей юридической категории?
3. Каковы содержание и сфера действия МЧП в разных странах?

²⁸ См.: *Mayer P.* Droit international privé. P., 1983. P. 3.

²⁹ См.: *Villa E.* Corso di Diritto Internazionale private e processuale. Torino, 1983.

³⁰ См.: *Geimer R.* Internationales Zivilprozess. Кц1п, 1983; *Kropholler J.* Europäisches Zivilprozessrecht. Heidelberg, 1991. См. также: *Шак Х.* Международное гражданское процессуальное право. Учебник / Пер. с нем. М., БЕК, 2001.

Глава 5. Объект и методы регулирования в международном частном праве

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право, М., 1959; *Луниц Л.А.*, Международное частное право. М., 1970; *Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садилов О.Н.* Международное частное право. М., 1984; Международное частное право. Под общей ред. Г.К. Матвеева. Киев, 1985; *Mádl F., Vékás,* The Law of Conflicts and Foreign Trade. Bud., 1987; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; *Маковский А.Л.* Унификация морского права и понятие международного частного морского права//Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 220—233; *Лебедев С.Н.* О природе международного частного права//Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 61—80; *Кузнецов М.Н.* Некоторые особенности развития международного частного права//Советский журнал международного права. 1991, № 1; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994; *Богуславский М.* Международное частное право: Учебник. М., 2000; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999.

§ 1. Объект регулирования в МЧП

Проблема объекта всегда стоит в качестве основной при определении факта, является или не является данная совокупность норм отраслью (или системой) права. Вопрос об объекте в международном частном праве, будучи не до конца решенным, остается пока дискуссионным. Некоторые авторы, не давая дефиниций самой совокупности норм и их объекта регулирования, предпочитают прибегать к описанию того, что подпадает, по их мнению, под сферу действия МЧП. Например, М.М. Богуславский пишет: «В международном частном праве речь идет об имущественных и личных правах иностранцев, о правах иностранцев в области трудовых, семейных отношений и в ряде других областей... Предметом регулирования в международном частном праве являются отношения гражданско-правового характера, возникающие в международной жизни (или, как их иногда называют, международные гражданские отношения). Эта исходная позиция была сформулирована еще на заре советской науки международного частного права И.С. Перетерским»³¹. А И.С. Перетерский, констатируя, что международное частное право изучает гражданско-правовые отношения, подчеркивает, что международное частное право не является лишь частью гражданского права. «Специфическим отличием гражданско-правовых отношений, включаемых в международное частное право, является то, что международное частное право изучает особую группу гражданско-правовых отношений — а именно такие, которые имеют международный характер». При этом содержание термина «международный», т.е. лежащий в международной сфере, не совпадает с тем его значением (межгосударственный), которое он имеет в международном публичном праве³².

Л.А. Луниц, следуя в русле основных характеристик, обозначенных И.С. Перетерским, также считает, что «международное частное право как отрасль права и отрасль правоведения есть область отношений гражданско-правового характера в указанном (т.е. это — область отношений по «гражданским делам», возникающим из гражданских, семейных и трудовых отношений. — Л.А.) широком смысле».³³ Еще один отечественный исследователь международного частного права С.Н. Лебедев, в свою очередь, подчеркивает гражданско-правовую природу отношений как основного критерия для определения отраслевой или системной принадлежности рассматриваемой совокупности норм: «Исходя из гражданско-правовой природы отношений, регулируемых международным частным правом, и учитывая особенности как самих этих отношений, так и методы их регулирования, в частности, международно-договорное происхождение значительного числа источников с вытекающими отсюда последствиями, мы

³¹ См.: *Богуславский М.М.* Международное частное право. М., 1998. С. 13.

³² См.: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 7.

³³ *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970. С. 10.

приходим к выводу, что международное частное право следует рассматривать как особую отрасль цивилистического по своему содержанию характера».³⁴

Определяя предмет МЧП, отечественные и зарубежные исследователи сходятся в акцентировании гражданско-правового, точнее, частноправового вообще, характера регулируемых им общественных отношений. Так, М. Иссад (Алжир), сопоставляя МЧП и международное публичное право как право, регулирующее отношения между государствами, указывает, что «нормы международного правопорядка, которые адресованы частным лицам, физическим или юридическим, объединены под названием международного частного права».³⁵ Японский автор Эгава Хидефуми в качестве главного тезиса также утверждает, что международное частное право регулирует «разнообразные отношения частноправового характера и образует отдельную совокупность норм».³⁶ Г.К. Матвеев (Украина) пишет, что МЧП представляется «как совокупность коллизионных (отсылочных) норм, регулирующих прикрепление к определенной правовой системе гражданских (семейных, трудовых и прочих цивилистических) правоотношений, осложненных иностранным элементом (признаками)»³⁷. Как видно, последний из упомянутых авторов не уточняет, какие же именно «прочие цивилистические отношения», кроме собственно гражданско-правовых, семейных и трудовых, надлежит включать в объект регулирования МЧП. В этом плане публикации по международному частному праву последних лет конкретизировали соответствующие позиции ряда специалистов.

По мнению Кузнецова М.Н., МЧП — это «совокупность национальных и международных норм, регулирующих возникающие в ходе международного общения разнообразные имущественные, личные неимущественные, а также трудовые, семейные и процессуальные отношения между гражданами и юридическими лицами, а также их отношения указанного характера с государствами и международными организациями».³⁸ Ранее аналогичного взгляда придерживался и чешский автор З. Кучера, который, обобщая преобладающее в тогдашней чехословацкой (ныне, соответственно, либо чешской либо словацкой) науке мнение, констатировал, что «международное частное право рассматривается как комплекс норм, функция которых заключается в урегулировании гражданско-правовых отношений, содержащих иностранный элемент, включая производство с иностранным элементом по гражданским делам»³⁹.

Подавляющее большинство как отечественных, так и зарубежных авторов, пытающихся вычленить особенное в объекте регулирования международного частного права и выделить из совокупности общественных отношений, имеющих иную отраслевую принадлежность, прежде всего отношения гражданского, торгового и других отраслей права, используют конструкцию «иностранного элемента». Так, в работах русских и советских «классиков» МЧП (И.С. Перетерского, Л.А. Лунца, В.М. Корецкого и др., а также современных ученых (М.М. Богуславского, И.А. Грингольца, С.Н. Лебедева, А.С. Маковского, Г.К. Матвеева, Н.И. Марышевой, Р.А. Мюллерсона, О.Н. Садикова, Е.Т. Усенко и многих других) данная категория является краеугольной в определении сущности и характера международного частного права.

Под «иностраным элементом» подразумевают либо то, что субъектом данного правоотношения выступает иностранец (иностранное физическое либо юридическое лицо), либо то, что объектом отношения является вещь (движимая или недвижимая), находящаяся за границей, либо то, что событие, действие — юридический факт — наступили за рубежом.⁴⁰ В силу

³⁴ *Лебедев С.Н.* О природе международного частного права//Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 25.

³⁵ *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 8.

³⁶ *Egawa Hidefumi.* Private International Law. Tokyo, 1990. P. 1.

³⁷ Международное частное право. Под. ред. Г.К. Матвеева. Киев, 1985. С. 10.

³⁸ *Кузнецов М.Н.* Некоторые особенности развития международного частного права//Советский журнал международного частного права. 1991. № 1. С. 27.

³⁹ *Кучера З.* Международное частное право в ЧССР//Bulletin de droit tchecoslovaque. Prague, 1985. № 1—2. С. 13.

⁴⁰ См. например: *Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М.,

этого в учебной и иной литературе по МЧП принято распределение «иностранных элементов» по группам: «иностранный элемент» на стороне субъекта; «иностранный элемент» на стороне объекта; «иностранный элемент», характеризующий наступление юридического факта.

В юридической литературе подобная терминология подверглась обоснованной критике, смысл которой заключался в том, что элементом правоотношения является сам участник (субъект), а не его гражданство; объектом правоотношения выступает не место нахождения вещи, а сама вещь, и, наконец, для юридического факта как такового, «отечественного» или «иностранного», в структуре правоотношения вообще не находится места.⁴¹ Предложение заменить «иностранный элемент» другой компонентой — «иностранными», или «международными, характеристиками» мало что меняет, поскольку сама конструкция остается неизменной. Обратим внимание, что в работах зарубежных авторов (швейцарцев М.Келлера и К.Сира) применительно к объекту регулирования в МЧП предлагается вести речь о «сложном фактическом составе»⁴², что само по себе тоже не дает надлежащего ответа на вопрос о формуле, адекватно выражающей объект регулирования в МЧП.

Вместе с тем очевидно, что далеко не всегда, когда в деле присутствует так называемый иностранный элемент, пусть даже называемый «иностранными характеристиками», мы имеем дело с частным международным правом. Немало случаев, когда указанное не будет определяющим для квалификации *объекта регулирования* и в целом МЧП *как особой совокупности (системы) норм*. В частности, если иностранец — физическое лицо на территории какого-либо государства совершает бытовую сделку, последняя не будет регулироваться нормами международного частного права, а будет подлежать регулированию с помощью гражданского права данной юрисдикции. Таким образом, «иностранный элемент» явно присутствует, но о международном частном праве речи нет. В чем же дело? Со всей очевидностью, это означает, что конструкция «иностранного элемента» может не «срабатывать» и потому не являться определяющей. Отсюда вытекает вполне закономерный вывод: подобного рода критерий не обладает качеством «универсальности» и «всеобщности» для целей идентификации объекта регулирования в МЧП. Появление объекта для регулирования частным международным правом как таковым обусловлено, скорее всего, чем-то иным. Что же это такое?

На самом деле один лишь факт, что речь идет об иностранном гражданине или о местонахождении вещи за границей либо о событии или факте, происшедшем за рубежом, еще недостаточен для того, чтобы регулирование осуществлялось именно средствами МЧП, а не какой-либо другой отраслью права. *Физическое местоположение вещи* (будь то за границей или в пределах отечественной территории) само по себе не столь важно. Гораздо существеннее другое — *какой закон наделил лицо или лиц правом на данную вещь* (правом собственности, залога, аренды, сервитута и т.д.), *возникло ли оно по нормам того или иного (отечественного или иностранного) государства*, в силу чего на регулирование данного отношения может претендовать не один, а два или несколько право порядков. Аналогичным образом тот факт, что действует иностранец вообще, не имеет значения, *если при этом не проявляет себя правовая связь рассматриваемого отношения* (в ряде случаев именно благодаря той особой юридической связи лица с государством, которая в принципе характеризует институт гражданства), в котором участвует такой иностранный гражданин, *с правом иностранного государства (тот, гражданином которого он является, либо страны, в которой он имеет «оседлость» — domicilio, т.е. (постоянное или преимущественное место жительства)*. В свою очередь и юридический факт в аспекте международного частного права значим и имеет соответствующие правовые последствия прежде всего с той именно точки зрения, что возник он как таковой *на основании и в рамках право порядка другого государства*. Иными словами, мы говорим об определенных событиях как о юридических фактах постольку, поскольку им придает (или не придает) значение в качестве

1984. С. 5—6; Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 1998. С. 18—19.

⁴¹ Подробнее об этом см.: Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984. С. 91—93.

⁴² См.: Keller M., Siehr K. Allgemeine Lehren des Internationalen Privatrechts. Zürich, 1986.

таковых тот или иной правопорядок.

Все указанное позволяет сформулировать основной признак — качество, которому должно удовлетворять общественное отношение, подпадающее под действие частного международного права: *проявление юридической связи данного общественного отношения с правопорядками двух или более государств*. Предложенный признак, как представляется, с большей адекватностью и юридической точностью, нежели «иностранный элемент», способствует определению объекта регулирования в МЧП. Это тем более важно, что даваемая на этой основе дефиниция самого международного частного права через надлежащее определение его объекта снимает проблему несоответствия некоторых результатов исследований в общей теории права и науке международного частного права. Речь идет о структуре правоотношения, которая, как известно, обладает четырехчленным делением (субъект, объект, права и обязанности сторон) и не может вместить какие-либо «иностранные элементы», на что отдельными авторами обращалось внимание⁴³.

Данное ключевое обстоятельство рождает дальнейшее: указанная связь в качестве своего последствия юридического характера *обуславливает выбор надлежащего правопорядка*. Подчеркнем: именно правопорядка как такового, юрисдикции, а не только лишь права как системы норм⁴⁴. В результате выбор правопорядка включает и выбор компетентного учреждения для разрешения спора, а значит и систему норм, которой он будет подчиняться в процессуальном отношении, и, кроме того, может оказаться детерминирующим для выбора материального права, регулирующего вопросы, касающиеся данного спорного отношения по существу.

§ 2. Методы регулирования в МЧП

Как вытекает из положений общей теории права, вопрос о методе регулирования вслед за объектом регулирования, принципах и нормах является краеугольным для любой системы норм, претендующей на существование в качестве отдельной отрасли или системы права. Думается, что для международного частного права он также выступает ключевым. Вместе с тем в ряде учебных пособий и учебников по МЧП рассмотрение проблем, связанных с наличием у него собственных методов регулирования, обходится стороной⁴⁵.

Исходя из особенностей объекта регулирования в международном частном праве, решается соответственно и вопрос о методах регулирования, свойственных этой неординарной системе норм. Действительно, специфичность общественных отношений, подлежащих регулированию, не может не обусловить особенностей и в том, что именуется *совокупностью способов и средств воздействия на регулируемый объект*. Как известно, именно так с позиций «теории воздействия» в науке права определяется метод регулирования.

1. Проблема метода регулирования в современной отечественной науке

В юридической литературе сама по себе проблема методов регулирования в международном частном праве не вызывала значительных трудностей для решения, хотя определенная почва для полемики и имеет место. Коллизионный метод регулирования во все времена квалифицировался как коренной метод международного частного права. Однако на разных этапах развития МЧП его роль в воздействии на регулируемый объект не была неизменной. После Второй мировой войны

⁴³ См. *Рубанов А.А.* Имущественные отношения в международном частном праве // *Правоведение*. 1983, № 6.

⁴⁴ В юридической литературе предлагается ряд воззрений на международный правопорядок, из анализа которых следует, что правопорядок не может быть сведен к «праву» или «правовой системе». См.: *Евинтов В.И.* Международное сообщество и правопорядок. Киев, 1990; *Соколов В.А.* Мировое сообщество и система регуляторов международных отношений. М., 1992.

⁴⁵ См.: *Международное частное право*. Киев, 1985; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. М., 1998.

исключительное освещение получил вопрос об унифицированных нормах материально-правового характера, содержащихся в международных договорах, и, соответственно, обусловил постановку проблемы еще одного метода регулирования в МЧП — материально-правового. Положительный ответ на вопрос об их вхождении в состав МЧП означал закономерное согласие и с их участием в регулировании подпадающих под действие данной системы норм отношений. Единственным логическим выводом из указанного могло стать только признание наличия *второго метода регулирования — материально-правового*, обеспеченного материальными нормами прямого действия, унифицированными международными соглашениями.

После 50-х гг. XX столетия такие нормы стали признаваться в качестве полноправных норм МЧП и, следовательно, служить одним из средств реализации особого его метода — материально-правового. Следует подчеркнуть, что в данном случае, когда говорится о методах регулирования в международном частном праве, подразумевается, что предметом рассмотрения выступают *специальные*, т.е. такие методы регулирования, которые характеризуют данную совокупность правовых норм с позиций *особенного*, а именно подчеркивающие ее специфику. В то же время, коль скоро речь идет об отношениях *цивилистического характера*, никоим образом нельзя отрицать действия тех методов регулирования, которые применяются в гражданском праве и иных цивилистических отраслях. Закономерно, что для анализируемых отношений характерны диспозитивность, свобода договорных отношений, усмотрение сторон, равенство партнеров и т.п., которые свойственны правовому регулированию гражданских и торговых отношений вообще. Эти качества регулятивного воздействия имманентно присущи всей совокупности способов и средств, используемых для надлежащей регламентации отношений данного типа. В силу этого можно иметь в виду и *общий метод регулирования отношений цивилистического характера*, применяющийся в МЧП, который тем не менее не является определяющим в плане выделения его норм в какую-либо самостоятельную системную совокупность.

В этой связи необходимо упомянуть, что в научной и учебной литературе последних десятилетий был высказан несколько отличающийся от общей российской доктрины взгляд на методы международного частного права, который, помимо прочего, ревизует в том числе и разработки в области теории права. В частности, в статье В.П. Звекова «О соотношении коллизионно-правового и материально-правового способов регулирования в международном частном праве» (Советский ежегодник международного права. 1973. М., 1975) было высказано мнение, что в международном частном праве имеется два способа регулирования, которые укладываются в рамки одного метода — преодоления коллизионной проблемы. Впоследствии учебное пособие «Международное частное право», выпущенное в свет издательством «Юрист» в 1993 г., также исходит из существования некоего *общего метода* МЧП, который заключается в *преодолении коллизии*⁴⁶. К сожалению, данное воззрение без какой-либо аргументации практически дословно воспроизведено и в другом источнике⁴⁷. Метод опосредствуется двумя способами — *коллизионно-правовым*, осуществляемым в двух правовых формах — национальной и международной, и *материально-правовым*, осуществляемым в международной форме⁴⁸. Попутно необходимо отметить, что национально-правовые нормы «прямого действия» авторами последних из указанных изданий в состав МЧП не включаются, несмотря на то что в целом и в той и в другой работе всемерно подчеркивается специфика объекта МЧП — тех общественных отношений, которые оно призвано регулировать.

Не углубляясь в детали критики предлагаемой концепции, представляется резонным прежде всего задать вопрос: в чем же состоит регулятивное воздействие такого «преодоления»? Как путем «преодоления» юридические нормы воздействуют на общественные отношения (а именно это, следуя теории права, ставится во главу угла при определении метода правового регулирования),

⁴⁶ См.: Международное частное право. Учебное пособие. Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 1993. С. 13—21.

⁴⁷ См.: Ермолаев В.Г., Сиваков О.В. Международное частное право. Курс лекций. М., 1998. С. 12—13 и след.

⁴⁸ Международное частное право. Учебное пособие. С. 21.

если согласиться, что такой «метод» может существовать в правовой действительности? Каким юридически значимым образом выражается «преодоление»? Кроме того, если методы регулирования, опять-таки с точки зрения теории права, подразделяются на императивные и диалогические, то к каким из них принадлежит данное «преодоление»? Полагая, что вряд ли найдутся ответы на эти и другие вопросы в связи с формулированием подобного метода правового регулирования для сферы действия МЧП, заметим, что в качестве *цели правового регулирования* такая конструкция — решение коллизии права, преодоление коллизии права — не только вполне приемлема, но даже и необходима для международного частного права.

В противовес изложенному следующая констатация не вызывает сомнений: 1) в рамках коллизионного метода регулирования осуществляется регулятивное воздействие на объект благодаря применению самой коллизионной нормы в сочетании с последующим действием материальной нормы соответствующего национального правопорядка; 2) материально-правовой метод есть совокупность присущих ему особых средств регулирования. Он функционирует прежде всего за счет действия единообразных материально-правовых правил поведения, которые первоначально создаются государствами координационным путем (согласованием их волей) в форме международного унифицирующего договора и впоследствии инкорпорируются национальным правом государств-участников. Этот метод иногда называют методом унификации. Кроме того, материально-правовой метод регулирования как система средств воздействия на общественные отношения может обеспечиваться нормами «прямого действия», разработанными в рамках национального правотворчества конкретной страны исключительно для целей регулирования отношений, связанных с правопорядками различных государств.

Последнюю категорию из указанных норм МЧП, опосредствующих материально-правовой метод регулирования, некоторые исследователи выделяют даже в отдельный метод: «Названные нормы регулируют гражданско-правовые отношения с иностранным элементом и должны быть отнесены к международному частному праву. Такие нормы по механизму их введения в действие и порядку применения существенно отличаются как от унифицированных норм международного договора, так и от коллизионных норм, которые могут содержать отсылку и к отечественному, и к иностранному праву. Поэтому нормы прямого действия — особый, третий метод регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом наряду с коллизионными и унифицированными материальными нормами»⁴⁹.

Соглашаясь с данными авторами в целом в связи с включением национальных норм прямого действия в состав МЧП и, следовательно, юридической базы, формирующей материально-правовой метод регулирования, представляется необходимым тем не менее возразить им в части выделения третьего метода регулирования. Принципиальным элементом разграничения двух методов — коллизионного и материально-правового — выступает наличие либо отсутствие возможности получить ответ на вопрос о содержании соответствующего регулирования данного общественного отношения непосредственно, без обращения к коллизионной норме. В свете этого и унифицированная, и национальная материальные нормы имеют аналогичные механизмы действия, будучи, во-первых, *уже включенными в состав национальной правовой системы*, и, во-вторых, *обусловленными самим объектом регулирования и правовым характером предписания*. Вследствие таких обстоятельств нет достаточных оснований подразделять материально-правовой метод на два подвида.

2. Коллизионно-правовой метод регулирования

В рамках отдельных отраслей внутригосударственного права приходится иметь дело с относительно простыми ситуациями. Из числа подлежащих применению норм национального права необходимо выбрать одно положение, которое наиболее целесообразно в каждом индивидуальном случае. Иным образом обстоят дела в ситуациях, когда отношение характеризуется проявлением юридической связи с двумя или несколькими правопорядками.

⁴⁹ Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. М., 1984. С. 9.

Вследствие этого последние могут в равной степени претендовать на регулирование данного общественного отношения. При этом следует подчеркнуть главное обстоятельство: в содержании предписаний, существующих в рамках соответствующих систем права, имеются настолько значительные различия, что юридические последствия применения к отношению того или другого правопорядка могут быть полярно противоположными.

Например, российское юридическое лицо заключает сделку с монгольским юридическим лицом, причем сделка выходит за рамки целей, предусмотренных уставом российского юридического лица. Какой правопорядок должен в данном случае считаться надлежащим для регулирования рассматриваемого отношения — российский или монгольский? Если российский, то данная сделка будет квалифицироваться как юридически действительная, поскольку российское право не запрещает юридическим лицам вести деятельность, разрешенную действующим законодательством РФ, даже если таковая выходит за рамки их уставных положений. В случае же применения монгольского права, в силу ст. 43 ГК Монголии сделка объявляется ничтожной, так как была совершена юридическими лицами в противоречие с целями, зафиксированными в их учредительных документах.

Таким образом, проблема *выбора правопорядка*, точнее, *юрисдикции*, выступает в частном международном праве основной исключительно в силу специфики регулируемых отношений и расхождений в материальном праве различных государств.

Вопрос о том, какой правопорядок предпочесть, какой из них должен быть отброшен и на какой именно основе необходимо произвести выбор, когда правовые системы нескольких государств «сталкиваются» друг с другом — *коллидируют*, представляет собой сложную задачу. В очень многих случаях подобное является отнюдь не результатом произвольного решения судьи либо суда (иного компетентного органа) или воли сторон, а должно учитывать потребности международного сотрудничества, развития связей между государствами и интересы участвующих в отношении сторон и, естественно, соотносываться с соответствующими велениями правовых актов того или иного (а иногда и того и иного) государства. Выбор права, способного решить определенный вопрос по существу, возможен благодаря наличию особых правил, именуемых *коллизионными нормами*, которые заключают в себе наиболее рациональные для конкретных жизненных ситуаций решения.

Скажем, если неделимая семья хинду совершает сделку купли-продажи недвижимого имущества, расположенного на территории Вьетнама, то какому правопорядку будет подчиняться данный договор — индийскому или вьетнамскому? С точки зрения индийского права такая сделка действительна, поскольку семья хинду является специфическим субъектом права, известным всем штатам Республики Индия. Право же Вьетнама отсылает регулирование правоспособности граждан к закону их гражданства, если иное не установлено законодательством СРВ, право- и дееспособности иностранных юридических лиц — к праву места их учреждения. Понятия «семьи» как самостоятельного субъекта права вьетнамский правопорядок не знает вообще, а регулирование сделки по купле-продаже недвижимости должно осуществляться по вьетнамскому законодательству (ст. 831, 832 и 834 ГК СРВ 1995 г.).

В приведенном примере отыскание соответствующего материально-правового правила осуществляется с помощью коллизионных норм: «гражданская дееспособность иностранных граждан определяется по праву страны их гражданства, кроме случаев, когда иное установлено законом СРВ»; «в случае установления и исполнения иностранными юридическими лицами гражданско-правовых обязательств во Вьетнаме, их гражданская право-, дееспособность определяется по праву СРВ»; «гражданско-правовой договор, связанный с недвижимостью во Вьетнаме, подчиняется праву СРВ».

Исходя из этого, методом регулирования в международном частном праве служит коллизионно-правовой метод, т.е. воздействие на соответствующие общественные отношения, являющиеся объектом МЧП, посредством коллизионных норм, осуществляющих выбор **юрисдикции**

(**правопорядка**) и отсылающих регулирование отношения к материальному праву определенного государства либо международному договору. Попутно отметим, что данный метод является главным и исторически первым методом регулирования в международном частном праве.

3. Материально-правовой метод регулирования

А. Унификация национальных гражданско-правовых норм. С течением времени, точнее с развитием межгосударственных сфер производства и обращения, усложнения общественных отношений, лежащих в сфере международного хозяйственного и гражданского оборота, повлекших за собой расширение международных обменов, коллизионно-правовой метод все более стал проявлять некоторое свое несовершенство и перестал удовлетворять потребностям международной жизни. Это связано, во-первых, с «многоступенчатостью» регулирования, состоящей в том, что сначала коллизионная норма указывает на применимый правопорядок, а затем в его рамках осуществляется отыскание той материальной нормы, которая обеспечивает регулирование данного отношения в подлинном смысле, т.е. помогает ответить на искомый вопрос по существу. Во-вторых, действие коллизионной нормы нередко сопряжено с определенными явлениями негативного характера, которые затрудняют отыскание «конечной», т.е. материальной, нормы, такими как, скажем, «скрытые коллизии», «коллизии коллизий», «отрицательные и положительные коллизии», необходимость решения предварительных коллизионных вопросов, невозможность применения иностранного права в силу действия императивных предписаний национального правопорядка, а также оговорки о публичном порядке и др. (обо всех этих явлениях см. в главе 12).

Все это привело к тому, что государства стали изыскивать другие средства и возможности урегулирования отношений цивилистического характера, возникающих в международном обороте. Подобным инструментом служит международный договор, содержащий единообразные нормы (материальные) правила поведения, пригодные для решения определенных значимых для данных стран—участниц соглашения вопросов. Наиболее распространена разработка международно-правовых договоров, унифицирующих материально-правовые предписания различных государств, в международной торговле и областях, обслуживающих ее (морских, воздушных, автомобильных и железнодорожных перевозках), интеллектуальной собственности.

Стремление к созданию материально-правовых норм в указанных сферах путем согласования необходимых правил в международном договоре для целей регулирования частноправовых отношений, имеющих международный характер, явилось результатом потребности в преодолении объективного противоречия между национальными, по существу, формами регулирования и международной природой отношений по их содержанию. Именно в этой весьма широкой и диверсифицированной области субъективный взгляд суда, судейское усмотрение на фоне отсутствия в большинстве случаев надлежащего знания иностранного права диктовали целесообразность взаимосогласованных и становящихся общими для многих государств правовых решений.

Вместе с тем было бы неправильным представлять указанное в качестве «кризиса международного частного права». Некоторые авторы в этой связи говорят «о кризисе национального права», оговариваясь, правда, при этом, что речь не идет о «кризисе коллизионного права». «Это — реакция партнеров в международных торговых отношениях, — пишет алжирский исследователь М. Иссад вслед за французскими специалистами И. Луссуарном и Ж. Бредэном, — которые стремятся заменить внутреннее право, плохо приспособленное для регулирования международной торговли, международными нормами»⁵⁰.

Таким образом, *унифицированные международным договором нормы — один из инструментов обеспечения функционирования материально-правового метода регулирования в международном частном праве.*

Б. Материально-правовое регулирование посредством национально-правовых норм прямого

⁵⁰ М. Иссад. Международное частное право. М., 1989. С. 56.

действия. Отнесение внутренних материально-правовых норм к международному частному праву вызывает неоднозначную реакцию среди исследователей МЧП. Соответственно этому нормативная база действия материально-правового метода может быть или сужена или расширена в зависимости от того, какого взгляда придерживаются специалисты в данном вопросе. Подробнее аргументация по поводу включения в МЧП данной разновидности норм будет рассматриваться ниже, в разделе, посвященном нормативному составу. Здесь же представляется целесообразным ограничиться общим замечанием о том, что для некоторых групп отношений, а именно являющихся по своему характеру международными, такие нормы в правовом порядке соответствующих государств нередко являются единственным имеющимся в наличии средством регламентации. Возьмем, к примеру, постановление Госкомтруда СССР № 365 от 25 декабря 1974 г. «Об утверждении правил об условиях труда советских работников за границей» (в ред. постановления Минтруда РФ от 20 августа 1992 г. № 12). В данном акте устанавливаются размеры вознаграждения работников, осуществляющих свои трудовые обязанности за рубежом, а также внештатных работников, принятых на месте в учреждения СССР за границей из числа членов семей советских работников, время труда и отдыха, компенсации расходов по переезду и провозу багажа и т.д., условия и нормы обеспечения жилой площадью и проч. Совершенно очевидно, что подобные нормы не могут считаться нормами российского трудового права, поскольку последнее регулирует собственно трудовые отношения, а в данном случае рассматриваемые правила выходят за его рамки и представляют собой регулятор отношений иного характера. Аналогичные примеры в большом количестве можно привести и из области действующего законодательства зарубежных стран.

Так, закон Монголии о правовом положении иностранных граждан от 24 декабря 1993 г. устанавливает, что иммигранты, желающие основать дело в производственном секторе или сфере обслуживания Монголии, должны получить все необходимые разрешения и согласования в соответствии с законодательством Монголии и лицензию центрального исполнительного органа Монголии, ответственного за трудовые отношения (ст. 11). В связи с этим нелишне заметить, что рассматриваемое регулирование содержится в специальном акте, посвященном статусу иностранцев, тогда как в этой стране имеется и кодекс законов о труде, который мог бы вместить в себя такие нормы, если не принимать в расчет прежде всего особый объект регулирования. Закон Монголии об иностранных инвестициях от 1 июля 1993 г. предусматривает: если иное не установлено международным договором, в котором участвует Монголия, сумма компенсации за экспроприацию в государственных интересах вложенных средств иностранного инвестора будет определяться размером экспроприруемых активов на момент экспроприации (ст. 8). Сходным образом в Торговом кодексе СРВ содержится прямое правило, подлежащее непосредственному применению в необходимых случаях: «Договором купли-продажи товаров с иностранным коммерсантом является договор, заключенный между вьетнамским коммерсантом, с одной стороны, и иностранным коммерсантом — с другой» (ст. 81). Еще один пример: Закон Лихтенштейна 1996 г. «Об изменении регулирования о лицах и обществах», установивший новую редакцию акта от 2 января 1926 г., в специальных положениях предусматривает, что иностранное объединение при переносе из-за границы в Лихтенштейн «должно до внесения в реестр доказать, что объявленный в учредительных документах как полностью оплаченный основной капитал на момент перенесения объединения является покрытым» (ст. 233). Как видно, эти предписания не могут иметь значения для местных предприятий. Их объектом регулирования являются исключительно отношения, лежащие в международной сфере. Следовательно, отрицать их вхождение в МЧП вряд ли целесообразно. Целью подобных нормативных иллюстраций было на конкретном правовом материале ряда стран показать объект, метод и характер регулирования определенных общественных отношений, составляющих основной критерий международного частного права как отдельной совокупности норм.

Контрольные вопросы:

1. Какого рода отношения регулирует МЧП? Кто может выступать субъектом отношений, регулируемых МЧП?
2. Состояние отечественной доктрины в вопросе объекта регулирования МЧП.

3. Каковы главные особенности, характеризующие объект регулирования МЧП?
4. Существует ли единодушное определение объекта регулирования и самой системы норм, именуемой МЧП?
5. В чем недостатки концепции «иностранного элемента», используемой для характеристики объекта регулирования в МЧП?
6. Состояние доктрины в области исследований методов регулирования МЧП.
7. Каковы методы правового регулирования в МЧП и правовая природа используемых в процессе их применения норм?
8. Механизмы действия коллизионно-правового и материально-правового методов в МЧП.

Глава 6. Нормативный состав международного частного права

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право, М., 1959; *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; *Бургучев Г.С.* Унификация в рамках Комиссии ООН по праву международной торговли норм, регулирующих внешнюю торговлю//Советский ежегодник международного права. 1973. М., 1975. С. 269—281; *Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984. С. 38—63; Международное частное право. Под общ. ред. Г.К. Матвеева. Киев, 1985. С. 5—37. *Кузнецов М.Н.* Некоторые особенности развития международного частного права//Советский журнал международного права. 1991, № 1; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 89—98, 145—196; *Honnold J.O.* Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention. Deventer, 1991; Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров. Комментарий. М., Юрид.лит. 1994; *Зевков В.В.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 104-126.

§ 1. Коллизионные нормы

Проблема нормативного состава в МЧП также одна из дискуссионных на данном этапе. Как следует из самого понятия международного частного права, деление его норм на коллизионные и материально-правовые является для него исходным. Однако на этот счет взгляды далеко не всех теоретиков, занимавшихся МЧП вообще и специально вопросом его нормативного состава в частности, совпадают. В середине 50-х гг. XX столетия в странах Восточной Европы (тогдашней ГДР, Венгрии, Болгарии, с участием также и авторов из СССР) активно дебатировалась проблема вхождения в состав норм МЧП положений материально-правового характера, единообразно регулирующие соответствующие общественные отношения, т.е. унифицированных международными договорами, — как, например, нормы единообразных законов, являющихся приложениями к вексельной или чековой конвенциям 1930 и 1931 гг. и др. До этого времени полагалось, что международное частное право состоит исключительно из коллизионных норм, будь то национальные либо созданные международными двусторонними или многосторонними соглашениями.

Нет спора, с момента зарождения международного частного права и по настоящее время основным элементом в его нормативном составе выступают коллизионные нормы. Начиная с суждений магистра Алдрика, от глоссы Аккурсия (1228 г.), т.е. решения сакраментального вопроса о том, можно ли применять право Модены для гражданина Болоньи, если он судится в Модене, до наших дней практически повсеместно коллизионные нормы определяют понятие и основное содержание МЧП.

В зависимости от способа создания коллизионные нормы разделяются на две основные категории: *национальные*, т.е. созданные в рамках национального права отдельным государством самостоятельно, и таковые, разработанные в процессе международного сотрудничества двух или более государств посредством двустороннего либо многостороннего договора. Последние принято именовать *унифицированными, или международными коллизионными нормами (т.е. созданными международно-правовым путем)*. Как было подчеркнуто ранее, коллизионные нормы, будучи сутью и спецификой международного частного права, с закономерным единодушием рассматриваются исследователями в качестве неотъемлемого элемента его нормативного массива. Пожалуй, это один из немногих вопросов МЧП, который не имеет расхождений во мнениях отечественных и зарубежных авторов.

Наиболее полно и концентрированно коллизионные нормы представлены в специальных актах, кодифицирующих международное частное право в тех странах, в которых такая кодификация проведена (к примеру, в Австрии, Венгрии, Венесуэле, Грузии, Италии, Лихтенштейне, Польше, Румынии, Тунисе, Турции, ФРГ, Чехии, Швейцарии, Югославии, Японии, и т.д.). Однако коллизионные нормы могут содержаться и в отраслевых актах гражданского или торгового права

либо в нормативных документах подзаконного характера. В частности, они включены в Гражданские кодексы Франции, Бельгии, канадской провинции Квебек (Кодекс Наполеона), Торговый кодекс Португалии 1888 г., Гражданский кодекс Монголии 1994 г. в качестве особого его раздела, Гражданский кодекс СРВ 1995 г., Гражданский кодекс Кубы 1987 г., Гражданский кодекс Белоруссии 1998 г., Гражданский кодекс Казахстана 1999 г., Гражданский кодекс Киргизии 1998 г., а также Общие положения гражданского права 1986 г., Закон о договорах 1999 г. Китая, Закон о регулировании внешнеэкономической деятельности 1991 г. Украины и др. Аналогичное положение имеет место и в России, в которой нормы МЧП сконцентрированы преимущественно в разд. VII Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., ныне — в разд. VI «Международное частное право» третьей части ГК, равно как в различных актах других отраслей — КТМ 1999 г. (глава XXVI), Воздушном кодексе 1997 г., Законе о государственном регулировании внешнеторговой деятельности 1995 г., Федеральном законе «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г. и т.д.

Как видно, материал коллизионно-правового регулирования, представленного в приведенных нормативных актах столь широкого списка государств, существенно отличающихся друг от друга по социально-экономическим характеристикам, историческим традициям и правовой культуре, трудно проанализировать всесторонне. Однако прежде всего следует раскрыть некоторые общие черты и закономерные тенденции развития коллизионного права на современном этапе. Еще Л.А. Лунц писал по этому поводу, что «изучение коллизионного права данной страны в отрыве от коллизионного права других стран невозможно. Плодотворным может быть лишь изучение коллизионных норм различных стран в совокупности»⁵¹.

Несмотря на то, что, скажем, многие государства Запада, с одной стороны, и ряд восточноевропейских стран, с другой стороны, находятся внутри каждой из групп практически на одинаковых ступенях общественно-экономического развития, их коллизионные нормы в определенных моментах не совпадают. Проявления подобных несовпадений могут быть самыми различными: в одних случаях законодательства нескольких государств могут использовать разные коллизионные привязки (формулы прикрепления) для регулирования аналогичных общественных отношений или отдельных их элементов; в других — при использовании одинаковых коллизионных принципов могут применяться нетождественные юридические понятия. При существовании же сходных юридических терминов и понятий может иметь место различное их толкование, а именно в том духе общих принципов права, которые свойственны праву и практике данной конкретной страны.

Например, для внешнеэкономических сделок в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., Гражданском Кодексе Монголии, законе Венгрии о МЧП 1979 г. используется коллизионная привязка к праву страны продавца, а по Гражданскому Кодексу СРВ 1995 г. основным принципом выступает закон места совершения договора в вопросах формы и места его исполнения применительно к существу — правам и обязанностям сторон (ст. 834).

В то же время в ряду коллизионных норм, содержащихся во внутригосударственном праве многих государств, находятся такие положения, которые обладают высокой степенью общности для соответствующих национально-правовых систем. К подобным правовым положениям, бесспорно, относятся нормы, позволяющие определить обязательственный статус, подлежащий применению как «собственное право договора».

Оценивая национальное законодательство соседних с Российской Федерацией стран, имеющих полную или частичную кодификацию МЧП, экономическое сотрудничество с которыми традиционно развивалось интенсивно и плодотворно, через призму системы коллизионных норм, применяемых для регулирования отношений между их национальными субъектами, в порядке общего подхода можно сформулировать некий важный критерий. Он состоит в наличии или отсутствии *совокупности* коллизионных принципов, закрепляемых в коллизионных нормах. С этой точки зрения государства разбиваются на две основные группы: во-первых, те, в которых действует *общая* коллизионная норма, позволяющая определить применимое к договору право

⁵¹ Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 169.

(Болгария, в прошлом Монголия, Румыния, а также в свое время и СССР); во-вторых, таковые, которые используют ряд *специальных* коллизионных норм, точнее, привязок, способствующих отысканию обязательственного статута. Различия между двумя категориями законодательных подходов строятся, в сущности, на противопоставлении прикрепления к территориальному закону и закону, в максимальной степени учитывающему существо и особенности регулируемого отношения. В рамках второго подхода Куба, Венгрия, Польша, Чехия, Россия, ныне Монголия, Украина и др. имеют детализированный перечень специальных коллизионных норм (формул прикрепления), способствующих более качественному установлению «права договора» в зависимости от его вида.

Речь идет также об отношении различных правопорядков к принципу «автономии воли сторон» — *lex pro voluntate*. Ничем не ограниченная воля сторон, если это предусматривается национальным правом, позволяет им избрать какой-либо «нейтральный» правопорядок, что способствует устранению из взаимных отношений нередко возникающих подчас обвинений в приверженности «своему» национальному праву и отрицании права партнера, воспользоваться таким иностранным законодательством, которое, возможно, наиболее разработано в соответствующей области.

§2. Материально-правовые нормы

1. Национально-правовые нормы прямого действия

В отличие от коллизионных норм, не содержащих ответа на вопрос о существовании конкретного отношения и отсылающих его к соответствующему регулированию иностранного или отечественного правопорядка, материально-правовые предписания являются конечными регуляторами в каждом данном случае рассматриваемого общественного отношения.

Например, в «Русской правде» содержится ряд норм о торговых сделках с «гостями» — чужеземными купцами. Так, говорилось о праве «гостя» получить удовлетворение из имущества несостоятельного должника преимущественно перед «домашними» кредиторами и др.

Материально-правовые нормы, рассчитанные на регулирование отношений, имеющих правовую связь с правопорядками различных государств, могут быть сформулированы в любом из видов источников международного частного права — международных договорах, обычаях, национально-правовых актах, судебных решениях.

Современные материально-правовые нормы в национальном правопорядке могут содержаться в законах, а также в подзаконных или ведомственных актах.

Например, в Инструкции ГНИ РФ от 11 октября 1995 г. № 39 (в ред. от 7 августа 1998 г.) «Об исчислении и уплате налога на добавленную стоимость» содержится ряд материально-правовых норм, конкретизирующих такие понятия, используемые в налогообложении, как «место реализации услуг», «место фактического осуществления работ (услуг)», «место экономической деятельности» покупателя услуг, «документы, подтверждающие место выполнения работ и оказания услуг» и т.д., если покупатель услуг имеет место нахождения в одном государстве, а продавец — в другом.

В отличие от общих норм гражданского или торгового права, которые по своей природе также являются материально-правовыми и применяются как результат отсылки к ним, сделанной с помощью коллизионной нормы, рассматриваемые предписания выступают в качестве *специальных норм*, поскольку они применяются только для регулирования одной категории общественных отношений — тех, которые составляют объект международного частного права. В доктрине данные нормы именуют еще *нормами прямого действия*, так как они непосредственно, «прямо» регулируют соответствующее отношение по существу без обращения к коллизионной норме и дают ответ по существу.

В отечественной и зарубежной литературе до сих пор не прекращаются дискуссии по поводу того, включаются ли национально-правовые, материально-правовые нормы в состав МЧП. В свое

время подобного рода споры велись и в связи с материально-правовыми нормами, унифицированными посредством международного договора. Так, в 50-х гг. XX столетия дебатировался вопрос о том, входят ли в состав МЧП нормы, унифицированные международными договорами (см. дискуссию между немецкими, венгерскими и советскими авторами Хорстом Виманом, Ласло Рецеи, А.Б. Левитиным, Л.А. Лунцем и др.⁵² При этом сперва включение даже унифицированных коллизионных норм сопровождалось отрицанием, а затем та же судьба постигла и материально-правовые нормы. Однако со временем вхождение в МЧП материально-правовых норм, унифицированных международным договором, стало признаваемым в подавляющем большинстве случаев.

Ныне же исследователями обсуждается проблема национальных материально-правовых норм как норм МЧП. Такие авторы, как М.М. Богуславский, М.Н. Кузнецов и др. вслед за И.С. Перетерским полагают, что данные нормы, будучи предназначенными исключительно для регулирования определенных отношений, т.е. образующих именно объект регулирования МЧП, не могут не включаться в его состав. Следовательно, определяющим для них критерием выступает объект регулирования. Другие же (прежде всего Л.А. Лунц) исходят из того, что данный вид норм не отражает существа международного частного права, которое заключается в том, что «по всякому правоотношению с «международным» или «иностраным» элементом возникает коллизионный вопрос», и коллизионная норма, разрешающая этот вопрос, не может быть заменена внутренней материальной нормой»⁵³. Для М.И. Брагинского, вообще полагающего, что нормы международного частного права суть часть гражданского права, вопроса о качестве материально-правовых предписаний национального права считается принадлежащими к какой-либо иной, нежели гражданско-правовой отрасли, не встает в принципе. Г.К. Дмитриева, в свою очередь, указывает, что, «с одной стороны, они так же, как и нормы международного частного права, специально предназначены для регулирования гражданских отношений с иностранным элементом и, следовательно, у них общий предмет регулирования. Но с другой стороны, они не выражают метод международного частного права — преодоление коллизии права»⁵⁴. Даже оставляя в стороне проблему иерархии отраслеобразующих факторов (все же приоритетным для деления отраслей права на самостоятельные виды, с позиций теории права всегда было наличие специфического объекта регулирования), следует заметить, что аргументация, основанная на подобном подходе, не может показаться фундаментальной и с другой точки зрения. Материально-правовая норма, установленная в национальном праве и предназначенная регулировать отношения, выходящие за рамки правопорядка одного государства, применяется к конкретному общественному отношению, когда к ней отошлет коллизионная норма, а также непосредственно, «напрямую», т.е. не дожидаясь этого момента, — в силу самого характера этой нормы, поскольку подобные предписания в большинстве своем выражены как императивные правила поведения. Трудно согласиться с трактовкой Л.А. Лунцем некоторых таких норм из числа материально-правовых как норм коллизионных или норм публичного порядка, однако можно тем не менее предположить, что и сущность международного частного права они все же выражают вполне адекватно — их внутренней предпосылкой, как бы *имплицитно* присутствующей гипотезой является односторонняя коллизионная норма, обуславливающая применение отечественного правопорядка и указывающая на сформулированное в норме соответствующее правило поведения.

Например, нормы французского законодательства, посвященные статусу иностранцев в стране, определяют, что граждане стран ЕС не нуждаются в получении французского удостоверения «коммерсанта» для профессиональной коммерческой деятельности. Граждане США, Швейцарии, ЦАР, Конго, Габона, Мали, Сенегала, Того получают удостоверение коммерсанта автоматически. Или, скажем, положения «закона Паскуа» (так именуются последние редакции Ордонанса от 2 ноября 1945 г. о въезде и выезде иностранцев в форме декретов от 24 августа 1993 г. № 93-1027 и от 30 декабря 1993 г. № 93-1417) предусматривают, что «по истечении трехлетнего срока

⁵² Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 23—25.

⁵³ Лунц Л.А. Указ. соч. С. 26.

⁵⁴ Международное частное право. Учебное пособие. С. 26.

законного пребывания в целях определенной профессиональной деятельности иностранец может подать заявление на получение 10-летнего удостоверения в качестве лица, постоянно проживающего во Франции» (вида на жительство «лица-резидента») (ст. 14). Указание на применение в этом случае именно французского закона и содержание соответствующего регулирования слиты воедино в самой норме. Вряд ли нормы подобного рода могут быть отнесены к какой-либо иной отрасли права, кроме как международному частному праву, поскольку они предназначены только для регулирования отношений данного вида, характеризующегося участием в них иностранных граждан. По высказыванию Л. Раапе, смысл применения материально-правовой нормы (как иностранной, так и отечественной) выражается в том, что мы подтверждаем или признаем, что возникло, прекратилось либо перенесено субъективное право, что существует или уже не существует то или иное юридическое отношение...»⁵⁵

Все это свидетельствует, как представляется, в полной мере о том, что подобного рода нормы могут быть принадлежностью только международного частного права ввиду, во-первых, специфики объекта, на который они воздействуют, и, во-вторых, самой сути содержащегося в них предписания — прямого правила поведения, применение которого обусловлено императивностью его характера.

2. Унифицированные материально-правовые нормы

С развитием международной торговли и иных форм общения в составе международного частного права стали появляться не только положения, сформулированные в рамках национального правотворчества отдельными государствами, но и нормы, созданные в порядке правового сотрудничества государств друг с другом, сначала преимущественно на двусторонней основе, а затем и в форме многостороннего участия. Эти нормы, согласованные двумя или несколькими государствами, единообразно устанавливали какое-либо регулирование в конкретном вопросе, затрагивающем интересы двух и более государств.

Например, в памятнике древнерусского права — договоре князя Олега с греками 911 г. — в статье 13 «О русских, находящихся на службе в Греции у греческого царя» содержится, между прочим, следующее положение: «Если кто из них умрет, не завещав своего имущества, а своих родственников у него в Греции не будет, то пусть возвратят все 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». Приведенное предписание имеет целью воспрепятствовать захвату имущества, оставшегося после русского, византийскими властями. Это — материально-правовая норма, хотя в литературе и высказывалось мнение, что с помощью данного правила имелось в виду основать наследование в подобных ситуациях на русском обычае, т.е. квалифицировать ее в качестве коллизионной нормы⁵⁶. Тем не менее очевидно, что в данном случае выражено «прямое» правило — имущество после «русского» должно наследоваться по завещанию либо без завещания передаваться ближайшим родственникам умершего в Греции или на Руси.

Материально-правовые нормы, унифицированные международным соглашением, представляют собой правила поведения, сформулированные в положениях договора, непосредственно применяемые для регулирования отношения по существу. Если речь идет, скажем, о том, что следует считать «международной воздушной перевозкой» грузов, пассажиров и багажа, то нормы Варшавской конвенции 1929 г. дают исчерпывающий ответ в этом плане: международной будет такая перевозка, когда место отправки и место назначения находятся в разных государствах. Сходным образом, т.е. единообразно, с помощью материально-правовых норм, установленных в соглашении, решены и многие другие важные вопросы. Так, ответственность за причинение вреда здоровью или смерти пассажиру в результате перевозки

⁵⁵ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. С. 17.

⁵⁶ См.: Луиц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 107.

ограничивается 250000 золотых франков, предел ответственности за утрату багажа или его повреждение составляет 250 золотых франков за 1 кг веса, а для ручной клади — 5000 золотых франков на пассажира (п. 1 ст. 22).

В других случаях международные соглашения, имея в виду преодоление существующих в праве многих государств расхождений по поводу содержания или квалификаций некоторых понятий («исковая давность», «непреодолимая сила», «момент перехода риска» и т.д.), устанавливают положения, которые или непосредственным образом регулируют существо вопроса, либо решают проблему путем обхода спорных терминов. Например: период времени, в течение которого «требования покупателя и продавца друг к другу, вытекающие из договора международной купли-продажи или связанные с его нарушением, прекращением либо недействительностью, не могут быть осуществлены вследствие истечения определенного периода времени», именуется сроком исковой давности (ст. 1 Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г.). «При железнодорожных перевозках в случаях поставки франко-вагон риск случайной утраты или случайного повреждения товара переходят с продавца на покупателя с момента передачи товара с железной дороги страны продавца железной дороге, принимающей товар». Аналогичным образом в международных договорах устанавливаются конкретные предписания, определяющие действия и поведение сторон [см. содержание § 1 ОУП СЭВ 1968/1975 гг. (в ред. 1979/1988 гг.)]. Например, Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров указывает: «Сторона не несет ответственности за неисполнение любого из обязательств, если докажет, что оно было вызвано препятствием вне ее контроля и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий» (п. 1 ст. 79).

Следовательно, присоединившиеся к соответствующему международному договору страны имеют возможность регулировать определенные общественные отношения единообразно, к тому же непосредственно — без обращения к коллизионным нормам. На современном этапе развития международного частного права, пожалуй, вхождение в состав МЧП материальных норм, унифицированных международным договором, может быть признано как разделяемое большинством исследователей. Вместе с тем подобные новые явления в развитии права вызывают и постановку новых проблем. Так, известно, что некоторые унифицирующие договоры содержат материальные нормы, предназначенные не только для регулирования отношений, лежащих в международной сфере и тем самым связанных с правопорядками различных государств, но также и так называемых внутренних отношений. К таким актам, например, относятся вексельные и чековые конвенции соответственно 1930 и 1931 гг., Варшавская конвенция 1929 г. об унификации некоторых правил, касающихся международных воздушных перевозок, и др. Учитывая это, известный французский специалист А. Батиффоль задается главным вопросом: правомерно ли по-прежнему вести речь об МЧП в подобных случаях? Его ответ сугубо отрицательный. Эти акты он предлагает рассматривать в рамках гражданского либо торгового права как очевидно свойственные этим отраслям и отрицает принадлежность этих норм к международному частному праву⁵⁷.

Подобный подход вызывает возражения. Болгарский ученый В. Кутиков отстаивает более последовательное решение вопроса и полагает, что «если одно или несколько государств договорились о применении определенных норм и к международным, и к внутренним отношениям, имеет место функциональная двойственность рассматриваемых материально-правовых норм. Нет никакого резона отказывать им в такой квалификации под предлогом того, что они способны выполнять, кроме того, и свою функцию в рамках внутреннего правопорядка».⁵⁸ Таким образом, проблема включения в состав международного частного права тех или иных видов

⁵⁷ См.: *Batiffol H.* L'Etat de droit international privé en France et dans l'Europe continentale de l'Ouest//*Journal du droit international*. Numéro centenaire. § 1. P. 27—29.

⁵⁸ См.: *Koutikov V.* Règles substantielles d'application immédiate et autonome en droit international privé.//*Droit international privé et public*. Sofia, 1978. P. 5.

норм сопровождается достаточно разнообразными точками зрения и нюансированными дискуссиями.

В современных условиях ограничение при подходе к МЧП только кругом коллизионных норм становится анахронизмом. Такова нынешняя точка зрения многих представителей науки частного международного права Европы, Азии, Африки. П. Лялив (Швейцария) утверждает, что сегодня «не существует никаких убедительных оснований, ни практических, ни теоретических, ограничивать предмет международного частного права только коллизиями законов».⁵⁹

В ФРГ коллизионистская доктрина (Л. Раапе, М. Вольф, А. Шнитцер) уступает место материально-правовому подходу. Известный западногерманский специалист Г. Кегель пишет, что коллизионное право исчезает в «черной дыре» материального права⁶⁰ и добавляет в свой учебник по международному частному праву разделы, рассматривающие проблематику не только международного гражданского процесса, но и вопросы «международного права экспроприации», «международного валютного права», «права картелей», делая, однако, при этом соответствующую оговорку.

Китайская доктрина, хотя и не едина по своей сути в вопросе нормативного состава МЧП, в большинстве случаев исходит из широкой его конструкции, т.е. отнесения к нему помимо коллизионных норм также и унифицированных материальных, и национально-правовых норм «прямого действия», руководствуясь критерием объекта регулирования (гражданско-правовых отношений с иностранным элементом) как основным принципом (Тунг Пи-Чен, Хан И Ли, Кьян и Ю Ху, Рен Лишенг в противовес коллизионистскому взгляду, например, Хан Депеи).

§ 3. Проблема включения в состав МЧП процессуальных норм

В отечественной доктрине частного международного права выдвигались также идеи о включении в его состав и процессуальных норм, т.е. таких предписаний, которые регулируют процедуру рассмотрения в судебном порядке дел с участием иностранных физических и юридических лиц, их процессуальное положение и т.д. Так, в «Юридическом энциклопедическом словаре», изданном в 1984 г. содержится следующая однозначная констатация: «МЧП — совокупность норм, регулирующих... имущественные и связанные с ними неимущественные отношения, регулируемые нормами семейного, трудового и процессуального права, которые имеют международный характер».⁶¹ Прежде всего это делается на том основании, что имеется тесная связь этих норм (равно как и регулируемых ими отношений) между собой, которая «обусловлена не столько источниками их происхождения, сколько природным единством в международном частном праве самой связи материального права и судебного процесса».⁶² С учетом этого предлагался нетрадиционно широкий нормативный состав МЧП: 1. Коллизионные нормы как внутреннего права государств, так и содержащиеся в международных договорах. 2. Специальные материальные и процессуальные нормы внутреннего права, издаваемые для регулирования указанных отношений. 3. Материальные и процессуальные нормы общего характера, содержащиеся в различных внутренних источниках, которые применяются только совместно с коллизионной нормой, которая к ним отсылает. 4. Материальные и процессуальные нормы, содержащиеся в международных источниках права, предназначенных для регулирования указанных отношений.⁶³

По преобладающему большинству позиций, имеющихся в современной и исторически

⁵⁹ См.: *Lalive P. Tendances et méthodes en droit international privé//Recueil des cours. T. 155 (1977-2). P. 33.*

⁶⁰ См.: *Lalive P. Tendances et méthodes en droit international privé//Recueil des cours. T. 155 (1977-2). P. 33.*

⁶¹ *Юридический энциклопедический словарь. М., 1984. С. 218.*

⁶² *Кузнецов М.Н. Некоторые особенности развития международного частного права//Советский журнал международного права. 1991, № 1. С. 23.*

⁶³ См. там же. С. 27.

предшествующей ей науке МЧП, ни общие нормы гражданского права и гражданского процесса, ни таковые специальные (особенно процессуальные) не включаются в его состав. Помимо уже упоминавшихся, список имен соответствующих авторов весьма представительен: И.С. Перетерский, Л.А. Лунц, В.П. Звеков, О.Н. Садилов, В.С. Поздняков, И.А. Грингольц, М.Г. Розенберг, А.А. Рубанов и т.д. Определенную неясность в этом отношении представляет собой точка зрения М.М. Богуславского. В последнем издании учебника «Международное частное право» мы читаем: «Отечественная доктрина относит к международному частному праву вопросы так называемого международного гражданского процесса. Она исходит из того, что иностранный элемент в гражданском деле (а к гражданским делам в РФ относятся и семейные, и трудовые дела) порождает определенные процессуальные последствия».⁶⁴ В данном случае непонятно, подразумевается ли под международным частным правом система норм (МЧП в объективном смысле, т.е. как позитивное право) либо МЧП как наука — отрасль правоведения. В то же время в другом месте указанного учебника находим следующее: «... в состав международного частного права входят как коллизионные, так и материально-правовые нормы, регулирующие гражданско-правовые отношения с иностранным элементом, которые возникают в областях международного экономического, научно-технического и культурного сотрудничества, а также *нормы, определяющие гражданские, семейные, трудовые и процессуальные права иностранцев* (курсив мой — Л.А.)».⁶⁵ Из этого трудно сделать какой-либо иной вывод, кроме того, что упомянутый автор и в том и в другом вопросе (об объекте регулирования и нормах) соответствующие категории — процессуальные отношения с участием иностранцев и нормы, регулирующие их, — относит именно к международному частному праву. Подытоживая же рассмотрение проблемы системы норм МЧП, М.М. Богуславский констатирует, что он придерживается широкой концепции международного частного права.

Общий взгляд на *материальную природу* МЧП в российской науке был высказан еще в начале XX в. П.Е. Казанским, который подчеркивал, что недостаток большинства определений международного частного права состоит в том, что они рассматривают его исключительно с судебной точки зрения⁶⁶. Вместе с тем это обстоятельство объективно свидетельствует о том, что данная оценка появилась в противопоставление, как видно, бытовавшим в тот период воззрениям о процессуальном характере МЧП. О подходе к этому вопросу западной доктрины см. с. 33—36.

Представляется, что на современном этапе развития и распространения международных обменов и человеческих контактов в самых различных областях производства, обращения, культуры, науки, техники и др. МЧП как объективное право, основу которого составляют отношения цивилистического характера, юридически связанные с различными правовыми порядками, невозможно оторвать от средств защиты соответствующих прав и обязанностей, которыми наделяются гражданско-правовые субъекты во всех государствах в процессе осуществления подобного рода отношений. В то же время необходимо безоговорочно признать правоту тех исследователей, которые утверждают, что процессуальные нормы есть особые правила, которые регламентируют деятельность суда и других органов юстиции, и в рамках этой деятельности нет места *выбору права, коллизионным принципам прикрепления и вообще коллизиям*, свойственным МЧП как таковому и являющимся его основными специфическими чертами. Действительно, суд каждого государства применяет свои и только свои процессуальные нормы. И все же, с нашей точки зрения, правомерно ставить вопрос о включении в МЧП процессуальных отношений в качестве составляющей в его объекте регулирования. Почему?

Дело в том, что в случаях регулирования отношений, подпадающих под сферу действия МЧП, всегда идет речь, как уже подчеркивалось, о проявлении их юридической связи с тем или иным правовым порядком. В этих обстоятельствах выбор, который совершается, состоит в выборе именно *правового порядка и юрисдикции в целом*, а не просто позитивного (материального) гражданского или

⁶⁴ Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. М., 1998. С. 19.

⁶⁵ Там же. С. 22.

⁶⁶ Казанский П.Е. Учебник международного права публичного и гражданского. Одесса, 1902. С. 505.

торгового права либо тем более отдельных его актов или норм. Достаточно напомнить по этому поводу, что такой выбор гипотетически может привести в действие всю правовую систему данной страны, в том числе коллизионное и иное право. Соответственно, при совершении лицом, например, сделки с иностранным контрагентом определяется не только применимое к договору право, которое будет регулировать его во всех основных элементах, но и происходит выбор учреждений (преимущественно судебных) для последующего разрешения споров, возникающих в связи со сделкой. Естественно, что произведенный выбор юрисдикции обусловит применение процессуального права именно этой юрисдикции.

Не вызывает сомнений при этом, что избранный правопорядок сам определяет, как осуществляется регулирование гражданских, торговых, процессуальных, налоговых, финансовых, валютных и других подлежащих отношений, оказавшихся в сфере действия данной юрисдикции. В результате если конструировать международное частное право как систему норм, имеющих объектом общественные отношения цивилистического характера, юридически связанные с правопорядками различных государств, в силу чего для их регулирования необходимо установить соответствующее им право и, таким образом, возникает объективная необходимость выбора правопорядка (юрисдикции в целом), то процессуальные отношения закономерно должны будут войти в объект регулирования МЧП.

Таким образом, в настоящих условиях частное международное право состоит из следующих видов норм: 1) коллизионные нормы, унифицированные международным договором, 2) национально-правовые коллизионные нормы (автономно созданные национальным правом государств); 3) материально-правовые нормы, унифицированные международным договором; 4) национально-правовые нормы прямого действия, т.е. материально-правовые предписания, созданные в рамках национального правопорядка; 5) нормы так называемого международного гражданского процесса (как унифицированные, так и национальные). Столь широкая палитра нормативной характеристики международного частного права, в том числе и Российской Федерации, не всегда была необходимой. Это стало настоятельным вследствие качественных изменений в условиях международной жизни, когда участились контакты между физическими и юридическими лицами разных стран, возросли обращения участников хозяйственного (гражданского) оборота к судебным и иным юрисдикционным органам иностранных государств для защиты своих нарушенных прав или в иных процессуальных целях и тем самым вопрос о расширении объекта регулирования такой специфической отрасли права, как международное частное право, был поставлен объективно. Однако следует подчеркнуть еще раз, что в ряде государств процессуальные отношения и соответственно нормы, регулирующие их, включались в МЧП и ранее.

В заключение представляется важным и своевременным обратить внимание еще на один момент, связанный со спецификой международного частного права. Выше уже упоминалось, что регулирование международных отношений частного-правового характера обеспечивается путем взаимодействия коллизионной нормы с материально-правовыми предписаниями. Причем с этой точки зрения, если имеет место отсылка к иностранному праву, то она затрагивает как общие, так и специальные нормы соответствующего государства, следовательно в регулятивный процесс включаются иностранные положения материального права. Поскольку именно материальные нормы несут в себе конечный регулирующий эффект, было бы неверным полностью игнорировать их, ведя речь о нормативном составе МЧП. Но обусловленный логикой следующий шаг в этом отношении — тезис о необходимости включения таких материальных норм иностранного права в правовую систему МЧП конкретной страны — привел бы к парадоксальному, чтобы не сказать абсурдному, выводу и заставил бы считать международным частным правом отдельно взятого государства все правовые нормы, предназначенные регулировать *цивилистические* по своей природе общественные отношения, всех государств мира. Безусловно, представить себе подобное трудно. Однако и отбросить «несущую конструкцию» — иностранные материальные нормы — невозможно. Каково же решение?

С учетом всего изложенного представляется, что международное частное право потому и является международным, что оно оперирует множеством иностранных норм, которые, однако, не

входят жестко в его состав. Спецификой МЧП в этом плане является как раз то, что оно не имеет ригидной (строго устойчивой) структуры, как другие отрасли внутригосударственного права. В силу этого международное частное право нельзя определить как постоянную систему соответствующих норм, ибо она обладает прямо противоположным качеством — изменчивостью.

Контрольные вопросы:

1. Какие нормы представляют собой историческую и сущностную основу МЧП?
2. Какова правовая природа и в каких источниках права могут закрепляться коллизионные нормы?
3. Основные категории взглядов в отечественной науке МЧП по вопросу о его нормативном составе.
4. Содержание предмета дискуссий в науке МЧП применительно к нормативному составу.
5. Каковы новейшие тенденции в российской науке МЧП по вопросу о включении в состав МЧП национально-правовых норм прямого действия?
6. Каковы позиции современных авторов о вхождении процессуальных норм в состав МЧП?
7. В чем заключается специфика установления системы норм МЧП?

Глава 7. Место международного частного права в юридической системе

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право, М., 1959; *Лунц Л.А.* Международное частное право. М., 1970; *Галенская Л.Н.* Международное частное право. Учебное пособие. Л., 1983; *Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; Международное частное право. Под общей ред Г.К. Матвеева. Киев, 1985; *Mádl F., Vékás.* The Law of Conflicts and Foreign Trade. Bud., 1987; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 3—31, 112—144; *Богуславский М.М.* Международное частное право. Учебник. М., 1998; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999.

Место международного частного права в юридической системе определяется рядом факторов, первостепенными из которых выступают объект, субъекты, источники и методы регулирования. Этот вопрос вызывал и вызывает споры в научной среде.

Представителей различных концепций, трактующих природу норм МЧП и его место в различных системах права, с достаточной степенью условности можно разбить на четыре основные группы: 1) «международники» (С.А. Голунский, В.Э. Грабарь, С.Б. Крылов, Ф.И. Кожевников, А.М. Ладыженский, М.А. Плоткин, С.А. Малинин, В.И. Менжинский, Л.Н. Галенская, И.П. Блищенко, а также М. Геновски (Болгария), Морено Кинтана (Аргентина) и др.; 2) «цивилисты» (М.М. Агарков, О.Н. Садиков, М.И. Брагинский, А.Л. Маковский, И.А. Грингольц, считающие МЧП частью гражданского права; 3) «внутригосударственники», относящие международное частное к внутреннему праву каждого отдельного государства и подчеркивающие гражданско-правовой характер его норм, однако считающие его самостоятельной отраслью национального права (И.С. Перетерский, Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, Г.К. Матвеев, Е.Т. Усенко, В.С. Поздняков, А.П. Мовчан, В.П. Звеков, С.Н. Лебедев, Н.В. Орлова, А.А. Рубанов, А.Б. Левитин, М.Г. Розенберг и др. — среди отечественных специалистов, а также А. Батиффоль — во Франции, М. Коппенол-Ляфорс — в Голландии, М. Джулиано — в Италии, в известной мере М. Иссад — в Алжире); 4) сторонники «полисистемного комплекса». Что касается существа (в противовес форме выражения) этой точки зрения, то ее основоположником следует считать русского ученого А.Н. Макарова. В 80-х гг. XX столетия ее поддержал и облек в современную терминологию Р.А. Мюллерсон. Этой позиции свойственен взгляд на МЧП как на полисистемный комплекс, вбирающий в себя международно-правовые и национально-правовые нормы. В среде западных авторов данная точка зрения также получила отражение (Хосе де Иангуас Мессиа — Испания). Несмотря на то, что в своей упомянутой работе М. Иссад достаточно определенно высказался в пользу МЧП как части внутригосударственного права, он предостерегает от стремления любой ценой включить его в ту или иную отрасль. На основе различий в природе норм МЧП, учитывая национальные интересы и требования современного международного правопорядка, которые неизбежно принимаются во внимание при подходе к МЧП, он характеризует его как категорию *suí generis*, или как самостоятельную отрасль. В этом плане его конструкция весьма напоминает идеи рассматриваемой группы исследователей.

В литературе последних лет выражен и ряд нетипичных взглядов по данному поводу (Г.И. Тункиным, Ю.М. Колосовым, М.Н. Кузнецовым, Б.Н. Кольцовым). По мнению Г.И. Тункина, МЧП — «это комплекс правовых норм, относящихся частично к национальным правовым системам различных государств, частично к международному публичному праву (международные договоры). Международное частное право, хотя и имеет свой предмет регулирования — выходящие за рамки правовой системы одного государства отношения между субъектами различных национальных правовых систем, — не является особой системой или отраслью права».⁶⁷

Вторые два исследователя в принципе имеют совпадающие позиции. Ю.М. Колосов

⁶⁷ Международное право. Отв. ред. Г.И. Тункин. М., 1982. С. 11—12.

рассматривает современное международное частное право в качестве такой же самостоятельной системы права, как и международное публичное и внутригосударственное право, — иными словами, некоей «третьей» системы права. М.Н. Кузнецов видит в МЧП «целостное, диалектически развивающееся межсистемное образование». Б.И. Кольцов рассматривает МЧП прежде всего как «многомерное социально-нормативное явление», прошедшее большую эволюцию, периодизацию которого следует увязывать с основными этапами развития человеческого общества. В разные эпохи разные элементы МЧП, по мнению этого автора, играли главную роль: в одних случаях — процесс выбора права, в других — наличие коллизионных норм и т.д. Внешнюю причину противоречия между «цивилистами» и «международниками» он усматривает в недостатках исходной базисной категории, которую берут за основу анализа и те и другие исследователи, — «гражданско-правовое отношение с иностранным элементом».

Как видно из изложенного, основное противостояние в науке МЧП по вопросу о его месте в системе права вообще или системе отраслей внутригосударственного права представлено позициями первого и третьего направлений. Взгляды сторонников международно-правовой школы на природу МЧП наиболее ярко выражены в трудах С.Б. Крылова (учебнике «Международное частное право» 1930 г. и учебнике «Международное право» 1947 г.). Основой подхода в этом случае было деление международного права на международное публичное и международное частное. Последнее представлялось в виде «отрасли международного права». В.Э. Грабарь, называя МЧП «международным гражданским правом», также понимал, что это особая отрасль международного права. Для С.Б. Крылова международное договорное право составляло подлинное содержание МЧП. При этом явное противоречие указанного коллизионному характеру регулирования объяснялось тем, что коллизионные нормы имеют также международно-правовое происхождение, «поскольку по поводу той или иной нормы установилось соглашение государств и поскольку в основе коллизионной нормы нередко лежит веками сложившийся международный обычай (например, *locus regit actum*, *lex rei sitae*)»⁶⁸ В.М. Корецкий, не будучи, строго говоря, отнесенным к этой категории исследователей, тем не менее также обращал внимание на необходимость развития международного договорного регулирования в целях создания материальных норм: «Особенности объекта регулирования (международный торговый оборот) имели своим последствием особенность правовых норм... Международный торговый оборот требует других норм, которые по своему содержанию должны отличаться от норм, существующих для эвентуально коллидирующих систем торгового права...» Таким образом, принципиальной заслугой данного исследователя выступает отстаивание тезиса о включении в состав МЧП материальных унифицированных норм. В то же время он неоднократно подчеркивал множественность систем международного частного права: «Единого МЧП быть не может»⁶⁹, что со всей логичностью обеспечивает включение МЧП в национально-правовую сферу.

Из палитры существующих в мировой литературе взглядов на проблему места МЧП среди правовых явлений невозможно выбрать какое-либо одно мнение, которое характеризовалось бы всесторонним учетом всех и каждого факторов, влияющих на надлежащую квалификацию. Однако безусловно, что при анализе подобного весьма непростого феномена формальный или односторонний подход, не обеспечивающий отражения разнообразных, порой противоречивых, но решающих граней, в итоге ведет к ошибочным представлениям.

Думается, что применительно к понятию МЧП не совсем верно расставлены акценты в самом его обозначении. Так, в большинстве случаев считается, что главным в категории «международное частное право» является термин «частное» (А.Л. Маковский, вслед за ним С.Н. Лебедев, М.М. Богуславский и др.). Действительно, отрицать частноправовой, невластный характер регулируемых им отношений никоим образом не приходится. Его недооценка привела бы к смешению с отраслями публичного права национально-правовой системы или с системой

⁶⁸ Международное право. М. 1947. С. 31.

⁶⁹ Корецкий В.М. Савиньи в международном частном праве: (К 65-летию со дня смерти)//Вестник советской юстиции. 1926. № 4. С. 155; см. также Международное частное право: современные проблемы, с. 62—65, 74—76.

международного права. С другой стороны, переоценка этого качества способствует, как следует из некоторых ранее приведенных высказываний, нивелированию МЧП с другими отраслями цивилистического направления внутригосударственного права (гражданским или торговым, хозяйственным, предпринимательским и т.п.). С этой точки зрения для того, чтобы оттенить истинный характер регулируемых МЧП отношений, можно было бы даже поставить слово «частное» в выражении «международное частное право» на первое место и получить надлежащее обозначение отрасли права и научной дисциплины «частное международное право».

В то же время второй компонент — прилагательное «международный» является не менее, если не более значимым в рассматриваемой конструкции. Именно слово «международный» является определяющим для наименования данной совокупности норм. Ранее уточнялось то содержание, которое вкладывается в данное понятие с различных точек зрения. Говоря вообще, в термине «МЧП» оно присутствует для обозначения более широкой, нежели внутригосударственные рамки конкретного государства, сферы существования регулируемых им общественных отношений. Однако исчерпывается ли этим правовая природа отношений и норм рассматриваемой отрасли (либо иным образом квалифицируемой совокупности правовых предписаний), а также занимаемое ею место в юридической системе?

Представляется, что на этот вопрос необходимо дать отрицательный ответ. Действительно, значение данного элемента намного более существенно. Прежде всего важно подчеркнуть проявление международного характера МЧП не только за счет того, что оно регулирует отношения, лежащие в сфере международного хозяйственного оборота, т.е. выходящие за пределы правопорядка одного государства. «Международность» МЧП усматривается также и в другом обстоятельстве. Дело в том, что, во-первых, значительный удельный вес в составе норм МЧП занимают предписания, согласованные международно-правовым (договорным или обычно-правовым) путем. Следовательно, поскольку такие нормы не могут быть изменены государствами в одностороннем порядке, МЧП имеет в своем составе в определенном смысле *единые* (т.е. возникшие из международных договоров) *нормы*. Во-вторых, коллизионные нормы каждого государства отсылают регулирование к материальным нормам иностранного права, и в этом плане в каждом отдельном случае регулирование данного отношения обеспечивается международным взаимодействием национальных правовых систем. В сочетании действия коллизионной нормы отечественного правопорядка и материальной нормы иностранного права, совместно регулирующих соответствующие общественные отношения, проявляется международный характер МЧП в ином аспекте, нежели при констатации гражданско-правовой и немежгосударственной природы анализируемых отношений и совокупности определяемых этим норм.

«Международное частное право» становится поистине международным благодаря отражению в нем множества социальных и юридических отношений, опосредствующих связи между самими суверенными государствами, между отдельным государством и находящимся в сфере его юрисдикции национальным субъектом права, между самими субъектами, принадлежащими к разным государствам, и т.д., а также взаимодействие международной системы права с национальными правовыми системами, равно как и международное взаимодействие национально-правовых систем между собой.

В свете этого решение вопроса о месте МЧП в юридической системе заключается в поддержке тезиса о его принадлежности к внутригосударственному праву, с теми, однако, существенными оговорками, что частноправовая (цивилистическая) направленность регулируемых отношений не должна превалировать над другой их сущностью, которая именно и обуславливает специфичность объекта в данном случае, а значит, и является определяющей, — международным характером.

Контрольные вопросы:

1. Каковы критерии определения основных групп позиций в отношении места МЧП в системе права?
2. Основное содержание «международно-правовых концепций» и их сторонники.
3. Кем представлено «внутригосударственное направление» взглядов на место МЧП? Каково более частное деление мнений в рамках данной концепции?

4. В чем проявляется международный характер МЧП?

Глава 8. Система международного частного права как отрасли права и отрасли правоправедения

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право, М., 1959; *Раане Л.* Международное частное право. М., 1960; *Лунц Л.А.* Международное частное право. М., 1970; *Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984; Международное частное право (Под общей ред. Г.К. Матвеева). Киев, 1985. С. 3—37; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; *Кузнецов М.Н.* Некоторые особенности развития международного частного права//Советский журнал международного права. 1991, № 1; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. М., 2000; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999;

Имея дело с понятием «международное частное право», необходимо прежде всего различать МЧП как отрасль объективного права и отрасль правоправедения.

Касаюсь системы права в объективном смысле (отрасли права), можно констатировать, что в основном МЧП имеет сходную с другими отраслями внутригосударственного права, особенно цивилистического направления, структуру, хотя полного совпадения в ряде случаев не существует. МЧП состоит из общей и особенной частей, каждая из которых разбивается на сложившиеся институты и подинституты. В общей части сконцентрированы общие положения, касающиеся основных начал и принципов МЧП, действия коллизионных норм, оснований и ограничения применения иностранного права, порядка установления содержания иностранного права, источников права, соотношения международных договоров и национально-правовых актов, установления правовых режимов для иностранных физических и юридических лиц, государств и международных организаций и т.д.

Особенная часть содержит, как правило, основные институты: гражданско-правовое положение лиц, особенности правового статуса государства как субъекта международных частнопроводных отношений, право собственности, сделки, различные виды договоров, обязательства из причинения вреда, нормы, регулирующие отношения в связи с правом интеллектуальной собственности, наследственные, брачно-семейные, а также трудовые отношения. Обособленно в системе МЧП выступают правоположения, касающиеся регулирования деятельности международного торгового (коммерческого) арбитража.

Квалификация отнесения их к правовой отрасли МЧП составляет небезызвестную трудность. В значительном числе публикаций недвусмысленно указывалось, что арбитраж входит в область международного гражданского процесса. Так, Л.А. Лунц, давая перечень вопросов, включаемых им в гражданский процесс, называет в том числе «принудительное исполнение иностранных арбитражных решений», а также «признание иностранных арбитражных соглашений»⁷⁰. В Курсе же международного права он делает дополнительную оговорку: «Иногда последний вопрос расширяют: относят к международному гражданскому процессу всю совокупность вопросов внешнеторгового и морского арбитражей»⁷¹.

Однако международный коммерческий арбитраж — это настолько специфическое явление в правовой действительности, что даже подчеркивание «пограничности» его характеристик и признаков в том, что касается отраслевой принадлежности, не способствует отысканию правильного ответа. Однозначное включение международного коммерческого арбитража в сферу гражданского процесса явно игнорирует сложные перипитии теоретических споров, которые долгое время велись в отечественной и зарубежной науке о правовой природе арбитража, в ходе которых ни одной из доктрин — ни гражданско-правовой, ни процессуальной — не удалось отстоять своих позиций (подробнее см. об этом в разделе «Международный коммерческий

⁷⁰ См.: *Лунц Л.А.* Международное частное право. 1970. С. 28.

⁷¹ *Лунц Л.А., Марышева Н.И.* Курс международного частного права. Международный гражданский процесс. М., 1976. С. 10.

арбитраж»). Следовательно, помещение данного комплекса проблем исключительно в сферу гражданского процессуального права неправомерно хотя бы с этой точки зрения. Кроме того, на арбитражное разбирательство, т.е. рассмотрение споров третейскими судами, нормы гражданского процесса, за исключением исполнения решений иностранных арбитражей, как правило, не распространяются. В свете всего этого отнесение международного коммерческого арбитража к международному гражданскому процессу как институту национального гражданско-процессуального права весьма небесспорно.

Нет оснований включать его в гражданский процесс, ибо эта отрасль национального права регулирует отношения, связанные с деятельностью судебных учреждений, а органы арбитража представляют собой общественные третейские суды. В результате внешнеторговый, коммерческий арбитраж включают иногда в понятие «международный гражданский процесс» с оговоркой о расширительной в этом смысле его трактовке для целей учебной дисциплины международного частного права.⁷²

В некоторых современных кодификациях МЧП внешнеторговому (коммерческому) арбитражу не находится места, при этом явной тенденцией правового регулирования в этой области выступает создание соответствующих норм в рамках специальных актов, посвященных данному вопросу. Следовательно, отнесение их к МЧП не может вызвать сомнений, так как международный коммерческий арбитраж не укладывается в рамки ни одной из национальных отраслей права, кроме как международного частного права, которые имели бы объектом регулирования отношения, выходящие за рамки правопорядка одного государства. К тому же регулирование отношений по арбитражному разбирательству международных коммерческих споров в ряде случаев содержится и в национальных законах по МЧП, что также может быть проиллюстрировано соответствующими примерами из практики ряда стран. Таким образом, со своей стороны, мы полагаем, что международный коммерческий арбитраж неотъемлемой частью входит в сферу действия, содержание и систему международного частного права не только как отрасли правоправедения, но и как отрасли объективного права.

В науке нет единодушно и ясно выраженного мнения и о включении норм «международного гражданского процесса» в состав международного частного права как правовой отрасли. Л.А. Луниц пишет: «Все это (вопросы международного гражданского процесса. — Л.А.) — отдельные специальные вопросы, выделенные из состава гражданского процесса как отрасли права по признаку их связи с делами, возникающими в условиях международного оборота, международной жизни»⁷³.

В то же время сам автор не может не признать, что «иностранный элемент порождает как материальные, так и процессуальные последствия»⁷⁴.

Однако вывод, который делается им в этом плане, имеет прямо противоположное содержание — международный гражданский процесс на основе указанной связи материальных и процессуальных аспектов относится к отрасли правоправедения, а не к отрасли права МЧП. Аналогична концепция и другого авторитета в области МЧП — И.С. Перетерского. Подавляющее большинство российских (а ранее советских) ученых, а также специалисты других стран СНГ являются последователями данной точки зрения.

В этом вопросе, как представляется, отечественная наука как никогда непоследовательна. Обоснование взгляда строится на том, что очень многие вопросы процессуальных отношений связаны с проблемами теории МЧП: процессуальные права иностранцев определяются на основе национального режима, установление содержания иностранного права в судебном процессе вытекает из содержания коллизионной нормы, вопросы подсудности гражданских дел часто связаны с подлежащим применению законом и т.д.⁷⁵

Между тем это не только область правоправедения. В юридическом плане принцип национального

⁷² Луниц Л.А., Марышева Н.И. Указ. соч. С. 10—11.

⁷³ Луниц Л.А. Международное частное право. С. 28—29.

⁷⁴ Там же. С. 29.

⁷⁵ Там же. С. 29.

режима определяет правовой статус лица не только в области процессуального его положения в национальном суде данного государства, но и в части материального (гражданского, торгового, семейного, трудового и т.д.) права. Следовательно, их действие распространяется на указанные сферы, когда речь идет об отношениях, восходящих к правопорядкам двух или более государств. Принцип судебного иммунитета государства есть принцип международного частного права, обусловленный его суверенитетом и соответственно принципом *jus cogens* международного публичного права (суверенного равенства и уважения суверенитета государств). Будучи категорией международного частного права как отрасли права в объективном смысле, данный принцип применяется и в процессуальных отношениях — иностранное государство без явно выраженного на то своего согласия не может быть привлечено к суду. Именно это, заметим, позволило значительному числу авторов, в том числе и Л.А. Лунцу, полагать, что международный гражданский процесс хоть и связан с материальными отношениями, регулируемые МЧП, тем не менее должен быть рассмотрен как часть национального процессуального права, однако в том, что касается науки, — помещен в сферу международного частного права.

С этим трудно согласиться по ряду соображений. Во-первых, иммунитет государства не может трактоваться только как процессуальный принцип. В рамках иммунитета государств имеет место несколько его видов. Один из них — иммунитет государства от действия иностранного законодательства. Это означает, что к договорным отношениям с участием государства, если стороны не избрали применимое право, применяется исключительно право данного государства. Процессуальный аспект, как видим, в данном случае отсутствует. Это — категория материального права. Следовательно, если принять за основу, что иммунитет должен квалифицироваться как процессуальный институт, единая категория неизбежно будет расчленена на несколько составляющих, имеющих различную правовую природу. С научной точки зрения подобное вряд ли оправданно и возможно вообще. Во-вторых, в подавляющем большинстве случаев вся живая ткань международного частного права пропускается через механизм деятельности судебных (в более широком плане вообще юрисдикционных) органов: определение правоспособности или дееспособности как гражданской, так и процессуальной иностранных участников правоотношения, отыскание права, регулирующего вопрос по существу, решение вопроса о неприменении иностранного права, установление содержания иностранного права, исполнение иностранных арбитражных и судебных решений и т.д. Однако при этом следует подчеркнуть, что материальная природа международного частного права, отмечавшаяся ранее, не колеблется, поскольку все эти вопросы могут получить реализацию и вне судебного или аналогичного либо иного рассмотрения отношений, характеризующихся юридической связью с правопорядками различных государств.

Тот аргумент, что именно суд устанавливает содержание иностранного права, не может быть воспринят как доказательство принадлежности этой проблемы и связанных с нею отношений к гражданско-процессуальному, а не к международному частному праву еще и потому, что, скажем, в российском законодательстве нормы о порядке установления содержания иностранного закона или об ограничениях в применении иностранного права содержатся не в актах процессуального права, а в источниках материального права — гражданского, семейного и т.д., в некоторых же других государствах — в специальных актах по МЧП.

Ряд авторов, излагая вопрос о системе МЧП, освещают его с позиций нормативного содержания — структуры, т.е. имеющегося в арсенале средств МЧП разновидностей норм⁷⁶. С этим трудно согласиться, поскольку рассмотрение МЧП через призму его нормативного состава не может дать ответа на некоторые немаловажные вопросы, связанные именно с системой, т.е. наличием (или отсутствием) определенных правовых институтов и их соотношением в качестве элементов одного целого — международного частного права как отрасли права. В данном случае отнесение, например, к сфере действия и системе МЧП международного коммерческого арбитража нельзя обосновать или отрицать с помощью структурного взгляда.

Если подходить к МЧП с позиций науки (учебной дисциплины), его система выглядит

⁷⁶ См.: Международное частное право/Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 1993.

следующим образом: общая часть, особенная часть, международный коммерческий арбитраж, международный гражданский процесс. В этом отношении, за исключением последних двух позиций, МЧП в части основных структурных элементов системы повторяет также другие отрасли правоведения.

Вместе с тем специфика системы науки МЧП проявляется весьма отчетливым образом не только в том, что в ее рамки включены вопросы международного коммерческого арбитража и так называемого международного гражданского процесса. В связи с этим обращает на себя внимание требование авторов учебника по МЧП⁷⁷: «В основу изучения отдельных институтов международного частного права должна быть положена система гражданского права, закрепленная в гражданских кодексах, ... поскольку предмет международного частного права — отношения гражданско-правового характера». Несмотря на то, что в целом разбивка отрасли правоведения МЧП на общую и особенную часть не может быть оспорена по существу, представляется важным заметить, что, коль скоро в регулируемые отношения входят не только гражданско-правовые, но и семейные, трудовые, торговые и другие отношения, следование системе только гражданского права не может не выглядеть противоречием соответствующим реалиям с предметной точки зрения. Известно, например, что в систему национального трудового права Российской Федерации включаются также и процессуальные аспекты — отношения по разрешению трудовых споров. То же самое свойственно практике некоторых других стран в иных областях правовой регламентации, о чем свидетельствует, скажем, вышеприведенный пример регулирования, касающийся торговых споров, который содержится в Торговом кодексе СРВ 1997 г.

В заключение подчеркнем, что международный гражданский процесс во всех курсах и учебниках по международному частному праву рассматривается как составная часть учебной дисциплины, но не включается, как было отмечено выше, в сферу действия и систему МЧП как отрасли права. На наш взгляд, специфические проблемы процессуального положения иностранных граждан, лиц без гражданства, юридических лиц, а также иностранных государств получают адекватное опосредствование в регулировании общего статуса перечисленных субъектов, т. е. при решении проблем правового положения различных категорий субъектов международного частного права в целом. Например, регулирование гражданской право-, дееспособности лица неразрывно связано с его процессуальной право-, дееспособностью. Таким образом, в международном частном праве как объективном праве подобного рода отношения присутствуют имманентно и параллельно с гражданско-правовыми аспектами его статуса.

Что же касается науки МЧП, то присутствие этого института в ее рамках явится прямым продолжением сферы действия объективного права. Именно это обстоятельство вызывало у некоторых российских ученых недоумение. В частности, М.Н. Кузнецов критиковал создавшееся в области МЧП положение, когда между наукой права и отраслью объективного права существует разрыв — в отрасль не включается то, что изучает научная дисциплина, — создающийся исключительно ввиду отказа признавать процессуальные отношения с так называемым иностранным элементом частью объекта МЧП. Данное расхождение, как видим, снимается, если допустить, что международный гражданский процесс является и частью объективного права МЧП, и составным элементом науки, изучающей соответствующую правовую отрасль.

Подобное расхождение есть специфическая особенность российской (советской) науки международного частного права, так как в западных курсах, как отмечалось, процессуальные аспекты в большинстве случаев так или иначе включаются в сферу и содержание МЧП как области права в объективном смысле. Это касается не только стран «общего права», но и континентальной системы права, в том числе Франции, Италии, Швейцарии. Указанный подход характеризует и науку некоторых развивающихся стран. В частности, известный алжирский специалист в области МЧП М. Иссад, следуя в общем французской модели построения МЧП, рассматривает в своем исследовании «коллизии юрисдикции», «подсудность споров с

⁷⁷ См.: Луц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. М., 1984. С. 14 — 15.

иностранным элементом», «международное исполнение решений» наряду с гражданством и правовым статусом иностранцев, а также общей теорией коллизии законов, коллизионными нормами и категориями⁷⁸.

Тем не менее МЧП как отрасль правоведения по-прежнему будет иметь более широкий, нежели соответствующая ей отрасль права, охват, поскольку в нее включается сравнительное правоведение, роль которого в изучении МЧП необычайно велика. Равным образом для познания международного частного права необходимо применение знаний и других наук — общей теории государства и права, истории государства и права, отраслевых и других правовых дисциплин, а также международного публичного права, логики, философии, смежных с правовыми науками дисциплин.

Контрольные вопросы:

1. Система международного частного права как отрасли объективного права.
2. Система отрасли правоведения (учебного курса) МЧП.
3. Как соотносятся между собой международное частное право как отрасль права и как наука согласно традиционной доктрине?
4. Каковы элементы, составляющие науку МЧП, выходящие за рамки изучаемой ею отрасли?

⁷⁸ См.: *Issad M. Le droit international privé. Alger, Office des Publications Universitaires 1983. 1984.*

Глава 9. Основные начала (принципы) международного частного права

§ 1. Международная вежливость (*comitas gentium, comity*)

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право, М., 1959; *Лунц Л.А.* Международное частное право. М., 1970; *Лунц Л.А., Марышева Н.И., Садилов О.Н.* Международное частное право. М., 1984; *Mádl F. Vékás L.* The Law of Conflicts and Foreign Trade. Bud., 1987; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; Международное частное право: современные проблемы. М., 1994; *Ушаков Н.А.* Режим наибольшего благоприятствования в межгосударственных отношениях. М., 1995; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. М., 2000; *Зевков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999.

Основные начала МЧП, к которым прежде всего следует отнести национальный режим, взаимность, режим наибольшего благоприятствования, реторсии, а также публичный порядок, обход закона и обратную отсылку, в отечественной науке принято рассматривать в разделе, посвященном действию коллизионных норм. Так подходят к данной проблеме И.С. Перетерский, Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, другие авторы, в комплексе исследовавшие МЧП, как это происходит в рамках учебных курсов и пособий.

Вместе с тем представляется, что если явления обратной отсылки, обхода закона, даже публичного порядка правомерно связывать с функционированием коллизионного метода регулирования, а следовательно, и с действием коллизионной нормы, то понятия национального режима, международной вежливости, наибольшего благоприятствования и реторсии имеют более общий характер в аспекте регулирования с помощью норм международного частного права. Не секрет, что, например, основополагающие нормы прямого действия национального права — это предписания, устанавливающие национальный режим или предоставление соответствующих прав на основе взаимности или, наоборот, предусматривающие возможность ответных ограничений в случаях, когда необоснованно ущемляются права граждан и юридических лиц какой-либо страны на территории другого государства. Таким образом, не всегда в МЧП идет речь о коллизионной норме, когда приводится в движение механизм его общих понятий. Кроме того, принцип национального режима или иное ведущее положение, определяющее основы правового регулирования соответствующих отношений (правового статуса субъектов иностранных государств вообще, их прав и обязанностей в конкретных сферах и т.д.) в той или иной области МЧП, направлены на «сквозное» регулирование, т.е. пронизывают все или многие разновидности общественных отношений. Наибольшее значение такие нормы об установлении определенных режимов имеют при регулировании международных торговых, торгово-экономических связей, а также отношений по мореплаванию и др. В результате, думается, целесообразно вынести рассмотрение данных вопросов за рамки коллизионного права.

Международная вежливость — старейший институт МЧП, известный праву государств самых разных правовых систем. Во времена голландских юристов XVII в. международная вежливость (*comitas gentium*) являлась предпосылкой применения иностранного права на территории каждого государства.⁷⁹ Причем последнее в силу этого принципа обязывалось аналогичным образом допускать на своей территории применение права первого государства. Международная вежливость, как видно, достаточно неопределенное понятие. С его помощью при желании весьма просто исключить на практике применение иностранного права. Однако в современном мире оно фактически не используется. В английском праве международная вежливость (*comity*), по свидетельству Кана, толкуется как «взаимная обходительность»⁸⁰ В одном из известных судебных решений Великобритании 1921 г. по делу Лютера-Сегора судья, в частности, отметил: «Заявить, что законодательство государства, признанного суверенным со стороны нашего государства,

⁷⁹ Подробнее о *comitas* голландской доктрине см.: *Корецкий В.М.* Избранные труды. Киев. 1989. Т. 1. С. 225 и сл.

⁸⁰ *Kohn F.* Comparative Commentaries on Private International Law. 1937. P. 32—33.

противоречит основным принципам справедливости и морали, — это значит серьезно нарушить международную вежливость».⁸¹

§ 2. Национальный режим

Принцип национального режима, т.е. юридически обязательное положение, закрепляемое нормативно, выступает одним из основных начал международного частного права. Распространение на иностранцев общих правил и норм, действующих в данной стране в отношении собственных субъектов права, — хорошо известный в практике международных отношений юридический прием установления соответствующих прав, предоставляемых лицам другого государства, именуемый национальным режимом. Таким образом, юридическое содержание национального режима состоит в *уравнивании* отечественных физических и юридических лиц и таковых иностранных в том, что касается прав и обязанностей, за исключениями, определяемыми национальным законодательством.

Принцип национального режима может быть зафиксирован национальным правом или устанавливаться международным договором, причем и тот и другой могут определять изъятия из его действия и, следовательно, сужать или расширять его сферу. Так, в ст. 6 Торгового кодекса Португалии закрепляется: «Все предписания настоящего кодекса применяются к торговым отношениям с иностранцами, за исключением случаев, когда закон ясно устанавливает иное, либо имеется международный договор или специальная конвенция, иным образом регулирующие подобные отношения».

Будучи сформулирован в национальном праве, принцип национального режима может быть закреплен в основном законе (как, например, в Российской Федерации, Конституция 1993 г. которой в ст. 62 четко выражает данное положение: «Иностранные граждане и лица без гражданства пользуются на территории Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с гражданами Российской Федерации...») или в каком-либо ином документе. В российском праве нормы, закрепляющие национальный режим в отношении иностранных физических и юридических лиц, достаточно многочисленны и присутствуют в самых различных по своей правовой природе актах⁸². В соответствии с указанным принципом иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности *наравне с гражданами Российской Федерации, кроме случаев, установленных федеральным законом или международным договором*. Согласно вышеуказанным статьям законодательства России об иностранных инвестициях в Российской Федерации и ГК РФ правила, установленные гражданским законодательством, применяются также к отношениям с участием *иностранных юридических лиц*, если иное не предусмотрено федеральным законом.

Следовательно, равным с национальными субъектами права образом иностранные юридические лица и организации должны выполнять и свои обязательства. В частности, отношения, возникающие из возмездных гражданско-правовых договоров на приобретение товаров, выполнение работ, оказание услуг (договоров купли—продажи, продажи недвижимости, найма жилого помещения и др.), направленные на удовлетворение личных (бытовых) потребностей граждан, регулируются специальным порядком — законодательством о защите прав потребителей. В свете этого подобного рода правила, установленные гражданским

⁸¹ Цит. по: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 60.

⁸² В частности, см. п. 1 ст. 2 Гражданского кодекса Российской Федерации 1994 г.; ст. 3 Закона СССР от 24 июня 1981 г. «О правовом положении иностранных граждан в СССР»; ст. 160 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.; п. 2, 3 ст. 2 Закона РСФСР от 26 июня 1991 г. «Об инвестиционной деятельности в РСФСР»; ст. 5 Федерального закона «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»; ст. 4 Федерального закона от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации», вступившего в силу с 14 июля 1999 г., а также ст. 6 ранее действовавшего Закона РСФСР от 4 июля 1991 г. «Об иностранных инвестициях в РСФСР».

законодательством, применяются также и к отношениям с участием иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом. Таким образом, иностранные юридические лица, открывшие в установленном законодательством Российской Федерации порядке свои представительства на территории Российской Федерации и осуществляющие свою координационную деятельность как агенты изготовителей, продавцов, исполнителей на территории Российской Федерации, должны соблюдать правила гражданского законодательства Российской Федерации, в т.ч. и законодательства о защите прав потребителей.

Кроме того, национальный режим может быть закреплен в двусторонних и многосторонних международно-правовых соглашениях. Так, в Конвенции о правовой помощи по гражданским делам, заключенной между СССР и Итальянской Республикой 25 января 1979 г. (ратифицирована СССР 6 мая 1986 г., Италией — 29 января 1986 г. и вступила в силу 9 августа 1986 г.) устанавливается, что граждане одной договаривающейся стороны в отношении своих личных и имущественных прав пользуются на территории другой договаривающейся стороны такой же правовой защитой, как и ее граждане. Они также имеют право свободно и беспрепятственно обращаться в суды, прокуратуру и иные учреждения другой стороны, к компетенции которых в соответствии с ее законодательством относятся гражданские (в том числе семейные дела), могут выступать в них, возбуждать ходатайства и предъявлять иски на тех же условиях, что и граждане другой договаривающейся стороны (ст. 1). Данные положения применяются аналогично и в отношении юридических лиц, учрежденных на территории одной из договаривающихся сторон в соответствии с законами, действующими на ее территории.

В многосторонних документах самого различного спектра действия принцип национального режима в ряде случаев является ключевым. Например, существующее в Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г., насчитывающей сегодня более 140 государств-участников, правило об уравнивании в правах иностранных и собственных граждан и юридических лиц (ст. 2 и 3) составляет «несущую конструкцию» содержащегося в ней правового регулирования и обеспечило ей наряду с прочим неоспоримую жизнеспособность. Сходным образом на основе использования национального режима решен вопрос о предоставлении соответствующих прав иностранцам в международно-правовых актах, посвященных охране авторского права. Еще один пример широких международных договоров, зафиксировавших принцип национального режима как главный параметр регламентации соответствующих отношений, — это Минская Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., заключенная странами СНГ.

В двусторонних соглашениях национальный режим предусматривается большей частью в торговых соглашениях, договорах о правовой помощи и о поощрении и взаимной защите капиталовложений. Принцип национального режима может быть выражен по-разному. Наиболее часто используются формулировки, приведенные выше. Тем не менее в практике договорных отношений встречаются и иные формулы. Причем иногда они могут с внешней точки зрения вводить в заблуждение относительно содержания в них юридического смысла. Например, в Конвенции стран СНГ О защите прав инвестора от 28 марта 1997 г. говорится: «Условия осуществления инвестиций, а также правовой режим деятельности инвесторов в связи с осуществленными инвестициями не могут быть менее благоприятными, чем условия осуществления инвестиций и режим деятельности, связанных с ними, для юридических и физических лиц страны-реципиента, за исключением изъятий, которые могут устанавливаться национальным законодательством страны-реципиента» (ст. 5). Та же фразеология применяется и в Федеральном законе РФ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г. (п. 1 ст. 4): «Правовой режим деятельности иностранных инвесторов и использования полученной от инвестиций прибыли не может быть менее благоприятным, чем правовой режим деятельности и использования полученной от инвестиций прибыли, предоставленный российским инвесторам...»

Как видно, слова «не менее благоприятный» производят впечатление сходства с другим режимом — таковым наиболее благоприятствуемой нации. Тем не менее в данном случае речь идет именно об установлении национального режима в области защиты инвестиций, поскольку в результате его действия должно быть достигнуто такое положение, что инвесторы из стран СНГ

будут иметь такие же права по инвестированию средств и осуществлению деятельности, что и национальные инвесторы принимающей страны. При анализе принципа национального режима важно подчеркнуть, что декларирование его в национально-правовых или международно-правовых актах должно стабильно проводиться в жизнь и поддерживаться правоприменительной и развивающей действующие нормативные акты законодательной практикой соответствующих государств.

Так, в ст. 13 Конституции Беларуси записано, что государство предоставляет всем инвесторам равные права на осуществление хозяйственной и иной деятельности, а также гарантирует защиту всех форм собственности. Наряду с этим ст. 9 Закона «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» (в ред. от 16 июня 1993 г.) устанавливала, что предприятие с иностранными инвестициями может быть ликвидировано по решению регистрирующего органа в случае, если оно в установленный срок не внесло уставный капитал или не представило документального подтверждения его внесения. 50 % уставного капитала должно быть внесено по истечении года, а все 100 % — по истечении двух лет со дня регистрации. Документом, подтверждающим факт внесения уставного капитала, признается аудиторское заключение, которое должно быть представлено в течение 1 месяца со дня окончания соответствующего периода. Эти положения находились в противоречии с конституционно закрепленным принципом национального режима, поскольку для отечественных инвесторов подобные правила о ликвидации не предусматривались. Решением от 3 октября 1994 г. Конституционный Суд Беларуси признал приведенные предписания Закона об иностранных инвестициях не соответствующими Конституции. Отметим попутно, что рассматриваемые нормы противоречат также и положениям белорусского Гражданского кодекса, согласно которому решение о ликвидации юридических лиц принимается собственником либо уполномоченным им органом, а в случаях, предусмотренных законодательством, — Хозяйственным судом Республики (ст. 39).

§ 3. Режим наибольшего благоприятствования

Согласно принципу наибольшего благоприятствования иностранные лица — граждане и организации — данного государства при осуществлении торговых связей с партнерами другого государства пользуются на его территории и вообще в ходе реализации взаимного сотрудничества такими же правами, преимуществами и льготами, которые были установлены последним для субъектов, принадлежащих к третьему государству. Принцип наибольшего благоприятствования в отличие от принципа национального режима, устанавливаемого как в национальном акте, так и в международном договоре, может быть закреплен только международными соглашениями. Юридическое содержание данного принципа сводится к *уравниванию условий и прав для всех иностранцев, действующих на территории конкретной страны в силу заключенных международно-правовых соглашений с рассматриваемым государством*. Он означает, что если одно государство предоставляет другому режим наибольшего благоприятствования, то граждане и юридические лица и организации последнего пользуются столь же благоприятными условиями, которые уже предоставлены или будут предоставлены любому третьему государству.

В частности, предоставление США в 1990 г. на основании заключенного договора режима наибольшего благоприятствования Российской Федерации обеспечило российским физическим и юридическим лицам в торговых отношениях пользование таким же режимом, как, скажем, для физических и юридических лиц Уругвая или любого иного государства, не входящего в зоны свободной торговли, таможенные союзы с США, т.е. уравнивание в правах со всеми третьими государствами и их национальными субъектами.

Комиссия международного права ООН разработала проект статей о клаузулах о наиболее благоприятствуемой нации. В случае включения в международное соглашение рассматриваемого положения о предоставлении другому договаривающемуся государству (либо взаимном предоставлении) режима наиболее благоприятствуемой нации в определенной сфере отношений является юридическим обязательством государства. Так, согласно Протоколу, заключенному между Правительством РФ и Правительством Республики Болгария о торгово-экономических

отношениях в 1992 г., стороны взаимно предоставляют друг другу режим наибольшего благоприятствования в отношении пошлин, налогов и иных сборов, а также таможенных и административных правил, касающихся осуществления экспортных и импортных операций. В развитие предоставленного режима договаривающиеся государства устанавливают конкретные правила, способствующие реализации принятых шагов в правовой сфере. Так, приказом Государственного таможенного комитета РФ 24 марта 1999 г. на основании постановления Правительства РФ «О внесении дополнения в перечень стран—пользователей схемой преференций Российской Федерации» от 25 января 1999 г., Болгария была включена в список стран—пользователей указанной схемой, что обеспечило снижение взимаемых ставок таможенных пошлин в отношении товаров, происходящих и ввозимых с территории Болгарии.

Наряду с этим следует подчеркнуть, что данный режим не есть императивная норма международного права. Государства не имеют обязанности по предоставлению такого режима, это договорное условие. В силу этого в международном общении какое-либо государство не вправе *потребовать* от другого государства установления для себя режима наиболее благоприятствуемой нации. Этим данное начало отличается от принципа недискриминации как принципа международного публичного права. На основании последнего нельзя создавать худшие условия для сотрудничества с каким-либо государством, нежели те, которые базируются на принципах суверенного равенства и уважения равноправия государств, действующих в качестве общепризнанных норм международного права. Будучи таковым, принцип недискриминации не нуждается в договорном закреплении в конкретном соглашении между данными государствами. Недискриминационный режим распространяется на все государства без исключения, и если обратное имеет место, оно необходимо должно рассматриваться как нарушение международного права.

Режим же наибольшего благоприятствования характеризует особый уровень и характер отношений между странами. Чаще всего это либо отношения в рамках интеграционного сотрудничества, либо связи между пограничными государствами, либо внутрирегиональные отношения, обладающие обоими признаками (СНГ, ЕС). Так, Договором между Россией и Украиной, заключенным 19 ноября 1990 г., подтверждалось, что экономические отношения между ними на всех уровнях их реализации — органов государственного управления, предприятий, объединений, учреждений, индивидуальных предпринимателей, совместных российско-украинских и украинско-российских предприятий и организаций — «регламентируются соглашениями с предоставлением режима наибольшего благоприятствования» (ст. 10). Соглашением о партнерстве и сотрудничестве, подписанным в Корфу 24 июня 1994 г., а также Протоколом к нему от 21 мая 1997 г. между Европейскими сообществами и государствами-членами, с одной стороны, и Россией, с другой стороны, предусматривается взаимный доступ на рынки на основе принципа наибольшего благоприятствования в общем плане, а также в конкретных областях — поощрении иностранных инвестиций, условиях открытия представительств обществ одной стороны на территории другой и т.д.

Режим наибольшего благоприятствования установлен в рамках Североамериканской зоны свободной торговли (НАФТА) — на основании трехстороннего Договора о создании зоны свободной торговли (САДСТ), подписанного 17 декабря 1992 г. между США, Мексикой и Канадой (вступившего в силу с 1 января 1994 г.), в результате чего он действует в непроизводственной сфере в отношениях между странами. Отменено положение о необходимости проживать в регионе для того, чтобы иметь право на оказание тех или иных услуг. Облегчается взаимное признание лицензий в области профессиональной деятельности.

Вне зависимости от сказанного режим наибольшего благоприятствования необходимо, кроме того, отличать от *преференциального режима*, который может устанавливаться для определенной группы стран в тех или иных сферах сотрудничества (например, в рамках Общей системы тарифных преференций в международной торговле, предоставленных развивающимся странам, установление им льгот в области защиты авторских прав и т.д.). Наряду с этим могут иметь место *особые режимы* в том, что касается условий осуществления деятельности иностранных организаций и лиц на территории конкретного государства.

В упомянутой Североамериканской зоне свободной торговли особый режим применяется в финансовой сфере. Так, только филиалы в собственном смысле слова финансовых учреждений США и Канады получают непосредственный доступ на мексиканский рынок; США же на пять лет с момента введения в действие заключенного договора отменяют все ограничения, установленные банками и биржами, в отношении мексиканских финансовых групп.

В частности, согласно упомянутой Конвенции СНГ о защите прав инвесторов стороны вправе пересматривать перечень изъятий из сферы действия национального режима в сторону улучшения правового положения инвесторов из договаривающихся стран. Они вправе определять перечни приоритетов в отношении отраслей, видов деятельности и регионов, для которых вводятся более льготные условия привлечения инвестиций.

Предоставление режима наибольшего благоприятствования не затрагивает обычно тех преимуществ, которые стороны установили для стран, участвующих вместе с ними в таможенных союзах, зонах свободной торговли или иных формах регионального интеграционного сотрудничества, развивающихся стран на основе международных договоров, соседних государств в целях развития между ними приграничной торговли.

Установление же особого режима для инвесторов всех государств осуществляется, как правило, в рамках свободных экономических зон, зон свободного предпринимательства и т.п., вводимых специальным законодательством. Вместе с тем возможны случаи, когда страны в целях привлечения инвестиций предоставляют соответствующие льготы вообще всем иностранным инвесторам или тем из них, которые действуют в оговоренных областях, имеющих приоритетное для данного государства значение (электроника, наукоемкие отрасли обрабатывающей промышленности, станкостроение, переработка сельскохозяйственного сырья, пищевая и легкая промышленность, фармацевтика, медицинская промышленность и т.д.). Например, в Законе «Об иностранных инвестициях в Республике Кыргызстан» от 28 июня 1991 г. детально конкретизирован объем и условия предоставления льгот по налогообложению: «Иностранным инвесторам предоставляются дополнительные льготы по налогу на объявленную прибыль: если иностранный инвестор внес в капитал юридического лица долю в конвертируемой валюте в размере 20 и более процентов, или в сумме свыше 0,3 млн. долларов США, или эквивалента в другой конвертируемой валюте, то в течение 10 лет он освобождается от налога с 25 процентов прибыли; если вклад иностранного инвестора в капитал юридического лица, внесенный в конвертируемой валюте, превышает 30 % или 0,8 млн. долларов США, то в течение пяти лет он освобождается от налога 30 процентов прибыли, в течение последующих пяти лет — 50 процентов прибыли; если иностранный инвестор внес свою долю в капитал юридического лица, занимающегося деятельностью, указанной в приложении к настоящему закону, то в течение первых пяти лет освобождается от налога 100 процентов прибыли, а в последующие пять лет — 60 процентов» (ст. 20). При этом прибыль, полученная иностранными инвесторами, уплачивающими налоги с прибыли, при вывозе за границу налогами не облагается. Иностранные же инвесторы, освобожденные от налога на прибыль, уплачивают налог при вывозе прибыли за границу, в размере 5 процентов от вывозимой прибыли.

§ 4. Взаимность. Виды взаимности

Принцип взаимности является одним из основных в регулировании межгосударственных экономических отношений. Его квалификация как специального принципа международного экономического права не мешает рассматривать его и как исходное положение в международном частном праве. Тесная взаимосвязь международного и внутригосударственного права обеспечивает и взаимодействие рассматриваемых начал между собой.

Если конкретные государства в международном соглашении определяют, что их сотрудничество будет осуществляться на основе принципов взаимной выгоды, равноправия и взаимности, то это означает, что они, помимо прочего, берут на себя юридические обязательства следовать характеру взаимности во всех своих действиях, реализуемых в соответствующих сферах (см., например, ст. 2 Соглашения между Правительством РФ и Правительством Канады о

сотрудничестве в Арктике и на Севере от 19 июня 1992 г., в которой наряду с прочим говорится о взаимном использовании услуг, предоставляемых специалистами по контрактам; ст. 10 Соглашения между Правительством РФ и Правительством Республики Беларусь о сотрудничестве в области воздушного транспорта от 20 июля 1992 г., в которой определяется, что стороны на основе взаимности будут координировать работу в сфере создания условий для взаимного материально-технического обеспечения авиапредприятий, в том числе заправки воздушных судов горюче-смазочными материалами; п. 2 ст. 1 Соглашения о принципах и условиях взаимодействия в области транспорта между Арменией, Беларусью, Казахстаном, Кыргызстаном, Россией, Таджикистаном и Узбекистаном от 30 декабря 1991 г., в котором предусматривается, что «перевозчики Договаривающихся сторон и их транспортные средства освобождаются от любых налогов и сборов на территориях Договаривающихся государств на условиях взаимности», ч. 2 ст. 2 Соглашения между Республикой Грузия и Российской федерацией о координации в области транспорта от 15 сентября 1995 г. и др.).

В обычной практике осуществления международного сотрудничества рассмотренные выше режимы — национальный и режим наиболее благоприятствуемой нации — предоставляются государствами друг другу преимущественно на основе взаимности. Следовательно, взаимность служит целям установления совокупности определенных условий, которыми могут пользоваться граждане и организации иностранного государства или ряда государств на территории данной страны (нескольких стран). Предоставление иностранным лицам каких-либо прав и наделение их обязанностями при соблюдении требования, что собственные граждане и организации данного государства будут обеспечены аналогичными правами в иностранном государстве, именуется *взаимностью*.

В частности, в Патентном законе РФ, а также в Законе «О товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров» от 23 сентября 1992 г. указывается, что иностранные юридические и физические лица пользуются правами, предусмотренными в этих законах, наравне с юридическими и физическими лицами Российской Федерации в силу международных договоров РФ или на основе принципа взаимности. При этом в отношении одного из видов объектов промышленной собственности — наименований мест происхождения товаров — право на регистрацию в Российской Федерации «предоставляется юридическим и физическим лицам государств, предоставляющих аналогичное право юридическим и физическим лицам Российской Федерации» (ст. 47 Закона о товарных знаках). Аналогичным образом в Гражданско-процессуальном кодексе Китайской Народной Республики предпосылкой для признания и принудительного исполнения иностранных судебных решений является условие взаимности (ст. 203, 204).

При этом нужно обратить внимание, что взаимности отводится преобладающее место в правовой системе КНР, которое во многом определяется тесной связанностью этого начала с принципами суверенного равенства и взаимной выгоды. Поэтому в праве данной страны взаимность часто имеет международно-договорную природу закрепления. Так, в Соглашении о торговых отношениях между США и КНР 1985 г. предусматривается, что «на основе взаимности юридические и физические лица обеих договаривающихся сторон могут подавать заявки на регистрацию товарных знаков и приобретать исключительные права, вытекающие из этого, на территории другого договаривающегося государства в соответствии с его действующим законодательством» [ст. VI (2)].

Приведенное демонстрирует узкое понимание принципа взаимности, в большинстве случаев применяемое в международном частном праве. Вместе с тем взаимность как одно из начал МЧП может трактоваться и более широко, а именно как признание тех прав и юридических фактов, которые возникли на основании и в рамках иностранного правопорядка. В частности, в многостороннем Соглашении между странами СНГ, посвященном признанию прав и регулированию отношений собственности, от 9 октября 1992 г. указывается, что стороны взаимно признают осуществленный в соответствии с их национальным законодательством переход в их собственность имущества, ресурсов, предприятий, учреждений, организаций бывшего союзного подчинения. Каждая из сторон признает права собственности другой стороны, ее граждан и

юридических лиц по отношению к расположенным на ее территории объектам — предприятиям, долям, паям, акциям и иному имуществу (ст. 1, 2).

В вопросе о взаимности возникает немало сложностей. Поскольку государства, вводя в законодательство или международный договор оговорку о взаимности, желают получить для своих граждан и организаций соответствующие права и благоприятные условия адекватные тем, которые предоставлены им самим иностранным лицам, встает необходимость выяснить, что же действительно имеет место в части рассматриваемых прав в этом другом государстве. Иными словами, требуется констатация наличия взаимности. И.С. Перетерский и С.Б. Крылов указывают в этой связи, что в этих случаях такая констатация может быть произведена в дипломатическом порядке или же самим судом путем рассмотрения подлежащего иностранного закона (с. 63). Подтверждение приведенным суждениям мы находим в нормативном материале. Например, в § 53—54 чешского Закона о международном частном праве и процессе говорится следующее: «Если при производстве по делам, указанным в § 1, возникнут сомнения, органы юстиции могут истребовать заключение от министерства юстиции». «Заявление министерства юстиции о взаимности со стороны иностранного государства, сделанное по согласованию с министерством иностранных дел и другими соответствующими министерствами, является для судов и других государственных органов обязательным».

Принято различать 2 вида взаимности: *материальную* и *формальную*. Первая состоит в том, что иностранным субъектам обеспечивается на территориях договаривающихся государств равная сумма правомочий, т.е. таких, которые предусматриваются для своих граждан за границей. Во втором случае имеется в виду, что иностранцам предоставляются те же права, что и имеющиеся у собственных граждан государства-партнера. На взаимной основе государства могут обмениваться не только национальным режимом или режимом наибольшего благоприятствования, но и иными — преференциальным, привилегированным.

В договорной практике закрепления взаимности сам термин «взаимность» присутствует далеко не всегда. В ряде случаев это понятие подразумевается как необходимая основа. Так, в Конвенции о статусе беженцев от 28 июля 1951 г. данное начало не устанавливается *expressis verbis*, т.е. явным образом, однако приравнивание режима беженцев к тому режиму, которым пользуются в соответствующем государстве иностранцы вообще, осуществляется именно на основе взаимности. Вместе с тем, если в определенных государствах требование взаимности было установлено законодательным путем, по истечении трехлетнего срока проживания на территории договаривающихся государств все беженцы освобождаются от такого требования взаимности (ст. 7 Конвенции).

Материальная взаимность — явление достаточно редкое в практике МЧП в силу существования значительных расхождений в содержании права различных стран. Однако можно привести ее «классический» образец, существующий в действующем праве. Статья 11 Гражданского кодекса Франции устанавливает: «Иностранец пользуется во Франции такими же гражданскими правами, как те гражданские права, которые предоставлены или будут предоставлены французам по договору с государством, к которому принадлежит этот иностранец». Наряду с этим, анализ современного международно-правового материала, особенно последних договоренностей, достигнутых в отношениях по созданию Союза государств между Россией и Беларусью, показывает, что включение в соответствующие соглашения, подписанные между ними в декабре 1998 г., положений о предоставлении гражданам договаривающихся государств «равных прав» нельзя квалифицировать иначе, как формулирование и закрепление в договоре именно материальной взаимности.

В то же время не будет звучать недооценкой указанного вида взаимности констатация, что в современном мире в подавляющем большинстве ситуаций регулирование правового положения иностранных субъектов основано на применении формальной взаимности: одно государство предоставляет другому то, что имеют его собственные граждане (национальный режим), или то, что уже предоставлено прочим иностранцам (режим наибольшего благоприятствования). В реальной жизни при использовании формальной взаимности иностранные граждане на территории конкретного государства иногда имеют больше прав, нежели у себя в стране. Например, срок

охраны авторского права гражданина России — автора на произведение, впервые опубликованное на территории Германии, будет составлять период жизни автора плюс 70 лет, хотя по российскому Закону «Об авторском праве и смежных правах» 1993 г. охрана исключительного авторского права на произведение предусматривается в течение меньшего срока — жизни автора плюс 50 лет.

Вместе с тем, находясь в иностранном государстве, граждане и организации других государств не имеют права требовать того, что предоставлено им как собственным гражданам и юридическим лицам в рамках отечественного правопорядка. Если, к примеру, французский гражданин получил в порядке наследования строение (жилой дом), расположенный на территории РФ, с прилегающим к нему участком земли, предназначенным для обслуживания дома, и стал его собственником, то он не вправе претендовать на археологическую находку, найденную на таком земельном участке на том основании, что право собственности на землю по французскому гражданскому праву «включает в себя собственность на то, что находится сверху, и на то, что находится снизу... Собственник может... извлекать из-под земли всякие произведения, которые там окажутся...» (ст. 552 ФГК), ибо российское право иначе регулирует подобные отношения. Вследствие этого право собственности на недра у собственника земли в РФ — будь то французского или российского гражданина, — отсутствует. Схожей будет выглядеть и ситуация в аспекте правового регулирования, содержащегося, например, в Монголии, так как ст. 128 ее ГК квалифицирует ценности, зарытые в земле, как собственность государства, а не отдельного лица—собственника земельного участка.

Взаимность имеет весьма важное значение при судебном и ином рассмотрении дел международного характера. По общему правилу, взаимность, особенно когда это касается применения иностранного права, носит безусловный характер, т.е. не зависит от аналогичного согласия другого государства на применение у себя в стране иностранного права. Однако соответствующие предписания могут быть установлены отечественным законодательством. Такой подход выражен, в частности, в венгерском Законе о МЧП. При этом, если правовая норма обуславливает применение иностранного права взаимностью, она презюмируется, пока не будет доказано иное. В случаях, когда законом требуется доказательство взаимности, министр юстиции делает в этих целях соответствующее заявление, которое является обязательным для суда или иного органа (ст. 6). Отсутствие требования о взаимности для безусловного предоставления национального режима (в частности, признания гражданской правоспособности иностранцев) выражено и в российском праве — Основах гражданского законодательства 1991 г. (ст. 160).

§ 5. Реторсии

В случаях, когда в каком-либо государстве необоснованно, дискриминационным порядком, устанавливаются ограничения, наносящие урон интересам другого государства или правоспособности его граждан и юридических лиц, последнее имеет право на применение ответных мер, которые именуется в международном частном праве и практике международных отношений **реторсиями**. Реторсии, как следует из вышеупомянутого, представляют собой ограничения в правах физических и юридических лиц другого государства или иные мероприятия (например, введение визового контроля въезда для граждан соответствующего государства в противодействие отмене последним безвизового передвижения по его территории для граждан первой страны и т.п.), возникшие в качестве ответа на действия первого государства. Не случайно поэтому, что реторсию именуют иногда также обратной взаимностью.

Право каждого государства на реторсию вытекает из принципов суверенного равенства, уважения суверенитета, равноправия и недискриминации. В международном публичном и международном частном праве принято *различать реторсию и репрессалию*. Необходимо обратить внимание, что реторсия является результатом нарушения не права, а именно нанесения ущерба интересам государств или их граждан и организаций. В случае же нарушения права следует говорить о репрессалиях.

Возможность обращения к реторсии большей частью устанавливается законодательными средствами. Так, в российском праве нормы о реторсиях содержатся в ряде источников права. В

Основах гражданского законодательства 1991 г. указывается, что «Правительством СССР могут быть установлены ответные ограничения в отношении граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения гражданской правоспособности советских граждан и юридических лиц» (ст. 162). Аналогичные и конкретизирующие общую норму предписания зафиксированы в Федеральном законе РФ «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» от 16 октября 1995 г.: «В случае принятия иностранным государством мер, нарушающих экономические интересы Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований или российских лиц либо политические интересы Российской Федерации, а также в случае невыполнения этим государством принятых им по международным договорам обязательств перед Российской Федерацией Правительство Российской Федерации вправе вводить ответные меры в области внешнеторговой деятельности в соответствии с общепризнанными нормами международного права и в пределах, необходимых для эффективной защиты экономических интересов Российской Федерации, субъектов Российской Федерации, муниципальных образований и российских лиц» (ст. 34).

Кроме того, предусматривается, что органы исполнительной власти ведут специальный реестр случаев дискриминации и нарушений двусторонних и многосторонних обязательств, допущенных в отношении российских лиц на рынках отдельных государств, и перечень принятых или намечаемых мер по защите законных торгово-экономических интересов Российской Федерации (ст. 24).

Сходным образом решается рассматриваемый вопрос и в законодательных актах других стран. Так, ст. 430 ГК Монголии определяет, что если «иностранное государство особо устанавливает какие-либо ограничения право-, дееспособности граждан и юридических лиц Монголии, правительство Монголии может ввести ответные ограничения в отношении правоспособности и дееспособности граждан и юридических лиц такого государства».

Чуть иначе сформулированы положения о национальном режиме, взаимности и реторсиях в чешском Законе о международном частном праве и процессе. В § 32 говорится, что иностранцы в области личных и имущественных прав пользуются одинаковыми правами и несут одинаковые обязанности с собственными (чешскими) гражданами. Однако в тех случаях, когда иностранное государство обращается с чешскими гражданами иным, нежели со своими гражданами, образом, Министерство иностранных дел по согласованию с другими компетентными органами может решить, что правило предыдущего пункта не будет применяться.

При рассмотрении вопроса о реторсии важно подчеркнуть, что в целом право на установление реторсии в конкретных ситуациях принадлежит органам исполнительной государственной власти. По общему правилу суд, разбирающий дело, сталкиваясь с необоснованными ограничениями указанного рода, большей частью не обладает полномочием, установив факт ограничений необоснованного характера, прибегнуть к реторсии. Однако есть примеры и другого рода. В частности, китайское законодательство, решая вопросы «обратной взаимности», заявляет следующее: «...если суды иностранного государства налагают ограничения на процессуальные права граждан, предприятий и юридических лиц Китайской Народной Республики, народные суды будут соблюдать принцип взаимности в отношении ограничения прав граждан, предприятий и организаций такой страны» (ст. 187 ГПК КНР).

В истории МЧП не слишком много примеров обращения к реторсиям. Тем не менее таковые имели место, в том числе и в отечественной практике. Историческими примерами среди наиболее упоминаемых называется Декрет Конвента 1873 г. о конфискации во Франции имущества испанских подданных в ответ на аналогичную меру испанской короны, Закон Соединенных Штатов Северной Америки 1887 г. о рыбной ловле, вызванный действиями канадских властей, таможенные войны — русско-германская 1887—1894 гг., француско-швейцарская 1892—1899 гг. и т.д.

В данной связи нельзя не вспомнить постановление СНК СССР от 26 ноября 1937 г. «Об имуществе иностранцев, не проживающих на территории Союза ССР», изданное в ответ на действия ряда государств, дискриминационным образом не признававших за советскими гражданами прав на имущество (недвижимость), находившееся на их территориях. На основании

данного акта «дома и всякого рода иные строения, находящиеся на территории Союза ССР и принадлежащие по праву собственности или по праву застройки не проживающим в Союзе ССР иностранцам, являющимся гражданами государств, не признающих за советскими гражданами, не проживающими на территории этих государств, прав собственности на имущество, находящееся на территории этих государств, — подлежат передаче местным Советам депутатов трудящихся по месту нахождения этого имущества»⁸³

В практике международного частного права встречаются ситуации, которые не всегда характеризуются «клинической чистотой». В частности, в ряде случаев распознать то или иное начало с первого подхода оказывается затруднительным. Например, в постановлении Правительства РФ от 11 декабря 1998 г. № 1488 «О медицинском страховании иностранных граждан, временно находящихся в Российской Федерации, и российских граждан при выезде из Российской Федерации» устанавливается: «... 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». В данном случае, как представляется, имеет место принцип материальной взаимности — требование о медицинском страховании как для граждан России, так и для граждан соответствующего иностранного государства на время их нахождения на территориях конкретных государств. Вместе с тем нельзя не увидеть, что подобное условие возникает, как ответ на определенные действия иностранного государства, что не может не заставить проводить аналогию с реторсией. Оценивая же рассматриваемую ситуацию в целом, представляется правильным говорить о введении материальной взаимности. Если же в конкретных обстоятельствах окажется, что, скажем, первичная мера направлена исключительно на применение в отношении российских граждан, т.е. является дискриминационной, то вышеприведенное требование со стороны Российской Федерации закономерно надлежит квалифицировать как реторсию.

Следует также иметь в виду, что реторсионные действия направлены на то, чтобы побудить установившее дискриминационные меры государство отказаться от них. При этом, хотя суть «обратной взаимности» и состоит в том, что данное государство обычно отвечает на несправедливость аналогичной мерой, на нем не лежит обязанность по соблюдению паритетности мер — точности повторения того, что дало повод к реторсии.

Контрольные вопросы:

1. Основные начала международного частного права в их исторической ретроспективе.
2. Что такое *comitas gentium* и ее место в современном МЧП.
3. Каково юридическое содержание национального режима и средства его закрепления.
4. Режим наибольшего благоприятствования и формы его выражения. Взаимность и обратная взаимность. Способы их установления.

⁸³ СЗ СССР. 1937, № 75. Ст. 368.

Глава 10. Источники международного частного права

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право, М., 1959; *Усенко Е.Т.* Формы регулирования социалистического международного разделения труда. М., 1965; *Луни Л.А.* Международное частное право. М., 1970; *Зыкин И.С.* Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983; *Луни Л.А., Марышева Н.И., Садилов О.Н.* Международное частное право. М., 1984; *Давид Рене.* Основные правовые системы современности. М., 1988; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; *Международное частное право: современные проблемы.* М., 1994; *Ануфриева Л.П.* Об источниках международного частного права (некоторые вопросы теории)//Московский журнал международного права. 1994, № 4; *Зыкин И.С.* Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994; *Максимов А.А.* Прецедент как один из источников английского права//Государство и право. 1995, № 2. С. 97—102; *Кабатоев Е.В.* Новое коллизийное регулирование в проекте Гражданского кодекса//Журнал международного частного права. 1996, № 4; *Богуславский ММ.* Международное частное право. Учебник. М., 1998; *Басистый Б.А.* Реформа системы международного частного права в Италии//Юридический мир. 1998, № 2; *Ануфриева Л.П.* Соотношение международного и внутригосударственного права//Международное публичное право. Учебник. М., 1999; *Басистый Б.А.* Реформа системы международного частного права в Италии//Юридический мир. 1998, № 2; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999; *Eliotte C. and Quinn Fr.* English Legal System. L, 1996. P. 5—69. Международное частное право. Сборник документов (Сост. К.А. Бекашев, А.Г. Ходаков). М., 1997. Международное частное право. Действующие нормативные акты (Сост. Г.К. Дмитриева, М.В. Филимонова). М., 1997.

§ 1. Понятие источников права и проблема двойственности источников в МЧП

Если в отечественной науке общей теории государства и права решение проблем источников права во второй половине XX века подверглись коренному пересмотру и пристальному изучению с позиций современных тенденций развития права, что характеризовалось предложениями отказаться от термина «источник права» как такового вообще, заменить его понятием «форма права» и т.д., то международное частное право как будто бы не испытало на себе воздействий подобного рода. Следует отметить, что мировая литература насчитывает не слишком много публикаций, посвященных специально исследованию теоретических проблем учения об источниках в международном частном праве (см. работы Г. Лаутерпахта, А. Эренцвейга, Х. Вальядао, В. Кутикова, В.Н. Дурденевского). В силу этого при такой общей незначительной, как представляется, теоретической разработанности в масштабе именно МЧП вопросов, касающихся его источников, вышеуказанная констатация отсутствия какого-либо резонанса для МЧП осуществлявшихся в общей теории права соответствующих дискуссий вряд ли объективно справедлива.

В современной доктрине МЧП, причем не только отечественной, достаточно традиционным считалось положение о двойственности его источников, т.е. разделении источников на «национальные» и «международные». К национальным относят внутреннее законодательство и судебную, а также арбитражную практику. К международным — соответственно международный договор и международный обычай. К последним некоторые относили также и международную судебную практику⁸⁴.

Ныне в связи с расширением материальной основы международного частного права, особенно за счет развития и углубления торгово-экономических и производственных отношений на всех уровнях, как между самими государствами, так и между государствами и субъектами

⁸⁴ См.: *Кутиков В.* Сущность и источники международного частного торгового права. Лекции за следипломна специализация на юристи. Т. IV. София, 1971; *Кутиков В.* Международное частное право на НР България. София, 1976. С. 105—107, 107—126.

национального права, равно как и между физическими и юридическими лицами отдельных стран, интерес к источникам МЧП закономерно обостряется, приобретая прежде всего практическую значимость. Однако поскольку самостоятельных исследований применительно к фундаментальному анализу проблем источников права в международном частном праве не проводилось, исходными началами для изучения поставленного вопроса выступают имеющиеся достижения общей теории государства и права. Анализ соответствующей литературы показывает существенные различия во взглядах специалистов даже по самой трактовке термина «источник» в обозначаемой им категории. Напомним, что в общем плане ученые выделяют обычно два элемента понятия «источник права»: внешнюю форму — «выражение вовне внутренне организованного содержания» правовой нормы и конститутивный элемент — «придание норме качества правовой нормы»⁸⁵. С.С. Алексеев под источником права понимает «объективированный в документальном виде акт правотворчества», являющийся «формой юридически официального бытия» соответствующих правовых норм⁸⁶. Французский исследователь компаративного права Р. Давид далеко не в последнюю очередь называет источниками права «те технические приемы, с помощью которых в данной стране и в данный период создают или уточняют юридические нормы»⁸⁷. Чешский автор З. Кучера отмечает гносеологический аспект в содержании рассматриваемого понятия: «Термин «источники права» применяется здесь (в международном частном праве — Л.А.) в смысле познания юридических правил, правовых форм, в которых содержится право и которые служат познанию содержания и текста юридических правил»⁸⁸. Любопытно отметить в данной связи, что раздел, посвященный источникам МЧП в работе датского автора Коппенол-Ляфорс М., начинается с освещения материала, относящегося к деятельности международных организаций в области унификации права (Гаагских конференций, ЮНСИТ-РАЛ, УНИДРУА, ЕС и т.д.)⁸⁹.

Теоретики права подметили, что формирование права, право-образование начинается в сфере материальных отношений собственности. Завершается же этот сложный процесс формированием соответствующих юридических норм при помощи государственной деятельности. Результатом являются акты правотворчества. Вместе с тем определение источников права в юридическом смысле состоит в том, что это — «способы закрепления правил поведения, которым государство придает правовую силу»⁹⁰.

Однако данные характеристики не могут считаться исчерпывающими. Не менее существенным оказывается еще один момент, играющий принципиальную роль для понятия «источник права», — *властная обеспеченность* формы выражения права, т.е. *государственно-правовые гарантии применения и соблюдения* данного акта правотворчества. Эти три элемента, характеризующие конструкцию источников права, как кажется, отчетливо проявляются в специфике некоторых видов источников международного частного права, о чем пойдет речь далее.

Различия в источниках права, по существу, обусловлены различиями в генезисе правовых норм. Понятно, что норма обычая отличается от нормы, скажем, судебного прецедента прежде всего «внешней оболочкой» своего бытия. Однако коренное различие — в механизме создания и формирования модели поведения на этапе ее существования еще в качестве «преднормы». Это обуславливает впоследствии и иные расхождения — не одинаковы в каждом конкретном случае те процессы, в ходе которых складывается то или иное правило поведения в правовую норму: устойчивость соблюдения, повторяющееся применение, молчаливое признание со стороны

⁸⁵ Керимов Д.А. Философские проблемы права. М., 1972. С. 226; Зивс С.Л. Источники права. М., 1981. С. 9.

⁸⁶ См.: Алексеев С.С. Общая теория права. Т. I. М., 1981. С. 314—317.

⁸⁷ Давид Р. Основные системы современности. М., 1988. С. 192.

⁸⁸ Кучера З. Международное частное право в ЧССР//Bulletin de droit tchécoslovaque. Prague, 1982. № 1—2. Р. 13—14.

⁸⁹ См.: Koppénol-Laforce M. et als. International contracts. Aspects of Jurisdiction, Arbitration and Private International Law. L, 1996.

⁹⁰ См.: Голунский С.А., Строгович М.С. Теория государства и права. М., 1940. С. 173.

государства данного правила как юридически обязательного в одном случае (обычай), согласование им в определенных случаях своей воли с прочими государствами или субъектами международного права (международный договор) — в другом, независимое, автономное изъятие государством своего веления (издание закона, нормативного акта и т.д.) — в третьем. На завершающей же фазе все правовые нормы, действующие в пределах юрисдикции рассматриваемого государства, так или иначе должны быть пропущены через государственную волю, т.е. установлены или санкционированы им. Следовательно, для источников права (международного частного права особенно ввиду их многообразия) характерно, с одной стороны, разграничение, а с другой стороны, — сочетание «формы права» — внешнего его выражения (внутригосударственного закона, международного договора и проч.) — и способа придания со стороны государства моделям поведения юридической силы, т.е. санкционирования государством обязательности в качестве образца поведения того предписания, которое заключено в конкретную оболочку определенной правовой формы. Третий элемент понятия «источник права», о котором говорилось выше и который делает право собственно правом, — властная обеспеченность соблюдения едва ли не наиболее отчетливым образом проявляется именно в источниках международного частного права. Последовательный анализ закона, международного договора и обычая, а также судебного прецедента дает возможность установить у всех этих видов наличие указанных выше трех элементов и более того — их единство в каждом из источников международного частного права. Однако проследить это конкретно наиболее целесообразно при отдельном рассмотрении соответствующих их видов.

§ 2. Виды источников МЧП

1. Национальный закон. Подзаконные акты.

Вопросы кодификации международного частного права в практике различных государств

Значительное число современных учебников и курсов по международному частному праву при перечислении видов его источников оперируют категорией «внутреннее законодательство» в противовес понятию «национальный закон»⁹¹. Некоторые исследователи используют более общий термин — «внутригосударственные источники»⁹²; другие в рамках категории *первого* вида источников МЧП называют «внутренние (национальные) нормы»⁹³.

Несмотря на то, что в реальной жизни нормы международного частного права действительно иногда заключены в актах иной юридической силы, нежели закон в собственном его значении, все-таки следовало бы, как представляется, указывать в качестве источника МЧП именно «национальный закон», хотя бы и с оговоркой, что последний понимается в широком смысле слова, поскольку имеются в виду, во-первых, правовые акты в ранге собственно закона, а во-вторых, подзаконные и иные нормативные акты, которые могут в силу внутренних, прежде всего конституционных предписаний существовать в рамках правопорядка конкретного государства. Закон в указанном значении этого термина является одним из основных видов источников международного частного права.

Отечественная (сначала советская, а ныне российская) доктрина МЧП исходила, как было указано ранее, из концепции двойственности его источников, основанной на постулате о том, что источники МЧП носят как национально-правовой, так и международно-правовой характер. Это расходилось с положениями науки ряда капиталистических государств в данном вопросе, которая считала, как правило, что источники международного частного права «национальны», т.е. основаны на внутреннем законодательстве или судебной практике. Исключение являли собой

⁹¹ См.: Луиц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 50; Богуславский М.М. Международное частное право. Учебник. М. 1998. С. 61.

⁹² См.: Иссад М. Международное частное право. М., 1989. С. 26.

⁹³ См.: Международное частное право. Под общей редакцией профессора Г.К. Матвеева. Киев. 1985. С. 24.

представители немецкой школы (Л. Раапе, Э. Цительман), которые противостояли такой позиции. Однако приверженцы этого направления были немногочисленны. Примечательно, что Постоянная палата международного правосудия в Гааге в своих решениях по делам о сербских и бразильских займах 1929 г. в известной мере отразила точку зрения «национального» характера источников МЧП. В частности, в решении применительно к договорным обязательствам говорилось: «Всякий договор, не являющийся договором между государствами, как субъектами международного права, имеет основание в каком-либо национальном законе. На вопрос о том, какой это закон, отвечает та отрасль права, которую ныне чаще всего именуют международным частным правом»⁹⁴. В данной связи важно подчеркнуть, что некоторые авторы усматривают в этих решениях всецелую демонстрацию «внутринациональной» природы международного частного права, с чем трудно согласиться, потому что отражение этого имело место лишь частично, так как в целом существо высказывания Палаты не может считаться полностью игнорирующим международно-правовую природу некоторых источников МЧП. Дальнейшее в тексте цитируемых решений свидетельствует об обратном: «Правила этого права могут быть общими для нескольких государств или даже могут быть установлены международными соглашениями или обычаями и в этом случае имеют характер норм настоящего международного права, регулирующего отношения между государствами. Но во всех *других случаях* (курсив мой — Л.А.) надо иметь в виду, что эти правила (международного частного права) входят в состав внутреннего права»⁹⁵.

Таким образом, понятна значимость роли, которую играет национальный закон (другие акты, содержащие нормы МЧП). На практике, безусловно, в подавляющем большинстве случаев нормы, предназначенные регулировать цивилистические отношения международной сферы, создаются внутригосударственными актами. При этом не устраняется действие и иных источников, каковыми служат международный договор, международный обычай или судебный прецедент. В некоторых областях — например, в международной торговле и мореплавании, расчетных и кредитно-финансовых отношениях, а также других сферах — международные договоры обладают сегодня приоритетным статусом в правовом регулировании определенных общественных отношений.

Характеризуя такой внутригосударственный источник современного международного частного права, как закон, следует прежде всего исходить из большей урегулированности соответствующих общественных отношений, которая во многом достигается кодификацией международного частного права на национальном уровне, осуществляемой на настоящем этапе во многих государствах. *Кодификация МЧП есть одна из современных тенденций развития международного частного права.*

ФРГ. В Германии с конца XIX в. (1896 г.) действовал Вводный закон к Германскому гражданскому уложению (Bürgerliches Gesetz-Buch) — ГГУ, в котором содержались коллизионные нормы по ряду вопросов международного частного права. Вводный закон был неотъемлемой частью гражданского кодекса Германии. В 1986 г. после многолетней практики внесения изменений и дополнений во Вводный закон как основной акт, регулирующий отношения, выходящие за рамки правопорядка одного государства, коллизионные нормы, содержащиеся в нем, были дополнены новым регулированием в области международного частного права. Хотя в своей основе правила, имевшиеся во Вводном законе ГГУ по коллизионным вопросам на момент 1986 г., не получили иного содержания и были практически полностью воспроизведены в новом акте, 1986 г. рассматривается в доктрине как точка отсчета нового этапа в развитии и кодификации международного частного права в данной стране.

Соответствующими разделами в Законе в новом регулировании в области международного частного права от 25 июня 1986 г. (вступившем в силу с 1 сентября 1986 г.) стали: применение права в отношении формы сделок, заключения и расторжения брака, прав детей, опеки и попечительства, наследственного права, коллизионные нормы, применяемые к обязательствам, в области трудового права, процессуальных вопросов. Характерной чертой нового регулирования

⁹⁴ Цит. по: Лунц Л.А. Международное частное право. С. 69—70.

⁹⁵ Там же. С. 70.

стало то, что в его массив включены практически полностью положения Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, принятой в рамках Европейского Союза ЕС.

Япония. Японский закон о международном частном праве, называемый Законом о праве, касающемся применения законов вообще» («Хорей»), датируется 21 июня 1898 г. (Закон № 10). Этот источник имеет несколько редакций, ибо после своего принятия подвергался неоднократному пересмотру (в 1942, 1947, 1964 и 1986 гг.). Одно из последних его изменений заключено в Законе № 27 от 28 октября 1989 г. Кроме того, в некоторых конкретных областях регулирование отношений, подпадающих под действие международного частного права, дополнялось в Японии рядом иных специальных актов. В частности, в области наследственных отношений действует Закон о праве, применимом к форме завещательных распоряжений (Закон № 100 1964 г.); в целях решения проблем гражданства (подданства) в 1950 г. в Японии были приняты Закон о гражданстве (Закон № 147 от 4 мая 1947) и Положение о введении в действие Закона о гражданстве от 22 июня 1950 г. С точки зрения определения правового положения особого контингента иностранных граждан в Японии — служащих военно-морских баз США — чрезвычайно важное значение на соответствующем историческом отрезке времени имел специальный правовой акт — Закон об особых мероприятиях, касающихся гражданских дел, в целях реализации соглашения, достигнутого на основании статьи VI Договора о взаимном сотрудничестве и безопасности между Японией и Соединенными Штатами Америки в отношении средств и областей размещения, а также статуса вооруженных сил США в Японии от 28 апреля 1952 г. (Закон № 121), а также Закон о компенсации отдельных видов ущерба в результате вреда, причиненного действиями персонала американских военных сил, размещенных в Японии, от 25 августа 1953 г. и основанные на нем подзаконные акты. Отдельные коллизионные нормы содержатся в Гражданском кодексе 1896—1898 гг., Торговом кодексе 1899 г., Гражданско-процессуальном кодексе и Законе о приведении в исполнение решений по гражданским делам Японии.

В более широком, т.е. международном, масштабе начало процесса кодификации (и одновременно унификации) можно отсчитывать с 1928 г., когда ряд государств ввел в качестве своих национальных актов Кодекс Бустаманте, принятый на VI Панамериканской конференции американских государств в Гаване. Среди подписавших конвенцию следующие государства: Аргентина, Боливия, Бразилия, Венесуэла, Колумбия, Коста-Рика, Куба, Доминиканская Республика, Эквадор, Эль-Сальвадор (ныне Сальвадор), Гватемала, Гаити, Гондурас, Мексика, Никарагуа, Панама, Парагвай, Перу, Уругвай. Соединенные Штаты не подписали и не ратифицировали Конвенцию, хотя и сдали на хранение заявление (League of Nations Treaty Series. № 87). Этот акт характеризуется прежде всего полнотой регулирования, содержащегося в нем. Достаточно сказать, что в нем имеется 437 статей, разбитых на вводный раздел и 4 книги практически по всем вопросам международного частного права: 1) международное гражданское право (лица — гражданство, domicilio, физические и юридические лица, брак и развод, семейные отношения, собственность, различные способы ее приобретения, вещные права, обязательства и договоры); 2) международное торговое право (о купцах и торговле вообще, специальные торговые сделки, давность и проч.); 3) международное уголовное право; 4) международный гражданский процесс (общие правила компетенции по гражданским и торговым делам, судебные требования и судебные поручения, исключения из правил международной подсудности (*lis alibi pendens* — приостановление производства по делу, начатому в другом, т.е. иностранном, суде) и исполнение судебных решений, доказательства, а также специальные средства доказывания иностранного права).⁹⁶

В дальнейшем процесс кодификации МЧП получил новый виток в своем развитии в 60-х гг., а затем в 70—80-х гг., когда некоторые европейские страны активно стали принимать специальные

⁹⁶ См.: Международное частное право. Сборник документов /Сост. К.А. Бекяшев, А.Г. Ходаков. М., 1997; Избранные источники по международному частному праву XIX и XX веков. Сост. В.Н. Дурденевский М., 1940.

законы о международном частном праве. К ним относятся Чехословакия (законы о международном частном праве и процессе, а также об арбитраже в международных торговых отношениях и об исполнении арбитражных решений от 4 декабря 1963 г.), Польша (Закон «О международном частном праве» от 12 ноября 1965 г.), Австрия, Венгрия, Югославия, Турция, Швейцария и др.

Чехословакия. В ЧССР Закон о международном частном праве и процессе, принятый в 1948 г., был заменен Законом о международном частном праве и процессе 1963 г. В том же году был принят Закон о арбитраже. Кроме того, в ЧССР в 1963 г. был принят Кодекс международной торговли, который, как следует из его текста, должен был использоваться в тех случаях, когда в силу коллизионной нормы предписывалось применять право Чехословакии. Ныне упомянутый акт отменен, а некоторые вопросы международного хозяйственного оборота, например собственности, решаются в соответствии с § 729—755 Торгового кодекса 1991г., вступившего в силу как для Чехии, так и для Словакии с 1 января 1992г.

Закон о международном частном праве 1963 г. действует лишь в Чехии. С 1 января 1995 г. в этой стране введен в действие новый Закон об арбитраже в международных торговых отношениях и исполнении арбитражных решений, принятие которого датируется 1 ноября 1994 г. В основных своих положениях он не отличается от предыдущего чехословацкого закона 1963 г., хотя и имеет определенные новеллы.

Польша. В Польше в 1965 г. был принят Закон о международном частном праве, в котором содержатся коллизионные нормы гражданского, семейного, трудового права. Отдельные положения, относящиеся к международному частному праву, имеются в специальных актах — Законе о воздушном праве, морском праве. Гражданско-процессуальные отношения, в том числе и связанные с отношениями, регулируемым международным частным правом, включая арбитраж, содержатся в польском ГПК 1964 г. (книга III, а также ст. 1150—1153).

Венгрия. В 1979 г. в качестве основного акта в области коллизионных норм принят Указ № 13 Президентского Совета ВНР о международном частном праве. В содержание и структуру этого акта включены следующие разделы: «Общие правила» (цели и действие Указа, юридическая квалификация, отсылка, установление содержания иностранного закона, взаимность, неприменение иностранного права); «Лица» (физические лица, государство как субъект права, юридические лица); «Право интеллектуальной собственности»; «Право собственности и вещные права»; «Обязательственное право» (договоры, обязательства из причинения вреда и неосновательного обогащения); «Право наследования»; «Семейное право» (браки и его действительность, расторжение брака, усыновление, отношения между родителями и детьми, применение закона, наиболее благоприятного для ребенка, алиментные обязательства, опека и попечительство); «Трудовое право», «Подсудность», «Гражданский процесс», «Признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений», «Заключительные положения».

Помимо этого 8 ноября 1994 г. в Венгрии был издан специальный акт об арбитраже — Закон № LXI, который основан на Типовом законе ЮНСИТРАЛ.

Югославия. В Югославии имеется специальный акт — Закон о разрешении коллизий между законом и нормами иностранного права в определенных правоотношениях от 15 июля 1982 г. (вступил в действие с 1 января 1983 г.), насчитывающий 6 глав и 109 статей. Первая глава посвящена общим положениям, рассматривающим сферу действия Закона, применение и установление содержания иностранного права, оговорку о публичном порядке, исковую давность, действительность сделок и др.

Во второй главе содержатся коллизионные нормы, относящиеся к право- и дееспособности, опеке, признанию лица умершим, праву собственности, договорам, деликтным обязательствам, наследованию, заключению, расторжению и признанию недействительности брака, личным и имущественным правам супругов, отношениям между родителями и детьми, усыновлению и алиментированию.

В третьей главе помещены нормы о компетенции судов и других органов по делам с участием иностранцев и положении последних в гражданском процессе. Признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений регулируется нормами четвертой главы. В пятой

и шестой главах содержатся дополнительные и переходные постановления.

С определенными изменениями этот Закон был введен в действие в Хорватии, которая стала самостоятельным субъектом международного права и членом Организации Объединенных Наций 22 мая 1992 г., а также Словении, Сербии и Черногории. Продолжает свое действие в Хорватии и других республиках бывшей Югославии ГПК 1977 г., в котором содержатся положения об арбитраже, в том числе и о международном коммерческом арбитраже.

Австрия. Австрийское законодательство по международному частному праву представлено специальным источником — Законом о международном частном праве от 15 июня 1978 г., в котором содержатся нормы, относящиеся к личному закону, семейным отношениям, праву наследования, праву собственности и вещным правам, правам на нематериальные объекты, обязательственным отношениям, трудовому праву (договору найма), неосновательному обогащению и обязательствам из причинения вреда, а также положения, касающиеся применения права. Рассматриваемый австрийский Закон легальным порядком закрепил коллизионную привязку к правопорядку, с которым «фактические ситуации с иностранным элементом» наиболее тесно связаны.

Великобритания. В том, что касается широкого спектра общественных отношений, традиционно относящихся к международному частному праву, в последние годы в данной стране становится все более заметной тенденция к статутному регулированию. Достаточно сказать, что, помимо важных актов, касающихся важных проблем международного частного права, таких, как арбитраж, иммунитет государства и др., правовое регулирование которых было осуществлено с помощью статутного права соответственно в 1950/1975 и 1978 гг., в 1990 г. был издан Закон о договорах (применимом праве), — Contract Act (applicable law), — включивший в себя в качестве коллизионных норм положения Римской конвенции ЕЭС 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, а в 1995 г. был принят Закон о международном частном праве (отдельные положения), что явилось событием эпохальным, так как доселе Англия не знала ничего подобного. И хотя этот акт не стал всеобъемлющей кодификацией, для государства, являющего собой классический образец страны «общего права» («common law»), в том числе и в области регулирования международных частноправовых отношений, его трудно переоценить. В нем отражены наиболее существенные, с точки зрения британского общества, нормы: о взимании процентов по судебной задолженности в случаях присуждения по судебному решению суммы, выраженной в иной, нежели фунт стерлингов, валюте, для целей внесения поправки в Закон об отправлении правосудия 1970 г., а также о взимании штрафных процентов по арбитражным решениям; о действительности браков, заключенных в соответствии с правом, допускающим полигамию; о выборе права в деликтных отношениях — и другие дополнения и изменения действующих в этой области актов.

Не менее значимым в правовом развитии Великобритании в части статутного регулирования в области МЧП выступает Закон об арбитраже от 17 июня 1996 г., повлекший за собой изменения многих национально-правовых актов Соединенного Королевства в сфере действия МЧП (Закона о гражданской юрисдикции и судебных решениях 1982 г., Законов о торговом мореплавании 1984 и 1995 гг., Закона об иностранных сроках исковой давности 1984 г., Закона о гарантиях по многосторонним инвестициям 1988 г., Патентного закона 1977 г., а также и самого закона о международном частном праве 1995 г.).

США. Значительную роль в этой стране, в которой отсутствуют кодифицированные федеральные акты о конфликте законов, играют частные кодификации международного частного права, выполненные на основе обобщения судебных прецедентов доктриной. Так, в 1934 г. Американским институтом права опубликован «Свод законов о конфликте законов», в основу которого был положен трехтомный труд Биля, а в 1971 г. вышел второй «Свод законов о конфликте законов». Кроме того, на уровне штатов разрабатываются и принимаются специальные акты, посвященные международному частному праву в целом, либо отдельные законы по конкретным вопросам, относящимся к его объекту. Так, в штате Луизиана 2 января 1992 г. вступил в действие Закон о международном частном праве 1991 г. Помимо этого, в каждом штате существует законодательство и судебная практика в области корпоративных отношений, включая

таковые с участием иностранных физических и юридических лиц, а также во многих других областях международного частного права (семейном, наследственном, авторском, патентном и т.д. праве). Необходимо упомянуть Модельный закон США о предпринимательских корпорациях 1928 г. (в редакции 1984 г.), хотя он и не содержит коллизионных норм. Этот акт не является действующим законом, т.к. он призван обеспечить унификацию корпоративного права различных штатов, к ведению которых Конституцией США отнесено законодательство о компаниях. Большинство штатов приняли его за основу при издании собственных актов о корпорациях⁹⁷.

Швейцария. В Швейцарии действует специальный закон о международном частном праве от 18 декабря 1987 г., введенный в действие с 1 января 1989 г. Характерной чертой рассматриваемого акта является его объем — пожалуй, сегодня это самая значительная (200 статей) кодификация норм международного частного права на национально-правовом уровне. Закон имеет особенности и в композиционном плане, так как каждый из его подразделов состоит из параграфов, содержащих неизменно три главных аспекта регулирования: юрисдикция, применимое право и исполнение иностранных решений.

Турция. В 1982 г. в этой стране был принят Закон о международном частном праве и процессе, состоящий из двух частей. В первой из них представлены общие положения о сфере действия акта, основные правила применения иностранного права, коллизионные нормы, относящиеся к личному статусу, семейному праву, вещным и наследственным правам, а также обязательственным отношениям. Вторая часть посвящена компетенции турецких судов по международным гражданским делам, вопросам признания и исполнения иностранных судебных решений.

Румыния. В Румынии впервые за всю историю страны 22 сентября 1992 г. был принят Закон о международном частном праве (вступил в действие 1 декабря 1992 г.). Законом № 59 от 23 июля 1993 г. в Гражданский процессуальный кодекс Румынии были внесены изменения, касающиеся международного коммерческого арбитража, инспирированные Типовым законом ЮНСИТРАЛ.

Италия. Со 2 сентября 1995 г. в Италии вступил в силу Закон о реформе итальянской системы международного частного права.

Лихтенштейн. В Лихтенштейне 1 января 1997 г. действуют два закона: Закон о международном частном праве и Закон о лицах и товариществах, содержащий регулирование о хозяйственных обществах и товариществах, действующих в международной сфере. Поскольку княжество Лихтенштейн в настоящее время характеризуется в известной степени «мягким налоговым климатом» для учрежденных здесь юридических лиц, особенно холдинговых компаний, издание подобного акта весьма своевременно.

Испания. В Испании не существует пока специальной кодификации МЧП в виде отдельного закона, как в некоторых других странах ЕС. Тем не менее с 29 июля 1974 г. введен в силу новый вводный титул Гражданского кодекса Испании 1889 г., содержащий главу о международном частном праве и главу, посвященную межрегиональным (межобластным) коллизиям, в результате чего весьма ограниченное количество норм, действующих в области коллизий законов, предусматриваемых в старом регулировании, существенно расширено. Соответственно этому получили отражение следующие вопросы: применение территориального закона, конфликт квалификаций, обход закона, обратная отсылка, публичный порядок, применение иностранного права и действие конфликтов во времени. В ГК Испании имеется также и система коллизионных норм, касающихся лиц (особенно институтов гражданства, статусов апатрида и бипатрида), брачно-семейных отношений, вещных прав, обязательственного права, а также деликтных отношений.

Болгария. В Болгарии исторически никогда не существовало всеобъемлющего кодифицированного акта в виде закона по международному частному праву. Нормы МЧП были зафиксированы в различных по юридической силе правовых актах: ГПК 1952 г., Законе о наследовании 1949 г., Законе об обязательствах и договорах 1950 г., Законе о собственности 1951

⁹⁷ См.: Соловьева С.В. Законодательство штатов Нью-Йорк и Калифорния о предпринимательских корпорациях//Журнал российского права. 1997, № 3. С. 117—128.

г., Торговом законе 1991 г. и др. После «бархатной» революции в этой стране в рамках общего изменения социально-экономического уклада стало меняться и законодательство. В области международного коммерческого арбитража в Болгарии начиная с 1988 г., действовал специальный закон, основанный на принципах Типового закона ЮНСИТРАЛ. 2 ноября 1993 г. он был изменен и приведен в соответствие с потребностями хозяйственной жизни страны и ее международных экономических связей.

В некоторых других государствах законодательство по международному частному праву кодифицировано частично.

Китайская Народная Республика. В КНР ряд коллизионных норм содержится в Общих положениях гражданского права (ОПП) 1986 г.: о применении права в вопросах гражданской дееспособности, права собственности на недвижимое имущество, по деликатным обязательствам, семейным отношениям, наследованию. С 1 июля 1985 г. в КНР действует особый акт — Закон Китайской Народной Республики о хозяйственных договорах с иностранным участием, в котором сформулированы важные общие начала осуществления международных частнопровых отношений (глава VI): автономия воли сторон, оговорка о публичном порядке, коллизионный принцип привязки отношения к праву страны, с которым отношение наиболее тесно связано, применение обычаев международного делового оборота и т.д., а также третейское разбирательство споров. Закон, кроме того, предусматривает положения, касающиеся формы и заключения контрактов, их исполнения и ответственности за нарушение, прекращения, изменения и перевода прав по договору на третьих лиц.

По вопросам иностранных инвестиций в Китае действует Закон о предприятиях с иностранным капиталом, принятый 12 апреля 1986 г. На основании и в развитие указанного акта 28 октября 1990 г. были приняты правила осуществления Закона КНР о предприятиях с иностранным капиталом (Указ № 1 от 12 декабря 1990 г.), в которых регламентировалась соответствующая деятельность иностранных инвесторов и содержались материально-правовые нормы, регулирующие учреждение в Китае предприятий с иностранным участием.

Монголия. Нормы международного частного права Монголии сосредоточены в соответствующем разделе нового Гражданского кодекса Монголии 1994 г. По сравнению с предыдущим регулированием, которое также содержалось в Гражданском кодексе, следует отметить отражение в нем современных тенденций, свойственных развитию МЧП, и большую детальность в формулировании положений, относящихся к его объекту.

Вопросы правового статуса иностранцев регулируются в Монголии специальным актом — законом о правовом положении иностранцев от 24 декабря 1993 г. (введен в действие 1 февраля 1994 г.). Отдельные нормы, касающиеся правового режима, прав и обязанностей иностранных физических и юридических лиц, содержатся в Законах о валютном регулировании Монголии от 12 мая 1994 г., об иностранных инвестициях от 1 июля 1993 г., об авторском праве от 22 июня 1993 г. (с поправками от 1 февраля 1997 г.), патентном законе от 25 июня 1993 г. и актах, посвященных Центральному банку Монголии, банковской деятельности, банковским операциям и сделкам с ценными бумагами, векселям, а также ресурсам и топливно-энергетическим областям. Кроме того, в Монгольской Республике 26 октября 1995 г. принят закон о внешнеторговом арбитраже, вступивший в силу 15 декабря 1995 г.

Вьетнам. Во Вьетнаме действует Гражданский кодекс 1995 г., в котором имеется часть 7-я — «Гражданские отношения с иностранным элементом», содержащая основные начала международного частного права и ряд коллизионных норм. 10 мая 1997 г. был принят Торговый кодекс Вьетнама⁹⁸, интерес к которому с точки зрения международного частного права обеспечивается, например, его нормами о разрешении арбитражным путем споров, возникающих в связи с международной торговлей (ст. 238—243).

Законодательство по международному частному праву в Российской Федерации

⁹⁸ Вступил в силу с 1 января 1998 г.

Современное состояние. Законодательство Российской Федерации в области международного частного права в настоящее время, будучи *частично кодифицированным*, представлено прежде всего разд. VII Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., введенных в действие на территории РФ с 3 августа 1992 г., разд. VII Семейного кодекса РФ 1995 г., введенного в действие с 1 марта 1996 г., соответствующими разделами Гражданского процессуального кодекса РСФСР 1964 г. и Арбитражного процессуального кодекса РФ от 5 мая 1995 г.; Законом о международном коммерческом арбитраже от 7 июля 1993 г.; положениями нового Кодекса торгового мореплавания РФ, принятого 30 апреля 1999 г., существенно расширившим объем положений коллизионно-правового характера, а также материальных норм самого различного направления по сравнению с предыдущим регулированием, содержащимся в КТМ СССР 1968 г.; положениями Воздушного кодекса от 19 марта 1997 г.; Закона о государственном регулировании внешнеторговой деятельности от 16 октября 1995 г.; Основ законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г.; Закона о валютном регулировании и валютном контроле 1992 г.; Закона о залоге 1992 г.; Федерального закона о соглашениях о разделе продукции 1995 г.; Закона об архитектурной деятельности в Российской Федерации от 18 октября 1995 г.; Федерального закона «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» от 9 июля 1999 г.; Закона о товарных знаках, знаках обслуживания и наименованиях мест происхождения товаров от 23 сентября 1992 г.; Патентного закона РФ от 23 сентября 1992 г.; Закона об авторском праве и смежных правах от 9 июля 1993 г.; Федерального закона «О континентальном шельфе Российской Федерации» от 30 ноября 1995 г.; ряда других актов. Кроме того, имеются примеры, когда нормы международного частного права закреплены в актах подзаконного характера. Показательным в этом отношении является, например, п. 9 (г) Инструкции ГНИ РФ № 39 от 11 октября 1995 г. (в ред. 7 августа 1998 г.) «Об исчислении и уплате налога на добавленную стоимость», определяющий, что подразумевается под «местом экономической деятельности» покупателя услуг, если покупатель этих услуг имеет место нахождения в одном государстве, а продавец — в другом.

Отсутствие в нашей стране единого кодификационного акта, построенного по аналогии с законами о международном частном праве Венгрии, Австрии или Швейцарии и т.д. как всеобъемлющий источник международного частного права, а главное, обусловленные этим такие последствия, как разбросанность норм, подлежащих применению, нередкое в этих условиях дублирование регулирования, его противоречивость, многозвенность и многостадийность и проч., неоднократно обсуждались в юридической литературе. В силу вышеуказанных обстоятельств обращалось внимание на несовершенство имеющейся правовой базы регулирования рассматриваемого объекта и выдвигались предложения о создании единого нормативного акта. В этой связи в рамках научных учреждений разрабатывались индивидуальные концепции и коллективные проекты кодификации МЧП⁹⁹.

Нельзя не согласиться с тем, что действительно множественность правовых актов различной правовой силы, находящихся порой на несопоставимых ступеньках юридической иерархии нормативных источников, но содержащих тем не менее одинаковые по важности, значению и степени юридического воздействия на соответствующие общественные отношения нормы, рождает немало проблем не только теоретического, но и преимущественно практического характера, особенно в том, что касается правоприменения. Представим себе, что какой-либо суд иностранного государства в силу определенных оснований должен применить к спорному отношению российское право. Иностраный судья, таким образом, не имея сводного акта, вынужден обращаться к различным разрозненным источникам по конкретному вопросу. Достаточно сказать, например, что нормы о залоге (ипотеке), в том числе и коллизионные,

⁹⁹ См.: Семенов Н.П. О целесообразности подготовки закона о международном частном праве//Советское государство и право. 1990, № 1. С. 90—98; Проект закона о международном частном праве и гражданском процессе//Труды ВНИИСЗ. М., 1991. Т. 49. С. 123 и сл. О сегодняшнем взгляде на эту проблему см.: Ерпылева Н.Ю. Международное частное право. Учебник. М., 1999- С. 26—30.

находятся и в Основах гражданского законодательства, и в Законе о залоге, в соответствующих частях Гражданского кодекса. Федерального закона о государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним от 21 июля 1997 г.¹⁰⁰ и т.д. В подобной ситуации необходим «путеводитель» в плане определения соподчиненности перечисленных и других актов, выбора соответственно тех регуляторов, которые должны быть применены к существу отношения. Для лица, обращающегося к «чужому» праву, это более чем затруднительно.

Перспективы развития МЧП в Российской Федерации. Ныне в развитии международного частного права Российской Федерации наступает новый этап, связанный с разработкой и принятием в ближайшем будущем третьей части Гражданского кодекса РФ. Ее проект, включающий разделы, посвященные авторскому, патентному и наследственному праву, а также регулированию отношений, лежащих в рамках международного частного права, завершает конструирование одного из основных и, бесспорно, важнейших источников современного российского права в области регулирования частноправовых отношений.

Раздел VII, озаглавленный «Международное частное право», привлекает наибольшее внимание новизной концепций и подходов к регулированию. Напомним, что аналогичные разделы в предшествующих актах: Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., Гражданском кодексе РСФСР 1961 г., ныне действующем Семейном кодексе РФ 1995 г., а также Арбитражном процессуальном кодексе Российской Федерации 1995 г. — имели принципиально иное наименование: «Правоспособность иностранных граждан и юридических лиц. Применение иностранных гражданских законов иностранных государств и международных договоров».

Как видно, само заглавие раздела существенно отличается от принятых ранее. Указанную новую редакцию названия вряд ли можно рассматривать в качестве детали частного или формального порядка, в силу чего возникает целый ряд принципиальных соображений.

Во-первых, включение в содержание Гражданского кодекса структурной части с подобной формулировкой объективно означает, что отношения в рамках МЧП — это только гражданско-правовые отношения, регулирование которых обеспечивается источником гражданского права, и не предполагают в своем составе иных общественных отношений (хозяйственно-правовых, брачно-семейных, трудовых, земельных и т.д., если следовать существующей в Российской Федерации разбивке отечественного права на отрасли с так называемыми иностранными, или международными, характеристиками). Указанное соответственно делает международное частное право институтом гражданского права. Между тем специфика международного частного права как раз и состоит в том, что его объектом выступают общественные отношения, имеющие цивилистическую направленность и сущность, однако, строго говоря, не являющиеся объектом регулирования собственно гражданского права.

В последние годы все более спорной проблемой становится, как отмечалось ранее, принадлежность международного частного права к той или иной системе права (внутригосударственной, международной либо отдельной, третьей системе — собственно системе международного частного права). Однако самостоятельность МЧП как таковая не вызывает, за очень редким исключением, сомнений среди отечественных ученых-юристов. Существование же раздела в проекте с таким названием подобные сомнения, думается, вполне способно породить. Кроме того, обращает на себя внимание и еще один момент. Несмотря и даже как будто вопреки критике, имевшей место в юридической литературе, по поводу конструкции «инострannого элемента», проект закрепляет легальность его существования как признака регулируемых МЧП отношений.

Во-вторых, в разделе VII и ранее в аналогичных разделах иных законодательных актов были кодифицированы в основном коллизионные нормы. Присутствуют они и в данном случае. Вместе с тем следует подчеркнуть, что ныне нормативный состав международного частного права значительно шире, чем только лишь коллизионные нормы. В современных условиях это признается и доктриной, и практикой почти повсеместно в мире. Таким образом, подобная конструкция разд. VII не только обедняет международное частное право, но и искажает истинное

¹⁰⁰ Собрание законодательства Российской Федерации. 1997. № 30. Ст. 3594.

положение дел в гражданско-правовой и вообще частноправовой сфере. Хотя и существует вопрос, перейдет ли все содержащееся в нынешнем проекте в основной документ после прохождения им соответствующих процедур, необходимых для принятия собственно закона, — есть немало оснований полагать, что принципиальные идеи, заложенные в проект, вряд ли будут отвергнуты. То, на чем акцентировалось внимание, составляет суть предлагаемого российского регулирования в области международного частного права, и вполне вероятно, что станет действующими нормами. Насколько полно и адекватно это сообразуется с уже достигнутым уровнем теоретического осмысления отечественной доктриной международного частного права соответствующих проблем — покажет будущее. В настоящее же время необходимо заметить, что в результате принятия третьей части ГК РФ в вопросах МЧП сможет наступить новый виток теоретических дискуссий по ряду актуальных его аспектов.

Наряду с этим, говоря о перспективах развития правового регулирования указанного рода отношений в Российской Федерации средствами международного частного права, важно выявить те новые подходы, которые, будучи ныне зафиксированными в законодательстве, как уже принято, так и готовящемся к принятию, пришли в практику России извне, т.е. являются результатом усвоения ею достаточно широкого международного опыта других стран. В этом отношении можно отметить ряд новелл: во-первых, коллизионный принцип, сформулированный как привязка к праву, наиболее тесно связанному с договором (отношением), используемый в предлагаемом разделе весьма активно; во-вторых, сочетание оговорки о публичном порядке со строго императивными нормами в качестве ограничителя применения иностранного права; в-третьих, коллизионную регламентацию вещных отношений, возникающих вследствие приобретательной давности; в-четвертых, регулирование определения правового положения государства в гражданско-правовых отношениях с его участием; в-пятых, весьма широкую сферу, отведенную действию закона, избранного сторонами в силу соглашения, специальные коллизионные принципы, рассчитанные на применение к отношениям в рамках прав интеллектуальной собственности, обязательствам вследствие неосновательного обогащения или причинения вреда и др.

Принятый в июле 1999 г. Кодекс торгового мореплавания в отличие от третьей части ГК РФ уже введен в действие и представляет собой достаточно крупную кодификацию норм международного частного права, касающихся данной специальной области. Следует подчеркнуть, что в этом акте так же, как и планируемом УП разделе ГК вводится в легальный оборот понятие «отношений, осложненных иностранным элементом», причем в КТМ оно существует параллельно с другими обозначениями объекта регулирования — так, в ст. 414 «Применимое право» указывается: «Право, подлежащее применению к отношениям, возникающим из торгового мореплавания с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненным иностранным элементом, в том числе, если объект гражданского права находится за пределами Российской Федерации, определяется в соответствии с международными договорами Российской Федерации, настоящим Кодексом, другими законами и признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания». Шагая в ногу со временем. Кодекс исходит из принципа автономии воли сторон (п. 2 ст. 1, п. 2 ст. 414, п. 3 ст. 415, п. 1, 2 ст. 418, п. 2 ст. 416). Однако нужно отметить, что данный принцип закреплен с некоторыми ограничениями: это касается, во-первых, случаев ответственности перевозчика по возмещению вреда, причиненного здоровью или жизни пассажира, утратой или повреждением груза или багажа либо просрочкой их доставки, во-вторых, выбора права сторонами трудового договора.

В новом КТМ отныне содержится развернутая система коллизионных норм, многие из которых являются совершенно новыми для российского законодательства: формула отыскания применимого права в отношении строящегося судна (закон государства, в котором судно принято к постройке или строится); подчинение права на имущество, затонувшее во внутренних морских водах или в территориальном море судно закону государства, в котором судно или имущество затонуло; отношения по общей аварии подчиняются при отсутствии соглашения сторон о применимом праве закону государства, в порту которого судно закончило рейс; морской залог регулируется законом того государства, суд которого рассматривает спор; установление ипотеки

судна или строящегося судна и очередности удовлетворения требований, вытекающих из обязательств, обеспеченных зарегистрированной ипотекой, определяется законом государства регистрации ипотеки; отношения, возникающие из договоров, заключаемых в области торгового мореплавания, дифференцированы по видам и снабжены соответствующими коллизионными формулами прикрепления на основе принципа привязки к закону государства той стороны, которая осуществляет решающее для данного договора действие (*lex venditoris* в широком смысле слова): перевозчика — в договоре морской перевозки, судовладельца — в договоре морского агентирования, тайм-чартере и бербоут-чартере, владельцем буксирующего судна — в договоре буксировки, доверителем — в договоре морского посредничества, страховщиком — в договоре морского страхования (ст. 418) и др. Закономерно, что значительный объем отношений по торговому мореплаванию подчинен закону флага судна (право собственности и другие вещные права на судно, правовое положение членов экипажа и связанные с эксплуатацией судна отношения, столкновение судов, если суда плавают под одним и тем же флагом, пределы ответственности судовладельца и т.д.).

Законодательство в области международного частного права стран СНГ. Модельный гражданский кодекс стран СНГ и нормы VII раздела о международном частном праве

Современное международное частное право стран СНГ постепенно начинает складываться на основе разработки собственных национально-правовых актов, присоединения к международным документам с широким участием различных государств, хотя в некоторых сферах продолжают действовать обновленные по форме, но старые по содержанию акты, принятые в бывших республиках Советского Союза. Областями, подвергшимися суверенной правовой регламентации в наибольших масштабах, являются иностранные инвестиции, регулирование внешнеэкономической деятельности, деятельность юридических лиц, в том числе и иностранных, гражданство, отношения в области промышленной и интеллектуальной собственности и т.д. Следует признать, что больший удельный вес в подобном регулировании занимают материально-правовые нормы. Среди актов указанного плана прежде всего назовем следующие: 1) инвестиционное законодательство, в том числе акты, направленные на регулирование деятельности иностранных физических и юридических лиц в свободных экономических зонах (см. об этом в 3 главе); 2) законодательство в области внешнеэкономической деятельности. Специальные акты в области регламентации внешних экономических связей приняли практически все государства, — входившие в состав СССР. Одним из первых разработал национальный закон, посвященный основным принципам внешнеэкономической деятельности, Казахстан (15 декабря 1990 г.). В Кыргызстане действует закон об общих началах внешнеэкономической деятельности с 18 апреля 1991 г. Узбекская ССР приняла аналогичный акт 14 июня 1991 г., Украина — с 16 апреля 1991 г. В Туркмении данная сфера регламентируется законом «О внешнеэкономической деятельности в Туркмении» от 19 мая 1992 г. 3 января 1992 г. принят Закон Республики Молдова «Об основах внешнеэкономической деятельности в Республике Молдова». Беларусь 25 октября 1990 г. приняла Закон «Об основах внешнеэкономической деятельности БССР». Однако далеко не все они равнозначны по своему правовому характеру. В большинстве случаев это акты, содержащие правила, позволяющие определить структуру органов управления внешнеэкономической деятельности, принципы осуществления внешних экономических связей и соответственно деятельности государства в этой области и т.д. К подобного рода правовым документам, если иметь в виду общую оценку, относится и Закон Российской Федерации о государственном регулировании внешнеторговой деятельности от 16 октября 1995 г. Правда, включение в него ограниченного числа коллизионных норм все-таки позволяет квалифицировать его и как источник частного международного (коллизионного) права. Закон же Украины о внешнеэкономической деятельности от 16 апреля 1991 г. в рамках рассматриваемой категории актов обладает рядом характеристик, позволяющих отвести ему особое место. Он представляет собой комплексный законодательный акт, содержащий коллизионные, материальные,

относящиеся к гражданскому и международному частному праву нормы, а также государственно-правовые, административно-правовые и прочие предписания. Статья 6 Закона имеет принципиальное значение для коллизионно-правового регулирования отношений по внешней торговле и иным видам деятельности на внешнем рынке, существующего ныне на Украине, поскольку перечисляет основные принципы определения применимого к внешнеэкономической сделке права с учетом современных тенденций в развитии международного частного права. По существу, данная статья и отдельные положения некоторых других разделов Закона представляют собой нормативный массив, имевшийся в соответствующих разделах Основ гражданского законодательства 1961 и 1991 гг., а также гражданских кодексах союзных республик, в частности ГК УССР 1964 г., касающийся МЧП, однако существенно дополненный новыми коллизионными принципами и правовыми решениями современного характера.

Пути гармонизированного в рамках стран СНГ развития международного частного права можно связывать с принятием на 7-м пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 г. модельного акта — Гражданского кодекса и прежде всего его третьей части, в которой помещен разд. VII «Международное частное право». Как видим, появление в проекте аналогичного раздела ГК РФ с тождественным заглавием и, по большому счету, содержанием не случайно. Действительно, положения российского проекта в этой части во многом совпадают с соответствующими положениями модельного закона. Следовательно, те соображения, которые были высказаны выше применительно к концепции раздела, его наименованию, определенным формулировкам и т.д., равным образом могут быть отнесены и к соответствующим нормам рассматриваемого документа. При этом безусловно имеется в виду, что его положения носят рекомендательный характер для государств—членов Содружества.

Имеющиеся же между данными документами различия касаются в большей мере структуры разделов и целей акта, рассчитанного на принятие конкретной страной, которые *mutatis mutandis* связаны с переходом от общего к частному и индивидуализацией используемых правовых решений и юридических конструкций.

2. Международный договор

Проблема международного договора как источника МЧП в аспекте его действия внутри территории заключивших его государств подробно рассматривалась юристами, работающими преимущественно в сфере международного публичного права, в связи с теорией трансформации (см., например, работы Д.Б. Левина, А.М. Ладыженского, Е.Т. Усенко, Н.В. Миронова, И.И. Лукашука, В.Г. Буткевича, Р.А. Мюллерсона и др.).

В последние же годы появились работы, в которых делаются попытки проанализировать юридическую природу норм, содержащихся в международных договорах, под углом зрения конкретно международного частного права. Особое внимание уделяется двусторонним и многосторонним договорам унификационного характера, т.е. тем международно-правовым соглашениям государств, в которых имеются единообразные материальные или коллизионные гражданско-правовые нормы, поскольку договоров подобного рода в современной практике международного общения появляется все больше и больше. В свое время такому пристальному анализу были подвергнуты многосторонние Общие условия поставок стран—членов СЭВ (ОУП СЭВ), которые играли ведущую роль в правовом регулировании торгово-экономического сотрудничества хозяйственных организаций соответствующих государств. Ныне это ряд конвенций, заключенных в области международной торговли и связанных с нею областях, — конвенции о международной купле-продаже товаров, международном факторинге, международном финансовом лизинге, простом и переводном векселе и чеке, многосторонние соглашения о перевозках автомобильным и железнодорожным транспортом и многие другие, а также разнообразные двусторонние договоры, в том числе о правовой помощи; список стран, с которыми они заключаются Российской Федерацией, активно расширяется (из числа недавних —

Договоры с Польшей от 16 сентября 1996 г., с Египтом от 23 сентября 1997 г., с Турцией от 15 декабря 1997 г., которые пока не вступили в силу).

Выводы исследователей по вопросам международных договоров как источников международного частного права весьма разнообразны. Одни предлагают конструкцию «международного гражданского права», обосновываемую как самостоятельную отрасль «международного права в широком смысле» и базирующуюся на выделении унифицированных гражданско-правовых норм¹⁰¹. Другие в принципе отрицают качество международного договора быть источником МЧП¹⁰².

Третьи, подвергая критическому анализу ряд концепций, существующих в отечественной правовой науке, в том числе и в связи с проблемой функций международного договора в МЧП, отстаивают тезис о том, что международное частное право представляет собой особую правовую систему, которая содержит нормы гражданско-правового характера и использует для их выражения национальную и международную формы.¹⁰³

Четвертая разновидность взглядов представлена концепцией национально-правовой имплементации международных договоров, которая понимается в двояком смысле: 1) национально-правовая имплементация тех положений международных договоров, которые регулируют «чисто межгосударственные отношения», 2) национально-правовая имплементация тех положений международных договоров, которые имеют целью урегулирование внутригосударственных отношений либо отношений между внутригосударственными субъектами из разных стран¹⁰⁴. В первом случае роль национального права состоит в регулировании тех действий государственных органов и должностных лиц, в результате которых реализуются положения международных договоров. Во втором случае необходима своеобразная «переадресовка» этих положений международных договоров субъектам национального права — индивидам и юридическим лицам. Однако прямого ответа на вопрос, является или не является международно-правовой договор источником МЧП, как видим, предложенная концепция так и не содержит.

Нелишне в данной связи напомнить, что ранее по этим вопросам высказывалось радикальное мнение о прямом действии международного договора на территории государства (В.Ф. Мешера, Т.П. Гревцова), вследствие чего международный договор предлагалось рассматривать в составе источников, например, советского права. С учетом включения в Конституцию РФ 1993 г. положений о взаимодействии международного права и внутригосударственного права Российской Федерации (ч. 4 ст. 15 и др.) настоящий аспект и проблема международного договора как источника международного частного права в целом требует самого пристального к себе внимания и подробного анализа.

Хотя международное право не предписывает, каким образом государство осуществит реализацию взятого на себя международно-правового обязательства, так как это целиком лежит в плоскости осуществления государственного суверенитета, международное право отнюдь не игнорирует этот вопрос. Механизм согласования, увязки международного и национального права базируется на принципе, что государство обеспечивает выполнение международного договора всеми находящимися в его распоряжении властными действиями в соответствии с конституционными и иными предписаниями.

¹⁰¹ См.: *Разумов К.Л.* Международное частное право (некоторые вопросы теории и практики). Материалы секции права Торгово-промышленной палаты СССР. № 34. М., 1983.

¹⁰² См.: *Бабаев М.Х.* Советское международное частное право: предмет и способы регулирования. Вестник Киевского университета. Международные отношения и международное право. Вып. 15, Киев, 1982. С. 79; *Международное частное право. Учебное пособие.* М., 1993. С. 45, автором соответствующего раздела в котором является Г.К. Дмитриева).

¹⁰³ См.: *Минаков А.И.* Международный договор как источник международного частного права (вопросы теории)//*Советский ежегодник международного права* 1986. М., 1987. С. 228—240.

¹⁰⁴ См.: *Мюллерсон Р.А.* Национально-правовая имплементация международных договоров //*Советский ежегодник международного права* 1978. М., 1980. С. 130—131.

Одной из юридических форм согласования международного и национального права называют *трансформацией*, под которой в международно-правовой литературе чаще всего понимают то, что международный договор, заключенный государством и вступивший в действие, непосредственно приобретает силу закона. При этом аргументация связывается с конституциями государств, которые объявляют международное право либо частью права страны, либо превышающим силу законов. Как устанавливается в ст. VI Конституции США, договоры, которые заключены или будут заключены Соединенными Штатами, являются верховным правом страны, и судьи каждого штата обязываются их исполнять, даже если бы в конституции и законах отдельных штатов встречались противоречащие им постановления. В ст. 55 Конституции Франции закрепляется: «Договоры и соглашения, должным образом ратифицированные и одобренные, имеют *силу*, превышающую силу внутренних законов, с момента опубликования при условии применения каждого соглашения или договора другой стороной». В конституциях Дании и Нидерландов указывается, что обычные нормы международного права действуют в этих странах непосредственно. Кроме того, они добровольно зафиксировали в конституциях при присоединении к Европейскому экономическому сообществу, что полномочия национальных органов будут осуществляться органами Сообществ в объеме, установленном договорами (ст. 20 Конституции Дании, ст. 63 и 67 Конституции Нидерландов).

Иногда конституция или другие законодательные акты государств регламентируют вопрос о способах введения в действие международных договоров внутри государств. Например, ст. 12 Конституции Нигерии говорит, что «ни один договор между Федерацией и какой-либо другой страной не будет иметь силы закона, кроме как в объеме, в котором любой такой договор был введен в право Национальным собранием». Статья 96 Конституции Испании предусматривает, что «законно заключенные и официально опубликованные в Испании международные договоры составляют часть ее внутреннего законодательства». Еще более интересными и определенными выглядят в этом отношении положения Гражданского кодекса Испании: «Правовые нормы, содержащиеся в международных договорах, не имеют прямого применения в Испании. Эти нормы применяются лишь после введения их во внутреннее право путем полного опубликования в *Официальном бюллетене государства*» (ст. 1.5).

Таким образом, если, скажем, государство является стороной в Международных пактах о правах человека 1966 г. и если это еще не предусмотрено существующими законодательными или другими мерами, то в силу ст. 2 (п. 2) Пакта о гражданских и политических правах оно обязуется принять меры, которые могут оказаться необходимыми для осуществления прав, признаваемых в Пакте.

В Конституции России 1993 г. соответствующая воля государства в вопросе соотношения международного и национального права выражена недвусмысленно: «Общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы» (п. 4 ст. 15). Это — генеральная трансформационная норма Конституции. Тем самым Основной закон российского государства один раз и на все случаи (общим образом) конституционно решил вопрос о юридической силе международных договоров в правовой системе РФ.

Вместе с тем это отнюдь не означает, что международный договор превращается в акт национального права и утрачивает качество быть источником международного и международного частного права. И в военной или политической области, равно как и в сфере экономических или неимущественных гражданских отношений, т.е. в международном публичном или международном частном праве, договор остается источником международного права. Отличием в вышеуказанном плане является лишь то, что в сфере международного частного права договоры большей частью направлены на единообразное регулирование определенных отношений частноправового характера и содержат как бы ориентиры правовых решений для национально-правовых систем, участвующих в международно-правовом соглашении стран. Иными словами, такие договоры «прокладывают» русло национально-правовых норм в соответствующем вопросе, а средства достижения этого в конечном итоге устанавливаются самими государствами. В принципе, известным отличием может служить фактор — *какие* субъекты внутригосударственного права

обязываются соответствующим актом государства, который последнее в любом случае должно предпринять для введения международного договора во внутргосударственную сферу, — государственные органы или субъекты частноправовых отношений. В то же время следует оговориться при этом, что нельзя полагать, будто так называемые публично-правовые международные соглашения рассчитаны только на действие в отношении органов государства, а «частноправовые» международные договоры имеют обязывающую силу применительно к гражданам или юридическим лицам. И в том и в другом случае обязательства по международному договору несут государства и выполняют их путем осуществления необходимых действий со стороны их компетентных органов и должностных лиц.

Предусмотренные Конституцией РФ 1993 г. решения дали новый импульс дискуссии относительно международного договора как источника МЧП. Особого внимания заслуживают конституционные положения о том, что, например, нормы международных договоров в области прав человека действуют в Российской Федерации непосредственно. Иными словами, договор в области прав человека, участницей которого является Российская Федерация, применяется судебными и иными учреждениями без какого бы то ни было специального указания на этот счет.

Разъясняя действие международных договоров Российской Федерации применительно к арбитражному процессу, Пленум Высшего Арбитражного Суда РФ в Постановлении от 11 июня 1999 г. № 8 указал, что «арбитражный суд применяет вступившие в силу и должным образом доведенные до всеобщего сведения международные договоры Российской Федерации — международно-правовые соглашения, заключенные РФ с иностранным(ыми) государством(ами) либо с международной организацией в письменной форме независимо от того, содержатся ли такие соглашения в одном документе или в нескольких, связанных между собой документах, а также независимо от их конкретного наименования (п. 1). Суд, применяя правила, установленные нормами международных договоров, определяет действие этих правил во времени и в пространстве в соответствии с разделом 2 части 3 Венской конвенции о праве международных договоров от 23.05.69. Суд учитывает, что двусторонний международный договор является специальным нормативным актом по отношению к многосторонним международным договорам регионального и всеобщего характера (п. 3). Суд, применяя нормы международных договоров, руководствуется тем, что толкование международных правил производится в порядке, определенном разделом 3 части 3 Венской конвенции о праве международных договоров от 23.05.69 (п. 4).

Другой пример. Государственная налоговая служба Российской Федерации в письме от 11 декабря 1997 г. сообщает, что она доводит до сведения и использования в работе перечень соглашений об избежании двойного налогообложения, вступивших в силу в 1997 году, положения которых начинают применяться с 1 января 1998 г., в том числе с Швейцарией, Югославией, Хорватией, Чехией, Филиппинами, Словакией, Словенией, Люксембургом, Канадой, Данией, Великобританией, Китаем и рядом других государств.

Признание за международным договором качества быть источником МЧП, свойственное, как отмечалось, отечественной доктрине, а также науке восточноевропейских стран, имело в свое время весьма устойчивый характер. Так, ведущий болгарский авторитет в области МЧП В. Кутиков безоговорочно придерживался мнения, что полноценным источником болгарского международного частного права выступают те международные договоры, которые для Болгарии окончательно вступили в силу. Последнее имеет место тогда, когда были соблюдены конституционные процедуры, выполненные в предусмотренные договором сроки. «После исполнения этих требований считается, что положения договоров включены в национальное право. Иными словами, стали частью правовых предписаний нашей республики¹⁰⁵. Приведенную позицию разделяют и видные венгерские специалисты МЧП. При этом, говоря, что международные договоры становятся частью внутреннего права посредством соответствующей конституционной процедуры, они подчеркивают их особое место: «Международные договоры, содержащие коллизионные или материально-правовые нормы, образуют специальную категорию

¹⁰⁵ Кутиков В. Указ соч. С. 119.

(класс так называемых правообразующих договоров, договоров-законов) и могут быть легко отделены от таких международных соглашений (политических, военных и т.д.), которые не создают прямых прав и обязанностей для физических и юридических лиц»¹⁰⁶.

Однако как же обстоят дела с этим, если подходить к решению данного вопроса теоретически последовательно и всесторонне?

В современных публикациях, посвященных сложным, теоретически не до конца разработанным проблемам, которые хотя в разное время и были предметом внимания различных исследователей, однако сохранили свою актуальность до наших дней, снова выносятся на обсуждение комплекс вопросов правовой природы норм МЧП, сферы его действия, места международного договора в МЧП, действия договора внутри государства и т.п. В работах, затрагивающих указанный спектр проблем, высказываются идеи о «самостоятельной гражданско-правовой отрасли международного права», о межгосударственном характере общественных отношений, регулируемых коллизионными нормами (К.Л. Разумов), отрицания за международным договором качества быть источником международного частного права (М.Х. Бабаев, Г.К. Дмитриева), делаются предложения отойти от традиционного понятия международного публичного права и его субъектов (Р.А. Мюллерсон) и т.д. Вместе с тем более распространенным становится взгляд на МЧП как «комплексную отрасль права» (Н.Ю. Ерпылева, К.А. Бекашев и А. Г. Ходаков), исходя из чего можно сделать вывод, что вряд ли эти авторы могут отрицать свойство международного договора, а также обычая служить источником международного частного права. Однако последняя из указанных позиций, к сожалению, не была аргументирована ее сторонниками, вследствие чего не ясно, на основе чего конструируется подобное заключение.

Таким образом, палитра мнений в отечественной доктрине международного частного права применительно к данной проблеме выглядит примерно следующим образом: 1) отстаивание тезиса о «двойственности» источников МЧП, т.е. о двух категориях источников — национальных и международных, следовательно, и обоснование различий в правовой природе источников права; 2) отрицание тезиса о «двойственности» источников МЧП, ведущее к признанию гомогенности (однородности) источников МЧП; 3) квалификация МЧП в качестве «комплексной отрасли права», включающей как внутригосударственные, так и международно-правовые нормы.

Между тем, обращаясь к практике регулирования международных гражданских и хозяйственных отношений, становится очевидным факт, что вне зависимости от теоретических баталий по вопросу о качестве международного договора он служит источником МЧП. В последние годы резко активизировалось участие России в международно-правовом сотрудничестве, выражающееся в том, что она присоединилась, подписала, ратифицировала и иным способом подтвердила свое согласие с юридической обязательностью для нее значительного числа тех или иных международных договоров. Достаточно сказать, что за период 1995—1999 гг. Российская Федерация стала участницей следующих широких многосторонних соглашений, в ряде случаев имеющих длительную историю и практику применения: Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 г., Всемирной конвенции об авторском праве и ее Дополнительным протоколам 1 и 2; Женевской конвенции об охране производителей фонограмм от незаконного воспроизводства и копирования от 29 октября 1971 года (участвует в этих международных соглашениях с 13 марта 1995 года); Международной конвенции об унификации некоторых правил, касающихся ареста морских судов, от 10 мая 1952 г. (соответствующий Федеральный закон о присоединении был принят 6 января 1999 г.); Международной конвенции о спасании 1989 г. (Федеральный закон о ратификации от 17 декабря 1998 г.), Международной конвенции о морских залогах и ипотеках 1993 г. (Федеральный закон о присоединении от 17 декабря 1998 г.); Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге от 28 мая 1988 г. (Федеральный закон о присоединении от 8 февраля 1998 г.); Протокола об изменении Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте от 25 августа 1924 г., измененной Протоколом от 23 февраля 1968 года (Федеральный закон о присоединении принят 6 января 1999 г.); серии европейских договоров, в частности, в области

¹⁰⁶ *Mádl F., Vékás L. The Law of Conflicts and Foreign Trade. Bud., 1987. P. 41.*

образования: Европейской конвенции об эквивалентности дипломов, ведущих к доступу в университеты, от 11 декабря 1953 г. и Протокола к ней от 3 июня 1964 г., Европейской конвенции об академическом признании университетских квалификаций от 14 декабря 1959 г.; Европейской конвенции об эквивалентности периодов университетского образования от 15 декабря 1956 г. (федеральные законы о ратификации всех трех перечисленных конвенций приняты 8 июля 1999 г.); Соглашения о партнерстве и сотрудничестве, учреждающего партнерство между Российской Федерацией, с одной стороны, и Европейскими сообществами и их государствами-членами, с другой стороны, подписанного на острове Корфу 24 июня 1994 г. (Федеральный закон о ратификации от 25 ноября 1996 г.), а также Протокола к данному Соглашению от 21 мая 1997 г. (Федеральный закон о ратификации от 18 июня 1998 г.). Общих правил, применимых к техническому содействию Европейских сообществ, подписанных 18 июля 1997 г. (Федеральный закон РФ о ратификации принят 6 января 1999 г.); Конвенции 1947 г. об инспекции труда. Конвенции 1978 г. о регулировании вопросов труда, Конвенции 1981 г. о безопасности и гигиене труда в производственной среде (Федеральный закон о ратификации данных конвенций, принятых в рамках Международной организации труда (МОТ), был подписан Президентом РФ 11 апреля 1998 г.). Таким образом, более заметными стали договорные связи России и с международными организациями. В частности, укрепление отношений с Организацией экономического сотрудничества и развития (ОЭСР) привело к созданию Правительством в 1994 г. Межведомственной комиссии по вопросам взаимодействия Российской Федерации с ОЭСР. Ранее (в 1992 г.) в РФ была создана Межведомственная комиссия по Генеральному соглашению по тарифам и торговле (ГАТТ) в связи с вхождением России в это соглашение в качестве наблюдателя. В том же году (22 мая 1992 г.), как известно, Верховный Совет РФ принял Постановление о вступлении Российской Федерации в Международный валютный фонд (МВФ), Международный банк реконструкции и развития (МБРР) и Международную ассоциацию развития (МАР). Продолжается развитие и взаимное обогащение правовых систем стран-членов СНГ за счет унификации права, правового сотрудничества, разработки новых и корректировки заключенных международных соглашений в самых различных областях. Из числа лишь некоторых примеров самых недавних актов следует назвать Протокол от 28 марта 1997 г. к Минской Конвенции о правовой помощи и правовым отношениям по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., Конвенцию о межгосударственном лизинге от 25 ноября 1998 г.. Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств-участников Содружества от 6 марта 1998 г. и др.

В рамках двусторонних отношений Российская Федерация укрепляет исторически сложившиеся и вновь возникающие торговые, экономические, культурные, гуманитарные и иные отношения со многими государствами мира посредством заключения торговых договоров, соглашений о принципах взаимоотношений (см., например, Соглашение об основах отношений между РФ и Аргентинской Республикой от 25 июня 1998 г., ратифицированное РФ 1 июня 1999 г., Соглашение о принципах отношений между РФ и Республикой Панама от 27 ноября 1997 г., ратифицированное РФ 5 июля 1999 г.), консульских конвенций (см., скажем, Консульскую конвенцию между РФ и Республикой Куба, подписанную 23 марта 1998 г. (Федеральный закон РФ о ратификации от 1 июня 1999 г.) и других международно-правовых договоров (см., в частности, Соглашение «Об организации расчетов по внешнеэкономическим связям» от 26 августа 1998 г. между РФ и СРВ, заключенное Центральным Банком России и Государственным банком Вьетнама). Разумеется, невозможно даже назвать основные документы международно-договорного характера, которые заключены Российской Федерацией, будь то в многостороннем или двустороннем порядке, во всех конкретных областях. Приведенный список отражает лишь часть и только некоторые акты, на которые стоит обратить внимание по причине того, что они были подписаны, приняты, ратифицированы или вступили в силу совсем в недавнее время. Кроме того, необходимо иметь в виду участие России в международных договорах в порядке правопреемства, заявленного в Письме № 11-УГП Министерства иностранных дел Российской Федерации от 13 января 1992 г.

В нем говорилось, в частности: «Российская Федерация продолжает осуществлять права и

выполнять обязательства, вытекающие из международных договоров, заключенных Союзом Советских Социалистических Республик. Соответственно Правительство Российской Федерации будет выполнять вместо Правительства Союза ССР функции депозитария по соответствующим многосторонним договорам. В этой связи Правительство Российской Федерации просит рассматривать Российскую Федерацию в качестве Стороны всех действующих международных договоров вместо Союза ССР».

3. Обычай как источник МЧП.

Обычай международной торговли.

Обычай делового оборота

Несмотря на то, что обычай в частноправовых отношениях, особенно международного характера, является старейшей формой права, позиция современных обществ к нему, по свидетельству виднейших правоведов, неодинакова в разных странах.

Как пишет французский компаративист Р. Давид, проводя свое сравнительно-правовое исследование, французские юристы пытаются видеть в нем несколько устаревший источник права, роль которого упала ввиду признания верховенства закона вследствие кодификации. В законодательстве Италии и Австрии содержится формула, согласно которой обычай применяется лишь тогда, когда закон прямо отсылает к нему. В ФРГ, Швейцарии, Греции закон и обычай рассматриваются как два источника одного уровня. По мнению Р. Давида, закон в ряде случаев для своего понимания нуждается в обычае.¹⁰⁷

В современном правопорядке Российской Федерации обычаю уделено более значительное определенное место, чем раньше. В частности, ГК РФ наряду с другими формами права, применяемыми для регулирования гражданско-правовых отношений, называет и «обычай делового оборота» (ст. 5), к которым относит «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». Существуют области, например международная торговля и мореплавание, банковские и кредитно-расчетные отношения, в которых обычай занимает особое место, так как первоначально исключительно с его помощью обеспечивалось регулирование соответствующих отношений. Вследствие этого совсем не случаен факт, что достаточно многочисленные диспозитивные положения ГК РФ отправляют регулирование к обычно-правовым нормам (п. 5 ст. 421, ст. 836, 848, 853, 862 и др.).

Для большого числа коммерческих операций применение обычаев делового оборота составляют общее указание основного правового акта в области регулирования гражданских отношений. Вместе с тем в ряде статей, посвященных отдельным видам обязательств, уточнение о том, что возможно обращение к обычаям делового оборота, может преследовать и иную цель: установление иерархии между диспозитивными нормами закона и обычно-правовой нормой. Так, ст. 459, содержащая диспозитивное правило о переходе риска случайной гибели или случайного повреждения вещи в ходе купли-продажи товара, находящегося в пути, допускает отход от установленного правила, если иное предусмотрено обычаем делового оборота. Тем самым диспозитивная норма закона уступает место специальному обычаю делового оборота.

Можно найти примеры применения обычаев делового оборота как единственного источника при отыскании применимого к договорным отношениям права в практике МКАС при ТПП РФ. В частности, в 1999 г. при разрешении спора между российским внешнеторговым акционерным обществом и алжирской производственной компанией по поставке красок для производства дорожных работ, поставляемых на условиях СИП-Москва и СИП-Курск, в обстоятельствах, когда в контракте стороны не избрали право, которому они желали бы подчинить свои взаимоотношения, арбитраж счел возможным даже в отсутствие специального указания контракта трактовать базисное условие «СИП — пункт назначения» в смысле ИНКОТЕРМС—90, руководствоваться

¹⁰⁷ Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 128—129.

при вынесении решения международными конвенциями в области морской перевозки под коносаментом с учетом обычаев делового оборота, применимых к правоотношениям сторон, в том числе ИНКОТЕРМС-90.

В отечественной юридической литературе последних лет по частному международному праву специальное рассмотрение обычая было предпринято именно применительно к международной торговле¹⁰⁸. Наряду с этим данная категория представляет особый интерес также и с точки зрения разграничения источников МЧП в зависимости от их видов. Обычай принято относить к группе международно-правовых источников МЧП, поскольку речь идет не о внутренних обычно-правовых нормах какого-либо отдельного государства, а именно о правилах поведения, сложившихся в международной сфере.

В Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. в качестве одного из оснований применения иностранного права наряду с законодательными актами, международными договорами, не противоречащими им соглашениям сторон указан *признаваемый СССР международный обычай* (ст. 156). В свое время Л.А. Лунц дал достаточно четкое разъяснение по поводу того, о каких обычаях идет речь в международном частном праве. Дело в том, что в международной сфере существуют различные по своей природе, характеру и иерархической силе международно-правовые нормы. Есть общепризнанные принципы и нормы, несоблюдение которых тем или иным государством, даже если оно не выражало каким-то определенным образом своего согласия на юридическую обязательность их для себя, во всех случаях будут действовать в отношении него, поскольку они суть *общепризнанные нормы международного права*. Вместе с тем, если какая-либо норма существует в отдельном международном договоре, в котором данное государство не участвует, нельзя требовать от него следовать положениям такого договора, так как государство не соглашалось на обязательность содержащихся в нем норм. Аналогично этому правило поведения, выраженное в обычае, становится обязательным для данного субъекта права, если последнее молча согласилось с ним и соответствующим образом признало его обязательность.

Подобная позиция в отношении характера и юридической обязательности международного обычая зафиксирована ныне в нормах действующего законодательства РФ. Так, в КТМ 1999 г. установлено, что право, подлежащее применению к отношениям торгового мореплавания, определяется наряду с прочими источниками права признаваемыми в Российской Федерации обычаями торгового мореплавания (п. 1 ст. 414).

Международный обычай представляет собой длительно повторяемое в аналогичных условиях правило поведения, которое молчаливо соблюдается и признается субъектами международного права. Согласно Статуту Международного суда ООН обычай есть «доказательство всеобщей практики, признанной в качестве правовой нормы» (ст. 38). Обычно-правовая норма, например, основанная на принципах суверенитета и равенства государства (сначала суверена — монарха, — а затем и государства как такового) и обуславливающая иммунитет государства, должна рассматриваться в качестве общепризнанного императивного правила поведения. От такой нормы невозможно отступить, даже если в собственной практике у соответствующего государства не было возможности подтвердить молчаливым путем его признание и соблюдение. Другое дело обычаи международной торговли. Одни нормы могут соблюдаться одной группой государств, другие — другой. В одних регионах действуют одни правила поведения в той или иной области, в других — другие. Например, правила захода в порты, швартовки, причаливания, подачи сигнала при подходе к порту и т.д. могут различаться в зависимости от того, на каком континенте или в какой его части находится данный порт. Такие правила не могут носить общеобязательного характера. Они связывают только те государства, которые в той или иной форме согласились на их обязательность и молчаливо признали необходимость их соблюдения. В подобных ситуациях можно говорить об «освоении» каждым конкретным государством данного международного обычая. Подобный подход имеет легальные «корни», поскольку зафиксирован в законодательстве некоторых стран. Так, положения упомянутой ст. 156 Основ гражданского законодательства

¹⁰⁸ См.: Зыкин И.С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1990.

Союза ССР и республик 1991 г., относящиеся к «признаваемым международным обычаям», воспроизведены в проекте третьей части Гражданского кодекса РФ. Закон Украины от 16 апреля 1991 г. о внешнеэкономической деятельности в части, правда, только обязательственных отношений предусматривает сходное регулирование: при составлении внешнеэкономических контрактов их субъекты имеют право «использовать *известные международные обычаи... если это не запрещено прямо и в исключительной форме*» (курсив мой — Л.А.) действующим законодательством Украинской Республики.

Традиционными элементами, из которых складывается международный обычай, являются следующие: длительность существования некоего правила поведения, устойчивость практики его соблюдения несколькими субъектами международного права, молчаливое признание государствами этого правила поведения в качестве обязательной нормы.

В аспекте международного частного права вопрос об обычае, как явствует из изложенного, стоит главным образом как одна из проблем источников МЧП. С другой стороны, наличие определенных материально-правовых норм в международных обычаях не снимает коллизионного направления исследования: является ли обычай источником коллизионного права? В XIX в. некоторыми юристами (П. Манчини в Италии, К. фон Баром и Э. Цительманом в Германии, В. Нидерером в Швейцарии) выдвигались концепции обоснования с помощью обычая и выведения на этой основе из международного права общеобязательной системы коллизионных норм. Однако подобные взгляды не были поддержаны. Э. Рабель, например, полагая, что каждое государство обязано признавать на своей территории действие иностранных законов, тем не менее не усматривал наличия таких общеобязательных конкретных коллизионных норм, которые можно было бы вывести из международного права. По его мнению, можно говорить лишь о нормах, принятых в большинстве стран. В свою очередь, такой выдающийся русский исследователь международного частного права, как М.И. Брун, написавший ряд разделов по МЧП в первое издание словаря Брокгауза и Ефрона (1890 г.), особо отмечал, что «систематическое изложение норм МЧП содержится в немногих законодательствах (итальянский кодекс, проект германского уложения во 2-й редакции)... Главным источником МЧП является обычное право... и международные конвенции по специальным вопросам».

Швейцарский ученый В. Нидерер также считает, что в области коллизионного права находится немало коллизионных правил, которые являются признанными всеми или большинством государств и поэтому должны квалифицироваться основанными на международном обычае, в том числе: принцип *locus regit actum*; *lex rei sitae*, согласно которому права на недвижимость определяются по закону места ее нахождения; *lex pro voluntate* — принцип, в силу которого субъекты, заключающие сделку, могут сами выбрать применимое к договору право; коллизионная формула *lex fori*, в соответствии с которой вопросы, касающиеся существа отношения, решаются по закону того государства, компетентное учреждение которого рассматривает дело, а также некоторые другие. Снабжая данный перечень коллизионных норм комментарием, отрицающим главный постулат упомянутого автора, Л.А. Лунц резюмирует, что в коллизионном праве роль международного обычая, за некоторым исключением, ограничивается нормами, непосредственно вытекающими из начала государственного суверенитета.¹⁰⁹

Однако, как представляется, в самом содержании критики советского авторитета в области МЧП нет должной аргументированности, поскольку принцип суверенитета как фундамент создания обычно-правовым путем коллизионных норм, пусть даже и немногочисленных, не отрицается и не может отрицаться. Приведенный ряд коллизионных формул прикрепления действительно имеет обычно-правовое происхождение и в этом качестве может быть признанным источником МЧП, и именно коллизионного права.

4. Судебный прецедент —

источник международного частного права

В теории права прецедентом, точнее, судебным прецедентом признается вынесенное судом по

¹⁰⁹ Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 103.

конкретному делу решение, обоснование которого становится правилом, обязательным для всех судов той же или низшей инстанции при решении аналогичных дел. Известно, что прецедент является основой права в государствах «общего права», так называемых англосаксонских странах (Великобритании, точнее, в Англии, некоторых штатах США, ЮАР, Австралии, ряде провинций Канады, Новой Зеландии, Индии и др.). Нельзя тем не менее недооценивать значения этой формы права и в странах континентальной Европы (Франции, Германии, Италии, Швейцарии, Лихтенштейне, Люксембурге, Монако, Финляндии, Швеции, Испании), а также в странах Латинской Америки. Например, в ст. 1 Гражданского кодекса Швейцарии сформулировано следующее указание: «при отсутствии закона и обычая судья должен решать на основании такого правила, которое он установил, если бы был законодателем, следуя традиции и судебной практике. Следует иметь в виду, что далеко не всякое решение суда может выступать в качестве прецедента — источника права. Не создаются также прецеденты и квазисудебными органами.

В Англии решения, выносимые Палатой лордов, являются обязательными для нее самой и всех прочих судов; решения, принятые Апелляционным судом, обязательны для всех судов, кроме Палаты лордов; решения, принятые Высоким судом правосудия, обязательны для судов низших инстанций. В судебном прецеденте содержится особый элемент — *ratio decidendi* (сущность решения), который в дальнейшем и используется судами при решении дел подобного характера. *Ratio decidendi* определяется английскими авторами как «правоположение, применяемое к правовым вопросам, возникающим в связи с установленными судом фактами, на которых основано решение»¹¹⁰.

Судебный прецедент по англо-американскому праву может быть отвергнут либо законом, либо вышестоящим судом. Сила прецедента не исчезает с течением времени, если только он не ошибочен или не становится противоречащим действительности.

Известны современные решения судебных инстанций, принятые на базе прецедентов периода феодализма. При этом совсем не обязательно следовать тому объему создаваемого прецедентом правила поведения, которое положено в основу первого решения суда.

Например, если речь идет о гражданско-правовой ответственности изготовителя товара за вред, причиненный потребителю в условиях настоящего времени (*product liability*), скорее всего будет применено решение по делу Доногью, суть которого состояла в том, что ненадлежащее качество напитка, произведенного изготовителем, привело к заболеванию покупателя. В этом случае будут игнорироваться фактически имевшие место события и обстоятельства, положенные в основу решения, которое образует прецедент, и именно формулирование положения о том, «что изготовитель имбирного напитка несет ответственность перед шотландцем, купившим напиток в бутылке из темного стекла в таком-то месте и т.д.», о чем шла речь первоначально. *Ratio decidendi* и, следовательно, прецедент будет выражаться в том, что «изготовитель продукции, направляемой розничному покупателю в той упаковке, в которой она выпускается и которая исключает возможность промежуточной проверки, если ему известно, что при отсутствии надлежащей осторожности при изготовлении и отправке товаров здоровью покупателя может быть нанесен вред, обязан осуществить разумную заботу о покупателе»¹¹¹. В свете этого указанный прецедент будет применен и в случаях, когда в отношении участвуют субъекты, принадлежащие различным государствам, если данное дело рассматривает английский суд или если к разрешению спора надлежит применить материальное право Англии.

В государствах континентальной Европы — Франции, Бельгии, Германии (странах «цивильного права») — прецедент имеет значение для решения вопросов правоприменительного порядка, дополнения позитивного права путем восполнения пробелов в законе, признания обычая, толкования закона и т.д.

Как уже отмечалось ранее, в учебных курсах в числе источников международного частного права внутривнутригосударственного характера помимо закона называется еще и судебная практика. В

¹¹⁰ Уолкер Р. Английская судебная система. М., 1985. С. 159 Цит. по: — Максимов А.А. Прецедент как один из источников английского права//Государство и право. 1995, № 2. С. 97.

¹¹¹ Кросс Р. Прецедент в английском праве. М., 1985. С. 59.

данном случае целесообразно подчеркнуть, что не только для стран, которые характеризуются соответствующими правовыми традициями и культурой, т.е. имеют в числе источников национального права такую форму, как судебный прецедент, но и для прочих государств, использующих названную разновидность источников права в качестве субсидиарного средства правового регулирования, *адекватной формой выражения юридических норм, т.е. источником права в формальном смысле, выступает не судебная практика, а судебный прецедент.*

Качество судебной практики быть источником права в объективном, т.е. материальном, смысле, ни в коем случае не отрицается, так как именно в процессе деятельности судов в ходе разбирательств гражданских дел уточняются, а иногда и создаются вновь (при наличии соответствующих условий) нормы права. Именно судебная практика сама по себе являет собой часть сложившейся государственно-правовой системы и правопорядка конкретной страны и, следовательно, должна быть отнесена к источникам права в материальном смысле, равно как и вообще объективные условия жизни данного общества. Источником же права в формально-юридическом отношении следует рассматривать **судебный прецедент** - конкретную форму выражения норм права, которая получает надлежащее одобрение со стороны государства и обеспечена гарантиями соблюдения.

Нельзя недооценивать судебную практику в вышеуказанном смысле как результат обобщения отдельных судебных решений для выявления общих закономерностей действия той или иной нормы закона или положения договора, а также учета отдельных противодействующих надлежащему регулятивному воздействию на объект факторов, определения с ее помощью желательного развития отдельной нормы или совокупности норм — правовых институтов. Но при этом бесспорно, что сочетание признаков источников права — три ранее сформулированных элемента — обнаруживаются не у судебной практики, а именно в конкретном, индивидуализированном прецеденте. Установившееся выражение «судебная практика — источник права», если и может быть принято, то как условная формула объединения двух юридических понятий: источника права в объективном смысле и источника права в формальном значении.

Вхождение данного выражения в правовой обиход должно, думается, связываться прежде всего с континентальной доктриной. Недаром концепции разделения источников международного частного права на виды, представленные, например, старейшими французскими исследователями, характеризуются столь широким разнообразием, которое в немалой степени достигается именно благодаря смещению и неразграничению источников права в формальном и объективном смыслах¹¹².

Для англосаксонской системы права утверждение «судебная практика — источник права» по самой своей сути представляется противоестественным. В этом случае лишается смысла собственно основа прецедента в «общем праве» — доктрина «*stare decisis*». Кроме того, если принять за истину то положение, что источником права является судебная практика, то применительно к англосаксонскому прецедентному праву было бы лишено оснований существующее здесь 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 права¹¹³.

Отечественные авторитеты в области теории права, занимавшиеся исследованием этой проблемы, однозначно определяют судебную практику как итог судебной деятельности, «результаты толкования норм права в процессе их применения судом при разрешении конкретных

¹¹² См.: *Arminjon P. Précis du droit international privé. P., 3-ème édition. Tome 1, 1947; Batiffol. H. Droit international privé. P., 4-ème édition. 1967; Niboyet I.P. Traité de droit international privé français. P., Vol. 1. P., 1938.*

¹¹³ См.: *Мозолин В.П., Фарсворт Е.А. Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. М., 1988.*

дел»¹¹⁴. Несмотря на то, что эта констатация осуществлена на базе анализа советской судебной практики — СССР и союзных республик, она верно отражает суть судебной практики вообще. Подчеркнем: именно судебной практики, а не судебного прецедента. В силу этого естественно, что понимаемое таким образом явление не может быть квалифицировано источником права, поскольку судебная практика есть **правоприменение**, результат (или совокупность результатов) толкования норм, между тем как источник права — это результат правотворчества. Таковым, следовательно, может быть при наличии определенных признаков и обстоятельств конституирующего порядка только судебное решение — прецедент.

Важным вопросом в этом отношении выступает следующий: а есть ли место в составе российского международного частного права (и вообще частного права России) судебному решению как источнику права? С поверхностной точки зрения напрашивается отрицательный ответ. Вместе с тем ретроспективный взгляд на этапы правового развития России, анализ качественных параметров имеющихся ныне в арсенале правовых средств источников права, наконец, оценка через призму этого настоящей и прогнозируемой юридической действительности Российского государства позволяют критически осмыслить современное состояние средств правового воздействия на рассматриваемые отношения и прийти к несколько иным суждениям. В этом плане стержневой предстает проблема адекватности действующих источников права результатам и целям регулирования.

Основной аргумент противников признания судебного решения, в частности постановлений пленумов Верховного Суда и Высшего Арбитражного Суда, как ранее, в условиях Советского Союза, так и ныне — Российской Федерации, в качестве источника права сводится к тому, что суд не творит право, а только следует ему, т.е. применяет право.¹¹⁵ Вместе с тем нельзя не упомянуть, что аналогичная позиция характеризует и ситуацию в англосаксонских странах — «классических» в том, что касается прецедентного права. Здесь также утверждается, что судья, формулируя прецедент, не создает новых норм, а лишь «извлекает» их из глубин естественного права. Следовательно, в данном случае при создании судебного решения (прецедента) нет указанного противоречия, поскольку *ab initio* не идет речь о правотворчестве в собственном смысле.

Соображением принципиального характера при постановке данной проблемы выступает то, что сегодня при лавинообразном росте объемов законотворчества, т.е. принятия актов в ранге закона, истинные ориентиры регламентации общественных отношений с помощью права остаются так и не достигнутыми. При этом целый пласт, оперирующий элементами, которые ученые относят «к исторически накопленным ценностям социальной и правовой культуры»¹¹⁶, остается за пределами правового массива Российской Федерации. В строительстве новой системы частного права, а именно о таком подходе, думается, надо в нынешних обстоятельствах вести речь, так называемым нетрадиционным источникам права в правопорядке Российской Федерации, каким является

¹¹⁴ См.: Судебная практика в советской правовой системе /Отв. ред. С.Н. Братусь М., 1975. С. 16.

¹¹⁵ Характерны в этом смысле высказывания Р. Давида, которые создают противоречивую картину в оценке позиции последнего по отношению к судебному решению как источнику правовых норм: «норма, созданная законодателем, — это не более чем ядро, вокруг которого вращаются вторичные правовые нормы... когда фактическая ситуация кажется достаточно типичной, часто повторяющейся, то, используя тот или иной технический метод, ее пытаются охватить соответствующей правовой нормой, чтобы заинтересованные лица знали, как им следует себя вести. Так, французский Кассационный суд не только контролирует способ применения судьями правовой нормы, но и дает собственное толкование этой нормы. Приводя далее суждение Ж. Марти, Р. Давид в принципе убеждает в обратном: «Кассационный суд должен занять определенную позицию всякий раз, когда вследствие характера обжалуемого решения его постановление может иметь общее значение и служить руководством при разрешении подобных споров в будущем» (Давид Р. Основные правовые системы современности. С. 101—102, 134).

¹¹⁶ См.: Разумович Н.Н. Источники и форма права//Советское государство и право. 1988. № 3. С. 20.

судебный прецедент, необходимо отыскать должное место аналогично тому, как это случилось с обычаем (по терминологии ГК РФ — «обычаями делового оборота»), закрепленным в ГК.

Основанием для указанного вывода служит то, что если во внутривозрастной жизни определенная пробельность в правовом регулировании проявляет себя не так заметно, то интенсификация внешнеэкономических обменов между российскими и зарубежными физическими и юридическими лицами, все большая вовлеченность России в мировое хозяйство объективно обостряют подобного рода проблемы. Вследствие этого экономические потребности международного хозяйственного оборота сказываются гораздо более остро и поэтому более настоятельно подталкивают к формированию устойчивости в правовом плане. По мере расширения практики международного хозяйственного взаимодействия связанная с этим сфера рассмотрения споров, которые вытекают из отношений, подпадающих под действие МЧП, дает, как представляется, нарастающий объем материала для кристаллизации и укрепления такой формы внутрисудебного права, как судебный прецедент. Для этого имеются предпосылки объективного характера. Во-первых, в так называемом писаном праве невозможно предусмотреть все жизненные ситуации во всем их разнообразии, которые тем не менее должны быть обеспечены надлежащими юридическими решениями, отражаемыми в нормах права. Во-вторых, правовая надстройка, как правило, более инерционна и консервативна, чем процессы, происходящие в регулируемых экономических отношениях. Между первым и вторым всегда существует известный разрыв. Однако он не должен превышать допустимого предела, чтобы не превратить право в тормоз развития экономики. Судебный прецедент представляется адекватным средством, которое могло бы способствовать созданию и поддержанию необходимого равновесия в системе правового регулирования базисных отношений.

Некоторый оптимизм в этом плане, т.е. продвижение в направлении освоения и укоренения этого вида источника права в нашей стране, внушает деятельность Конституционного Суда Российской Федерации. Выносимые Конституционным Судом в процессе толкования права постановления имеют нормативный характер. Рассмотренный им ряд дел, касающихся отношений, выходящих за рамки правопорядка Российской Федерации, как, например, о проверке конституционности положения ч. 2 ст. 31 Закона СССР от 24 июня 1981 г. «О правовом положении иностранных граждан в СССР», ч. 1 и 3 ст. 8 Федерального закона от 15 августа 1996 г. «О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию», статей 2, 5 и 6 Закона Российской Федерации от 2 июля 1993 г. «О выплате пенсий гражданам, выезжающим на постоянное место жительства за пределы Российской Федерации», по делу «о пограничном сборе» и других свидетельствует о позитивных результатах создания правовых норм, в том числе и в области международного частного права, подобным способом.

Поставленный в свое время автором настоящего учебника вопрос о необходимости по-новому взглянуть на возможности данной формы права¹¹⁷, кажется, начинает приносить плоды. Во всяком случае такого рода взгляд уже не является единичным. На основе того, что ст. 126, 127 Конституции РФ наделяет Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ правом давать разъяснения по вопросам судебной практики, высказывается мнение о том, что «решения судов и арбитражей, формулируемые в общей форме в постановлениях их высших органов по разъяснению норм законодательства, представляют собой источник гражданского права»¹¹⁸.

Контрольные вопросы:

1. Каковы виды и в чем своеобразие источников МЧП?
2. В чем заключается проблема «двойственности» источников МЧП? Каковы существующие в российской науке МЧП доктринальные суждения по поводу «двойственности» источников?
3. Основные примеры кодификации МЧП.
4. Место международного договора в системе источников МЧП.

¹¹⁷ См.: Ануфриева Л.П. Об источниках международного частного права (некоторые вопросы теории)//Московский журнал международного права. 1994, № 4.

¹¹⁸ Гражданское право России. Курс лекций. Часть первая. М., 1996. С. 21.

5. Торговые обычаи и обычаи делового оборота в международном частном праве.
6. Место судебного решения (прецедента) в совокупности источников МЧП.
7. Каковы доктрина и практика Российской Федерации применительно к судебному решению в сфере МЧП?

Глава 11. Коллизионные нормы

Литература: Энциклопедический словарь. *Брокгауз и Ефронь*. СПб., 1895. Т. 30; 1896. Т. 36; *Грабарь В.Э.* Материалы к истории литературы международного частного права в России. М., 1958; *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 40—65; *Луиц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. М., 1970. С. 136—268; *Луиц Л.А.* К вопросу о «квалификации» в международном частном праве//Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 212—219; *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве//Московский журнал международного права. 1992, № 2; *Садиков О.Н.* Коллизионные нормы в современном международном частном праве// Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983. С. 205—220; *Международное частное право: современные проблемы*. М., 1994. С. 145—164; *Швыдак Н.Г.* Международная унификация коллизионных норм семейного права//Право и экономика. 1995, № 15—16; *Луиц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н.* Международное частное право. М., 1984; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989; *Международное частное право: современные проблемы*. М., 1994; *Зыкин И.С.* Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994; *Кабатова Е.В.* Новое коллизионное регулирование в проекте Гражданского кодекса//Журнал международного частного права. 1996, № 4; *Богуславский М.М.* Международное частное право. Учебник. М., 1998; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999.

§ 1. Понятие коллизионной нормы

Коллизионные нормы — особый вид правовых норм, являющийся характерной специфической особенностью международного частного права. Коллизионные нормы применяются в тех случаях, когда речь идет о регулировании отношений, возникающих в международной сфере хозяйственного (гражданского) оборота, и именно в условиях, когда на регламентацию конкретного общественного отношения претендуют два или более правопорядка различных государств. Коллизионная норма по форме своего внешнего выражения представляет собой отсылочную норму, позволяющую определить право, которое выступает компетентным правопорядком применительно к данному конкретному отношению и содержит необходимые ответы на вопросы, касающиеся его существа. Коллизионная норма, таким образом, сама по себе с чисто внешней точки зрения не осуществляет регулирование отношения как такового, а направляет его в русло той соответствующей правовой системы — национального права определенного государства либо международного договора, — которая в силу тех или иных фактических обстоятельств является надлежащей.

Например, в российском суде рассматривается вопрос об алиментах на содержание ребенка, родившегося от брака между гражданкой РФ и гражданином Алжира, заключенного во Франции. Суд, решая вопрос о действительности алиментных требований, неизбежно должен сначала определить, может ли быть признанным на территории РФ данный брак, в соответствии с правом какого государства он был заключен и какой закон должен быть применен для рассмотрения алиментного обязательства. В такой ситуации учреждение, разрешающее спор, и обращается к коллизионным нормам. «Если применение иностранного права в определенных случаях неизбежно, — подчеркивает Л. Раапе, — необходимы нормы, устанавливающие, какое право подлежит применению»¹¹⁹.

Коллизионная норма выглядит обычно так: «Способность лица обязываться по чеку определяется законом того государства, гражданином которого оно является»; «Права и обязанности сторон по сделке, заключенной за границей, подчиняются закону места ее

¹¹⁹ Раапе Л. Международное частное право. С. 14.

совершения» и т.д.

В отечественной науке международного частного права, по свидетельству авторитетных исследователей, достаточно прочно утвердилась концепция, что коллизийная норма действует в сочетании с материально-правовой нормой (И.С. Перетерский, Л.А. Лунц).

Коллизийные нормы традиционно выступают основой международного частного права и составляют его ядро. Исторически МЧП зародилось и существовало в течение веков как коллизийное право. Коллизийные нормы специфичны не только с точки зрения их существа (характера), но также и в том, что касается формы изложения (строения, или структуры). Именно существованием коллизийных норм обусловлено действие особого метода МЧП — коллизийно-правового регулирования.

Наименование коллизийной нормы имеет латинское происхождение (*collisia, collision; conflits de lois* — фр., *conflicts of laws* — англ.) и буквально означает «конфликт, столкновение». Так называемый конфликт между законами (точнее, правом как таковым в целом) различных государств, претендующими на регулирование данного отношения, и предназначены разрешить коллизийные нормы, обеспечивающие выбор соответствующего правопорядка и конечное решение вопроса по существу, т.е. отыскание необходимой материально-правовой нормы.

В юридической литературе как зарубежной, так и отечественной, коллизийная норма в большинстве случаев традиционно рассматривалась как норма гражданского права. Так, Л.А. Лунц писал: «Коллизийная норма вместе с той материально-правовой нормой, к которой она отсылает, образует настоящее правило поведения для участников гражданского оборота»; «... коллизийная норма, как и всякая другая гражданско-правовая норма (курсив мой — Л.А.), может иметь либо императивный, либо диспозитивный характер...»; «... поскольку коллизийные нормы, так же как и гражданско-правовые материальные нормы, направлены на регулирование отношений гражданско-правового характера, то и вопросы об обратной силе тех и других разрешаются на одних и тех же основаниях»¹²⁰. Аналогичного взгляда придерживался И.С. Перетерский, а вслед за ним и С.Б. Крылов: «Коллизийная норма регулирует разрешение определенного вопроса, но не самостоятельно, а в совокупности с тем источником права, на который она ссылается»¹²¹, а также имплицитно авторы многих публикаций по международному частному праву последних лет.¹²²

Вместе с тем в правовой литературе еще царской России некоторыми учеными давалась иная квалификация применительно к коллизийным нормам. М.И. Брун пытался обосновать точку зрения, согласно которой коллизийная норма не есть правило поведения для участников гражданского оборота, вследствие чего нельзя говорить о ее нарушении последними, а она обращена к суду, административному органу государства. Отсюда делался вывод о публично-правовой природе коллизийных норм¹²³. Некоторые западные авторы тоже полагали, что нормы коллизийного права «не обращены как нормы гражданского права к частным лицам, а прямо к судье»¹²⁴. В противовес этому Л. Раапе категорическим образом утверждал необходимость отвергнуть взгляд на коллизийную норму как не представляющую собой права, которым должны руководствоваться стороны¹²⁵. В дальнейшем представителями советской школы международного публичного и международного частного права по рассматриваемому вопросу высказывались позиции противоположного толка. А.М. Ладыженский характеризовал коллизийные нормы как публично-правовые, ввиду того что они «обязывают публичную власть различных государств применять их, т.е. создают публичные права одних держав по отношению к другим в части требования и права применять эти нормы»¹²⁶.

¹²⁰ Лунц Л.А. Международное частное право. Общая часть. 1970. С. 152—154, 158.

¹²¹ Перетерский И.С., Крылов С.Б. «Международное частное право. М., 1959. С. 11.

¹²² См. Международное частное право. Современные проблемы. М., 1994. С. 145—157.

¹²³ См.: Введение в международное частное право. Петроград, 1915. С. 61 и след., 78—79.

¹²⁴ Gutzwiller. *Internationalprivatrecht. 1930//Das Gesamte Deutsche Recht. Hrsg. Stammler. S. 1536.*

¹²⁵ См.: Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. С. 15—17.

¹²⁶ Ладыженский А.М. К вопросу о юридической природе норм так называемого частного

Литература 80-х гг. XX в. свидетельствует о возрождении концепции публично-правового характера коллизионных норм. В частности, Е.Т. Усенко полагает, что «нормы, направленные на разрешение коллизий законов различных государств, подлежащих применению к гражданско-правовым отношениям с «иностранным элементом» (нормы международного частного права в традиционном его значении)... несомненно, регулируют международные, именно междувластные отношения, но они создаются не путем соглашений между государствами, а внутригосударственными нормативными актами и потому составляют часть национального права каждого данного государства»¹²⁷, а не входят, добавим от себя, в состав международного публичного права. Поставленная проблема имеет весьма серьезное не только теоретическое, но и практическое значение и по сему требует обстоятельного и всестороннего подхода к ее решению, ибо в конечном итоге в зависимости от той или иной квалификации правовой природы коллизионных норм должна будет устанавливаться и сама сущность международного частного права — является ли оно регулятором частноправовых либо публично-правовых отношений. А это, как известно, влечет за собой и соответствующий подход к определению методов регулирования, системы норм, наконец, субъектного состава и многим другим узловым вопросам, которые обычно решаются в рамках системы или отрасли права.

В специальной литературе обращалось внимание на связь внутригосударственного регулирования гражданско-правовых отношений «с иностранным элементом» с международным сотрудничеством вообще, международным публичным правом¹²⁸, что с учетом самого объекта регулирования — общественных отношений, выходящих за рамки правопорядка одного государства и лежащих в сфере международных связей, — совершенно естественно. Однако формулируемый некоторыми авторами в результате такой констатации вывод, что коллизионные нормы лишены гражданско-правовой природы, являясь нормами, регулирующими «властные» отношения между государствами, представляется неоправданным.

Публично-правовой эффект коллизионной нормы усматривается исследователями в том, что определение компетентного правопорядка и в ряде случаев возможность выбора права, заложенные в коллизионной норме, есть «одностороннее санкционирование одним государством применения властных актов (законов) других государств на своей территории или же признания юридических последствий этих актов»¹²⁹, что не вызывает возражений. Заметим только в этой связи, что указанное целиком лежит в сфере суверенного усмотрения этого государства — согласиться или не согласиться на применение иностранного права, опосредствованное в коллизионных и иных его нормах.

Объективности ради нельзя не отметить, что коллизионные нормы в подавляющем большинстве своем генетически представляют собой обычно-правовые правила поведения, сложившиеся в торговых связях между купцами различных общностей, имеют длительную историю и в принципе носят универсальный характер, что могло бы быть расценено как форма регулирования междувластных отношений — между суверенами—носителями власти. Однако следует напомнить, что сама постановка вопроса в коллизионном аспекте возникла в глубине веков применительно к приспособлению римского права для целей регулирования так называемых международных обменов между лицами, а римское право, как известно, в том, что касается отношений между лицами, трактовалось как «частное» право — гражданское. Следовательно,

международного права//Вестник МГУ. 1948, № 5. С. 7.

¹²⁷ Усенко Е.Т. О системе международного права//Советское государство и право. 1988, № 4. С. 120—121; см. также: Разумов К.Л. Международное частное право (некоторые вопросы теории и практики). Торгово-промышленная палата СССР. Секция права. Материалы секции права. 1983. Вып. 34. С. 17.

¹²⁸ См.: Луц Л.А. Развитие советской доктрины по международному частному праву//Советское государство и право. 1977. № 12. С. 52.

¹²⁹ Усенко Е.Т. Теоретические проблемы соотношения международного и внутригосударственного права//Советский ежегодник международного права. 1977. М., 1979. С. 83.

трудно отказать коллизионной норме в качестве, отражающем ее суть, т.е. быть регулятором частноправовых отношений, складывающихся в международном обороте, несмотря на то, что помимо сторон — субъектов цивилистических отношений международного характера она обращена также и к государственным (публичным) органам — судебным учреждениям, органам нотариата, иным правоприменительным органам.

Что же касается публично-правовой природы коллизионной нормы, отстаиваемой указанными авторами в приведенном аспекте, то высказанная позиция на наш взгляд, должна была бы привести их к более логичному в плане существа используемых построений выводу о том, что раз коллизионные нормы регулируют «межгосударственные отношения», то международное частное право относится не к внутригосударственному праву, а к международной системе права.

Между тем юридическая природа коллизионных норм в том именно и состоит, что в них гармоничным образом сочетаются публично-правовой и частноправовой элементы, в существенной мере обуславливающие ее специфику. Публично-правовой эффект коллизионной нормы носит на самом деле вторичный, производный характер. По существу, коллизионная норма как таковая (наряду с другими постановлениями внутригосударственного права — например, положениями о возможности свободного усмотрения сторон в отношении выбора права) санкционирует применение иностранного права в пределах конкретной национальной юрисдикции. Данное санкционирование имеет свою международно-правовую основу: «международную вежливость» в предшествующие века или принцип сотрудничества как общепризнанную норму международного публичного права в современном мире. Таким образом, указанное является предпосылкой коллизионных норм, а следовательно, и наличия в них публично-правового элемента. Ввиду этого говорить о том, что они регулируют «межгосударственные отношения» было бы неправомерно, так как в действительности подобный объект регулирования у рассматриваемых норм отсутствует — каждое государство выражает только свою волю в отношении согласия применять на своей территории в соответствующих условиях иностранный правопорядок. Коллизионные нормы отражают, с одной стороны, существование различий и многообразия правопорядков государств, а с другой — взаимодействие национальных правовых систем государств.

Коллизионные нормы принято называть «отсылочными», поскольку они, как было видно из вышеприведенных примеров, не содержат конечного регулирования по существу вопроса, а отсылают отношение к материальной норме какого-либо правопорядка — либо отечественного, либо иностранного, — или международному договору. Их принято называть «нормами о нормах». В то же время, как следует из наименования этой категории предписаний, они квалифицируются «нормами», хотя в специальной литературе четко выражен и прямо противоположный взгляд на правовой характер коллизионных норм¹³⁰.

Тем не менее очевидно, что в отличие от других норм внутреннего права, встречающихся в нормативном массиве и выполняющих иногда функцию переадресовки (отсылки) регулирования к другим национально-правовым предписаниям данного государства, коллизионные нормы обладают иными качествами принципиального порядка, которые не позволяют квалифицировать их *техническими приемами*, опосредствующими более удобную юридическую технику правотворчества. При этом утверждение, что коллизионные нормы международного частного права обладают непосредственным регулятивным воздействием на соответствующее общественное отношение, требует обоснования. В этой связи встает достаточно важный вопрос о *функциях* коллизионных норм, который также без какого-либо единодушия среди исследователей решался в науке международного частного права.

§ 2. Функции коллизионных норм

Болгарский юрист Ж. Сталев так сформулировал основные тезисы, относящиеся к комплексу связанных с функциями коллизионных норм вопросов: «Функция международного частного права ограничена международной сферой действия различных гражданско-правовых систем разных

¹³⁰ См.: Брагинский М.И. О природе международного частного права// Проблемы совершенствования советского законодательства. Труды. Вып. 24. М., 1982.

государств; это означает, что речь идет о коллизионном праве, а не о совокупности материально-правовых норм, регулирующих соответствующие гражданско-правовые отношения с иностранным элементом. *Отсюда следует, что функция МЧП не состоит в регулировании гражданско-правовых отношений»* (курсив мой — Л.А.)¹³¹.

Действительно, выполняют ли коллизионные нормы регулиующую роль в аспекте правового воздействия на регулируемый объект, т.е. *частноправовые отношения, существующие в международной сфере*, или их функция заключается в техническом присоединении к регулированию материально-правовой нормы надлежащего правопорядка? При положительном ответе необходимо пойти дальше и рассмотреть, в чем же состоит подобное регулиующее воздействие. Если же исходить из отрицательного ответа на поставленный вопрос, то тогда необходимым образом следует определить позицию применительно к самой правовой сути данного явления — *коллизионной нормы* — на основе последовательного, логического подхода к формулированию вытекающих из этого выводов. Ведь если норма не регулирует отношение по существу, а отсылает его к другой норме, которая и осуществляет непосредственное регулирование, она не является *регулятором* в собственном смысле слова, значит, и совокупность предписаний подобного рода не выступает *правом в буквальном и сущностном его понимании*.

С другой стороны, отыскание надлежащей материально-правовой нормы может быть произведено исключительно с помощью правоположений рассматриваемого типа — так называемых отсылочных, другими словами, коллизионных норм. Без коллизионной нормы использование соответствующих материальных норм, обеспечивающих решение вопроса по существу, не может быть достигнуто.

А. Регулятивная функция коллизионной нормы как нормы гражданско-правовой. Коллизионная норма выступает юридической предпосылкой для действия определенной материально-правовой нормы соответствующего правопорядка. В условиях, когда таким правопорядком зачастую выступает иностранное право, обращает на себя внимание также и момент, связанный вообще с применением иностранного права на территории конкретного государства. Если предположить, что в пределах территории каждого государства в силу его суверенитета — верховенства во внутренних и независимости во внешних делах — должно действовать только его собственное право, применение иностранного закона выглядит нарушением принципа суверенитета. Однако помимо того, что подобный подход к абсолютизации суверенитета в сегодняшних условиях является явным анахронизмом, здесь следует иметь в виду, как раз то, что применение иностранного права на территории другого государства происходит не по усмотрению судьи, самих лиц, участвующих в отношении, либо иных органов или субъектов национального права данной страны, а именно в силу положений, содержащихся в отечественной коллизионной норме. Следовательно, регулятивная роль коллизионных норм состоит в их возможности служить основанием применения материальных норм иностранного права.

Рассматривая различные точки зрения, объясняющие причины и основания применения, а также качества иностранного права, когда оно применяется национальными органами, должностными лицами и субъектами гражданско-правовых отношений, различные ученые выдвигали самые разнообразные предположения — от «теории рецепции» (Роберто Аго, Италия) до теории «производства права» (разновидностью ее в США является «теория местного права» Вальтера Кука, а также «теория создания права — «law creation theory»)¹³².

В этой связи чешский исследователь П. Каленский, анализируя эти проблемы, пришел к выводу, что, поскольку любая правовая система действует, имея юридическую силу в пределах территории своего государства, коллизионная норма государства суда становится инструментом, благодаря которому законодатель делает действительным иностранное право в пределах действия собственной системы права. Иностранное право, которое применяется на основе коллизионной

¹³¹ Сталев Ж. Сущность и функция на международного частного право. София, 1982. С. 19.

¹³² См.: Рубанов А.А. Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984; Международное частное право. Современные проблемы. М., 1994. С. 98—104.

нормы, не меняет своего характера; благодаря такому обстоятельству оно не становится ни фактическим обстоятельством в конкретном случае, ни частью местного права¹³³.

Б. Регулятивная функция коллизионной нормы как нормы публично-правового характера. Необходимо уточнить, что, поскольку речь в данной связи идет не просто о регулирующей функции коллизионных норм, а об их гражданско-правовом воздействии на соответствующие общественные отношения, вопрос о функциях коллизионных норм является не только и не столько теоретическим, сколько затрагивающим важные практические аспекты международного частного права. Прежде всего результаты научных изысканий в этой области и соответствующие констатации следует иметь в виду в правотворческой деятельности при конструировании норм.

Скажем, если полагать, что коллизионные нормы не являются регуляторами гражданско-правовых отношений, а лишь нацелены на обращение к ним органов публичной власти (судами, правоприменительными и иными органами), то их основным содержанием должно быть только разграничение правопорядков — отечественного и иностранного или иностранных между собой. Учет природы общественного отношения, его характера и обстоятельств, свойственных ему в каждом конкретном случае, будет иметь подчиненное значение или даже не приниматься в расчет вообще. Достаточно сформулировать несколько общих правил «отсылки», укладываемых в довольно простые схемы, — и задача коллизионной нормы может считаться выполненной. Если же исходить из противоположного — регулятивного воздействия рассматриваемых норм на частноправовые отношения данной категории, — содержание коллизионных норм неизбежно должно быть более сложным, дифференцированным и варьироваться в зависимости от конкретного фактического состава отношения в каждом индивидуальном случае, взятом за основу для целей правового регулирования. Коллизионные нормы в свете указанного объективно должны располагать средствами учета и отражения разнообразия фактических обстоятельств, имеющих место в анализируемой сфере.

Изучение современных образцов коллизионных норм весьма достоверно свидетельствует о том, насколько значительны сдвиги в этом направлении, произошедшие в последние годы. В нынешних условиях отрицать регулируемую природу коллизионных норм не представляется возможным даже в силу чисто внешних причин. В частности, достаточно распространенным явлением стало усложнение структуры коллизионных норм.

Тем самым «технический» прием сам по себе превращается в некий регулятор поведения сторон отношения и всех прочих подлежащих субъектов, который действует в определенных обстоятельствах, — норму как таковую. Аналогичным образом можно квалифицировать и случаи альтернативных коллизионных привязок. Так, ст. 50 Гражданского кодекса Испании гласит, что «если оба лица, вступающие в брак, являются иностранцами, то брак может быть заключен ими в соответствии с испанским законодательством или в соответствии с личным законом любого из них»¹³⁴.

В силу изложенного вывод российских ученых о том, что коллизионные нормы не просто отсылают к определенной правовой системе, а отыскивают «право, которое наиболее приемлемо для регулирования данных отношений... участвуют в механизме правового регулирования, отражающем особенности общественных отношений с иностранным элементом», представляется вполне подтвержденным правовым материалом различных государств и обоснованным с научной точки зрения¹³⁵; тождественное мнение было высказано в свое время и видным немецким автором Л. Раапе¹³⁶.

Наконец, регулятивное воздействие коллизионной нормы заключается прежде всего в том, что выбор права, обусловленный ею, представляет собой правило, от которого нельзя отступить (с учетом, естественно, содержания имеющихся в ней предписаний, которые определяют ее

¹³³ См.: *Kalensky P. Trends of private international law. Prague, 1971. P. 287—290.*

¹³⁴ Цит. по: *Гражданское, торговое и семейное право капиталистических стран. Сборник нормативных актов. Гражданские и торговые кодексы. М., 1986. С. 193.*

¹³⁵ См.: *Международное частное право. Современные проблемы. С. 148.*

¹³⁶ См.: *Международное частное право. М., 1960. С. 16.*

юридическую силу) ни сторонам, ни правоприменительным или иным органам конкретного государства.

В. Регулятивный характер коллизионных норм как отсылочных норм. Некоторые авторы высказывают по затронутому вопросу о функциях коллизионных норм точку зрения, которая может считаться «промежуточной». В частности, Л. Раапе отмечает: «Устанавливая материальную норму, законодатель сам непосредственно регулирует таким путем лежащее в ее основе жизненное отношение, что, конечно, не исключает делаемой законодателем отсылки к другим установленным им материальным нормам... Устанавливая же коллизионную норму, законодатель регулирует имеющееся в виду жизненное отношение лишь опосредствованно, именно путем указания того правопорядка, из которого должна быть взята материальная норма».¹³⁷

Приведенное выше мнение Л.А. Лунца при всей его законченности, исчерпывающей ясности и, казалось бы, безупречности все-таки нашло своих оппонентов. В частности, А.Б. Левитин, не ставя под сомнение вывод Л.А. Лунца о квалификации МЧП в качестве самостоятельной отрасли права и индивидуализации его благодаря коллизионным нормам, корректирует его позицию относительно понимания «совместного действия» коллизионных и материальных норм, настаивая на *непосредственном* регулировании, осуществляемом коллизионными и материальными нормами. «Но это совместное и непосредственное регулирование, — подчеркивает А.Б. Левитин, — нельзя рассматривать упрощенно в том смысле, что обе нормы (коллизионная и материальная) должны *совместно* выполнять регулирующие функции *непрерывно* на протяжении всего процесса регулирования. Регулирующее действие коллизионной нормы выражается в ложном, трудном процессе выбора соответствующего права... Но, сделав это дело, избрав необходимый закон, коллизионная норма уже прекращает свое регулирующее действие. Регулирование в дальнейшем производят только нормы материального права»¹³⁸. Тем самым, как видно, длящийся и в принципе единый процесс регулирования, который обеспечивается в совместном действии (сочетании) коллизионной и материальной норм, если базироваться на воззрениях Л.А. Лунца и др., заменяется разделением его на две особые стадии: действие коллизионной нормы, а затем — материальной. В этом, разумеется, трудно усмотреть «совместность» и «непрерывность» регулирующего воздействия на общественное отношение коллизионной нормы в совокупности с материальной, о которых говорил Лунц и которые в итоге не отрицал и Левитин, однако формулировки в доказательство высказанной точки зрения характеризуются именно таким образом.

Как представляется, подобная позиция более укладывается в рамки «отсылочных» теорий относительно функций коллизионных норм, поскольку акцент в них делается именно на регулирующий эффект материальной нормы, предшествующим условием которого выступает отсылка к ней посредством коллизионного предписания.

Г. «Разграничивающая» функция коллизионных норм. В некоторых случаях признание регулирующего эффекта коллизионных норм обосновывается тем, что они обеспечивают разграничение национальных правопорядков различных государств. Ввиду этого обстоятельства такие теории, думается, могут быть объединены в одну категорию позиций, которые представляют собой разновидность концепций регулятивных функций коллизионных норм. Не случайно, например, что Л. Раапе случаи урегулирования вопросов о подлежащем применению праве именуется «пограничными», а сами нормы — «разграничивающими» (используя этот термин наряду с такими названиями, как «конфликтные», «нормы применения права», «правила привязки») ¹³⁹. И.С. Перетерский, давая определение односторонним коллизионным нормам, безусловным образом квалифицировал их как нормы, устанавливающие «только пределы применения права определенного государства»¹⁴⁰.

¹³⁷ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. С. 15.

¹³⁸ См.: Левитин А.Б. К вопросу о предмете международного частного права//Правоведение, 1959, № 3. С. 96.

¹³⁹ См.: Раапе Л. Указ соч. С. 48.

¹⁴⁰ Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1959. С. 48.

§ 3. Структура коллизионных норм

Коллизионные нормы состоят из двух структурных элементов — объема и привязки. Объем указывает на круг общественных отношений, подпадающих под регулирование, или условия, при которых действует данная норма. Привязка «прикрепляет», «привязывает» рассматриваемое общественное отношение к конкретному правопорядку. Например, норма Французского гражданского кодекса (Кодекса Наполеона) 1804 г. гласит: «Недвижимости, находящиеся на территории Франции, даже принадлежащие иностранцам, подчиняются французскому закону» (ст. 3). В данном случае формула «недвижимости, находящиеся на территории Франции, даже принадлежащие иностранцам», устанавливает те пределы, на которые распространяется данная норма, и тем самым выступает ее объемом. Констатация, выраженная в императиве «подчиняются французскому закону», образует второй ее элемент — привязку. Привязка коллизионной нормы может быть выражена различным образом. Она может прямо, непосредственно указывать на применимое право, как это имеет место в приведенном примере. В других ситуациях отыскание компетентного правопорядка нельзя произвести без исследования конкретных фактических моментов: «Правовые отношения, возникающие из односторонних сделок, *регулируются правопорядком государства местонахождения (местожительства) должника*» (§ 14 Закона о международном частном праве и процессе Чехии). В данном случае выделенный текст представляет собой привязку, т.е. прикрепление регулирования соответствующего отношения к праву того государства, в котором проживает или находится должник. Без знания того, где реально находится или проживает соответствующий субъект (должник) невозможно определить и применимое к сделке право.

Таким образом, в ряде случаев привязка коллизионной нормы включает некий ориентир, помогающий «проложить путь» к отысканию применимого права, который в свою очередь, обуславливает обращение к фактическим характеристикам отношения. Указанные «ориентиры» большей частью представляют собой сложившиеся в практике международного общения правила, именуемые формулами прикрепления, или коллизионными принципами (коллизионными формулами).

§ 4. Коллизионные формулы прикрепления

Безусловно, различные общественные отношения в реальной жизни весьма своеобразны и требуют специального к себе подхода при регулировании. В этом смысле может иметься немало особых факторов и обстоятельств, обуславливающих «прикрепление» данного отношения к конкретной правовой системе — праву определенного государства или международному договору. Понятно, что все они не могут быть учтены при разработке в тех или иных случаях коллизионных норм. В то же время наиболее характерные из подобных отличительных качеств, влияющих на «привязку» соответствующего общественного отношения к праву определенного государства, накопленные мировой практикой международного общения в течение веков, оказалось возможным сформулировать и иногда сгруппировать по отдельным категориям. Значимыми элементами таких наиболее типичных «привязок», или «формул прикрепления», выступают место совершения действия, место исполнения обязательства, гражданство физического лица или место его постоянного жительства, место нахождения органов юридического лица или внесения его в государственный реестр, место нахождения вещи или ее регистрации и т.д. Подобного рода обстоятельства обуславливают выбор и определение применимого права, содержащиеся в коллизионных нормах, точнее, их привязках, а еще точнее — коллизионных формулах прикрепления.

Личный закон физического лица (*lex personalis*). В вопросах правового статуса лица большое значение и распространение получил принцип привязки регулирования соответствующих

аспектов отношения к личному закону (правопорядку) конкретного субъекта — закону гражданства или постоянного места жительства, если речь идет о физических лицах, и закону того государства, в соответствии с которым данное юридическое лицо было создано, если речь идет о юридических лицах.

Личный закон физического лица — один из распространенных коллизионных принципов, применяемый для выбора права преимущественно при регулировании отношений, существующих или возникающих в связи с право-, дееспособностью физических лиц, их гражданско-правовым статусом. Особенно широка и значима сфера действия личного закона в области брачно-семейных отношений. В предшествующие времена данная формула прикрепления весьма активно использовалась также и в вещных отношениях применительно к движимым вещам. Ныне большую роль здесь играет принцип «закон местонахождения вещи». Личный закон существует в двух разновидностях: закон гражданства (*lex patriae*, *lex nationalis*) и закон местожительства (*lex domicilii*). Формула отсылки к закону гражданства свойственна законодательству и праву вообще стран континентальной правовой системы, принцип домициля — странам англосаксонской системы права. Однако некоторые государства, не принадлежащие к последней, тем не менее также применяют рассматриваемый принцип (Аргентина, Бразилия, Норвегия, Дания и т.д.).

Практика Великобритании, особенно Англии, следуя принципу домициля, вместе с тем не характеризуется строгостью концепции в определении этого понятия. Фактически в отношении любого британского подданного, родившегося от домицилированных в Англии родителей, может быть использована презумпция, что он имеет (и сохраняет) домицилий происхождения, даже если он большую часть времени проживает за границей. Вопрос о домициле решается в английских судах с весьма значительной долей судейского усмотрения. Для стран, где высока доля иммиграции, закрепление принципа домициля является единственным способом распространения собственного законодательства страны-реципиента на иностранцев-иммигрантов. В то же время государства, граждане которых в больших масштабах эмигрируют в другие страны мира (например, Германии в годы и после окончания Второй мировой войны), испытывают заинтересованность в том, чтобы юридическая связь лица с данным государством, выражающаяся в институте гражданства, продолжала действовать. В результате для сохранения влияния на своих граждан такие государства придерживаются принципа закона гражданства. Это явствует из содержания их внутреннего законодательства в рассматриваемом вопросе. Так, во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению 1896 г. (ныне — Закон 1986 г. «О новом регулировании в области международного частного права» ФРГ), в Гражданском кодексе 1942 г. Италии установлен один принцип — закон гражданства. Тот же принцип заложен в основу регулирования международно-правовыми многосторонними и двусторонними конвенциями и соглашениями — договорами о правовой помощи (см., например. Конвенцию о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам стран СНГ от 22 января 1993 г.). Таким образом, эти два начала коллизионного регулирования личных отношений в международном частном праве противостоят друг другу и нет пока примеров выработки какого-либо единообразного решения. Об этом свидетельствуют международно-правовые документы (Кодекс Бустаманте — см. главу «Источники МЧП», Гагская конвенция 1955 г. «О регулировании конфликта между национальным законом и законом домициля»), которые не сумели привести участвующие в нем государства к единому для всех пониманию личного закона. В частности, решение вопроса об основополагающей критерии для целей определения личного закона в Кодексе Бустаманте осуществлено таким образом: «Каждое договаривающееся государство будет применять в качестве личных законов закон домициля или закон гражданства или те, которые уже приняты либо будут приняты его внутренним законодательством» (ст. 7).

В то же время в последние годы растет тенденция к совмещению указанных принципов в национальном законодательстве. Так, некоторые страны придерживаются позиции «смешанной системы» (Австрия, Швейцария, Чили, Эквадор, Мексика и т.д.) — подчинение собственному закону личного статуса иностранцев, домицилированных на их территориях, в силу принципа домициля и «своих» (национальных) граждан, постоянно проживающих за границей, — по принципу закона гражданства.

Законодательство Российской Федерации исходит из принципа гражданства в части вопроса определения дееспособности иностранных граждан и принципа domicilia — для лиц без гражданства. Таково, в частности, регулирование, содержащееся в Основых гражданском законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (п. 2, 3 ст. 160) и проекте разд. VII «Международное частное право» третьей части Гражданского кодекса РФ (ст. 1233).

Личный закон юридического лица (*lex societatis*). Личный закон, или статут, юридического лица, — понятие, существующее в науке международного частного права, призванное обозначить коллизионный аспект регулирования правового статуса юридического лица в части осуществления им личных прав в сфере международного гражданского оборота. Аналогично тому, как принцип личного закона применительно к физическому лицу во всех странах без преувеличения считается исходным для определения его гражданского состояния (статуса), положение о том, что личный статут юридического лица отвечает на наиболее важные с сущностной точки зрения вопросы относительно самого существования и пределов такого существования конкретного юридического лица, является общепризнанным. В равной степени общепризнано также и то, что в определенной мере личный статут юридического лица имеет экстратерриториальное действие.

Действительно, только правопорядок конкретного государства в необходимых случаях должен ответить на вопрос, является ли данная организация правосубъектным образованием, т.е. юридическим лицом как таковым, а также каков объем его правоспособности, как оно возникает и при каких условиях может прекратить свое существование, каким образом решать судьбу находящегося за рубежом его имущества при ликвидации и т.п. Действие личного закона в случаях с юридическими лицами должно быть признано за рубежом, иначе на все предыдущие вопросы могут быть получены самые различные, иногда взаимоисключающие ответы в зависимости от того, юридические лица каких государств участвуют в той или иной ситуации. Личный закон юридического лица отражает, таким образом, соответствующую правовую связь конкретного юридического лица с определенным государством. Однако подобная связь не может быть квалифицирована аналогом правовой связи, существующей в отношениях между государством и физическим лицом, именуемой гражданством. В подходах, выраженных в законодательстве, а также выработанных судебной практикой различных государств решениям по-разному определяются признаки отыскания личного статута юридического лица.

Современная практика знает несколько таких критериев. Прежде всего, это критерий инкорпорации — регистрации, или учреждения. Говоря вообще, юридическое лицо имеет соответствующую юридически значимую правовую связь с тем государством, в котором оно занесено в реестр юридических лиц (либо торговый реестр). Такого подхода придерживается представительный список стран Европы, Азии, Африки и Америки (Латинской Америки), прежде всего Великобритания, Венгрия, Чехия, Словакия, Кипр, США, Австралия, Индия, Нигерия, Россия, Сингапур и др. Континентальная Европа придерживается иного критерия — центра оседлости, или местопребывания административного центра (Италия, Франция, Австрия, Швейцария, Польша, Украина и др.). Юридические лица объявляются такими государствами «своими», если последние имеют местопребывание головных офисов (центров управления) на территориях таких государств.

Значительное число развивающихся стран в целях привлечения иностранных инвестиций, с одной стороны, и осуществления собственного контроля за деятельностью юридических лиц с иностранным участием — с другой, закрепляют еще один принцип определения личного статута, который состоит в том, что главным отправным моментом является место осуществления деятельности — центр эксплуатации. Однако в ряде случаев это оказывается целесообразным и для некоторых развитых государств. Так, в Законе об акционерных обществах ФРГ от 6 сентября 1965 г. наряду с прочим недвусмысленно фиксируется следующее: «Местонахождение общества устанавливается уставом. *В качестве местонахождения устав, как правило, указывает место, где общество имеет предприятие...*» (курсив мой — Л.А.) (§ 5).

Еще одним средством определения личного статута юридического лица, который в историческом плане использовался в различных ситуациях, особенно в периоды мировых войн, но

который иногда применяется судами и в современную эпоху благодаря его комплексности, порой более предпочтительной, нежели сугубо формальные признаки и основанные на них подходы. Попытки привести к единообразию международно-правовые решения рассматриваемых проблем не были достаточно эффективными. Гагская конвенция о признании прав юридического лица за иностранными компаниями, ассоциациями, учреждениями, во-первых, не имеет широкого участия в ней различно ориентированных в данном вопросе государств, а во-вторых, представляет собой известный результат компромисса, поскольку в своем содержании она исходит из того, что «национальность юридического лица определяется по месту, где оно зарегистрировано и где находится по уставу его правление». Конвенция 1968 г. «О взаимном признании торговых товариществ и юридических лиц», разрабатываемая в рамках Европейских экономических сообществ (ныне Европейского союза), обеспечивает признание тех юридических лиц, которые имеют правовую связь с государствами—членами ЕЭС (т.е. образованы в соответствии с законами таких государств), а кроме того, указанная юридическая связь опосредствована и фактически — юридические лица имеют местонахождение и ведут экономическую деятельность, т.е. осуществляют деловую активность, направленную на получение прибыли и участие в экономической жизни Сообщества, на территориях этих государств. Несмотря на то, что принцип инкорпорации закреплен в Конвенции *expressis verbis* (ст. 6), его действие в свете сказанного не представляет собой «юридически чистого» решения.

В 1979 г. страны Латиноамериканского региона на V Генеральной Ассамблее ОАГ в Монтевидео (Уругвай) заключили Конвенцию о конфликте законов в области признания торговых товариществ, имевшую целью разрешение коллизий по признанию иностранных компаний и выбору закона, регулирующего их деятельность. В результате принятия Конвенции обеспечивалось единообразное регулирование в следующих направлениях: признания торговых компаний в качестве юридических лиц, признания экстратерриториального действия закона, регулирующего их деятельность в том, что касается деятельности, осуществляемой за рубежом. Традиционная привязка *lex societatis* как формула прикрепления к праву соответствующей страны, определяющему правовой статус компании, была заменена на формулу *lex loci constitutionis* (закон места принятия устава).

Закон места нахождения вещи (*lex rei sitae*). Рассматриваемый принцип — один из старейших в МЧП, имеющий, кроме того, обычно-правовое происхождение. Сфера действия данного коллизионного принципа — вещные, наследственные отношения. Однако пределы применения его в этой области международных отношений, начиная с древних веков и включая современный период, не оставались застывшими и неизменными. Первоначально привязка к закону места нахождения вещи использовалась исключительно для регулирования вещных прав по недвижимостям. К движимым вещам применялся личный закон сторон. Считалось, что движимая вещь «следует за лицом» — «*mobilia personam sequuntur*». Затем в период первоначального накопления капитала и последующих этапов развития капитализма в результате крупных изменений в природе движимых вещей (появления акций, разнообразных видов ценных бумаг и т.д.) выявилась необходимость отказа от прикрепления вещных отношений по поводу движимостей к личному закону участников правоотношений и перехода на более устойчивый в подобных условиях принцип коллизионного регулирования — с помощью закона местонахождения вещи. Последний отвечает на наиболее важные вопросы вещных правоотношений. Во-первых, какой круг вещей может быть предметом права собственности или иного вещного права и, следовательно, может ли данная вещь быть объектом права собственности; во-вторых, каков порядок возникновения прав собственности и иных прав на вещь; в-третьих, объем правомочий собственника, способы защиты права и др. Вместе с тем дееспособность лица к совершению юридических актов по поводу движимых или недвижимых вещей подчиняется в основном личному закону участников правоотношений или закону места совершения сделки. Наряду с этим следует отметить, что ныне практически господствующим принципом выступает положение о том, что лицо, недееспособное по закону своего национального государства, но дееспособное по иностранному закону места совершения сделки, будет считаться в целях совершения такой сделки дееспособным. Особенно это важно в случаях

приобретения таким лицом недвижимости за границей своего отечественного государства. Применение закона местонахождения вещи имеет также ряд исключений. Так, приобретение права собственности в силу наследования по законодательству некоторых государств подчиняется закону страны, где наследодатель имел последнее место жительства. Основы Гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., а также Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран СНГ следуют такому положению. Однако и в том и в другом акте делается исключение для строений и иных недвижимостей, расположенных на территории соответствующих государств, — их наследование подчиняется закону места нахождения вещи. Вопросы дееспособности при совершении сделок с движимыми вещами решаются по большей части личным законом стороны. Судьба ликвидационного остатка, находящегося за рубежом, входящего в имущество ликвидируемого юридического лица, также не может определяться законом места нахождения вещи. Подобного рода отношения будут подчиняться личному статусу юридического лица. Кроме того, *lex rei sitae* имеет свои особенности и ограничения в гражданско-правовых отношениях, в которых участвует государство, что обусловлено действием принципа иммунитета государства. Во внешнеэкономической области обязательственный статут все более вытесняет закон места нахождения вещи.

Закон места совершения акта (*lex loci actus*). Данный коллизионный принцип распадается на несколько коллизионных привязок, каждая из которых имеет собственное значение. В их числе: *lex loci contractus* — закон места заключения договора или сделки; *locus formam regit actum* — закон места совершения сделки, определяющий ее форму, *lex loci solutionis* — закон места исполнения обязательства/договора; *lex loci celebrationis* — закон места заключения брака (совершения брачного обряда); *lex loci delicti commissii* — закон места причинения вреда; *lex loci operationis* — закон места осуществления основной деятельности; *lex loci laboris* и *lex loci delegationis* — закон места исполнения работы и закон места нахождения командирующей организации.

Закон места заключения договора (*lex loci contractus*). Указанный принцип связывает рассматриваемое отношение с правом того места, где заключен контракт (сделка).

Белорусское акционерное общество обратилось в арбитражный суд Российской Федерации с иском о взыскании с российского общества с ограниченной ответственностью задолженности и неустойки по договору поставки, заключенному между российским и белорусским предприятиями в Москве. В дополнительном соглашении к договору стороны установили, что споры по договору будут разрешаться в порядке, установленном действующим законодательством Республики Беларусь и законодательством ответчика. В качестве органа, разрешающего спор, был избран российский арбитражный суд.

Свои исковые требования истец основывал на нормах российского законодательства. В то же время, поскольку участники сделки не конкретизировали правоотношений, регулируемых правом Беларуси, и правоотношений, регулируемых правом России, суд не смог конкретно определить, законодательство какой страны выбрали стороны. В такой ситуации арбитражный суд решил вопрос о применимом праве самостоятельно, исходя из п. «е» ст. 11 Соглашения, в котором предусмотрено, что «права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места ее совершения». В силу того что сделка совершена в Москве, суд разрешил спор на основе российского законодательства.

В свое время роль этой коллизионной формулы была чрезвычайно высока — ее приоритет перед многими другими принципами не вызывал возражений. В настоящих условиях, когда большинство гражданско-правовых договоров в международной сфере заключается между отсутствующими с помощью технических средств коммуникаций, в силу чего бывает подчас затруднительно определить место их заключения, очевидно последовало снижение удельного веса его применения. Кроме того, нередки случаи, когда место заключения контракта оказывается

совершенно случайным для общего хода отношений между сторонами и порядка осуществления ими взаимных обязательств. К тому же законодательство и практика различных стран расходится в решении вопроса об определении «места заключения». Для одних (США, Англии, Индии, Японии и др.) — это момент, а значит и место отправки акцептантом акцепта (так называемая теория «почтового ящика» — *mail box theory*)), для других (например, Японии) — место отправки оферентом предложения [характерно, что японский Закон о праве, касающемся применения законов вообще» 1898 г. специальным порядком разрешает ситуацию оформления воли сторон по договору, когда выражение Намерения направлено в адрес резидента другого государства: «В том, что касается заключения и юридических последствий договора, место, откуда отправлена оферта, будет считаться местом совершения акта. В случаях, когда адресат оферты в момент ее принятия не знает, откуда именно отправлено предложение, местонахождение оферента будет рассматриваться в качестве места совершения акта» (ст. 9)], для третьих, и именно стран континентальной Европы, в том числе и России, — моментом заключения договора будет считаться получение оферентом акцепта. Аналогичное положение закреплено и в Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров. Вследствие этого коллизийная формула привязки к закону места заключения договора уступает место другим, более отвечающим современности формулам. Прежде всего это закон, избранный сторонами правоотношения, а также закон страны продавца, как в узком, так и в широком его понимании, если речь идет об обязательствах, лежащих в сфере международной торговли в широком смысле слова.

Закон места совершения сделки, определяющий ее форму (locus format regit actum). Указанный принцип определяет, что рассматриваемое отношение в вопросах формы подчиняется праву того государства, в котором заключен контракт (сделка). Этот принцип (*locus regit actum*) был известен со времен средневековья, когда сделки подчинялись закону места их совершения. Постгlossаторы объединили форму и содержание сделки в привязывании регулирования к месту ее заключения. Считалось, что совершая сделку в определенном месте, стороны тем самым решали вопрос выбора права в пользу закона того места, где они заключали сделку. В настоящее время регулирование содержания и формы сделки может идти по разным путям, однако форма сделки преимущественно регулируется законом страны ее совершения.

До сих пор значение этого принципа практически непоколебимо. Исключения, установленные некоторыми национальными правовыми системами, носят ярко выраженный характер. Так, в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. установлено, что форма сделки подчиняется закону места ее совершения. Внешнеэкономические же сделки с участием российских субъектов независимо от места совершения сделки должны совершаться в письменной форме. Таким образом, совершение сделки за границей, даже если стороны и избрали в качестве применимого к их отношениям права иностранный закон, не освобождает российское юридическое лицо или российского гражданина—индивидуального предпринимателя от подчинения вышеуказанной норме, поскольку она носит императивный характер.

В то же время следует оговориться, что применение рассматриваемой нормы прошло определенную эволюцию. В некоторых государствах за ним сохраняется основополагающее место, в других — за ним закреплена позиция субсидиарного начала. Так, принцип *locus regit actum* традиционно считается руководящим в английском праве в том, что касается формы сделок. Статья же 19 Гражданского кодекса Алжира подчиняет форму сделки либо закону места ее совершения, либо общему закону гражданства сторон. Доктрина допускает также возможность применения в подобном случае и закона, регулирующего сделку по существу, т.е. правопорядка, относящегося к содержанию сделки.

В брачно-семейных отношениях применительно к форме заключения брака действие данного принципа непреложно практически во всех правовых системах. Его закрепление имеет место как в национальных актах, так и в международных договорах. В частности, в двусторонних договорах о правовой помощи, заключенных Российской Федерацией, в части решения вопроса о форме брака коллизийная привязка к праву страны, где заключается брак, выражена достаточно явным образом (например, в Договоре между Российской Федерацией и Арабской Республикой Египет о

взаимной правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 23 сентября 1997 г., ст. 24).

Закон места исполнения обязательства/договора (*lex loci solutionis*). Этот принцип означает, что регулятором взаимоотношений сторон, отвечающим на необходимые вопросы их существа, служит правопорядок той страны, в которой осуществляется исполнение, предусмотренное договором. Подчинение договора закону места исполнения обязательств — без уточнения такового может иногда привести к трудноразрешимым явлениям, поскольку у разных сторон различным оказывается и место их соответствующего исполнения. Так, исполнением продавца по договору международной купли-продажи (поставки) товаров обычно является отправка товара из его страны или страны изготовителя. Исполнением покупателя по тому же договору выступает совершение платежа (как правило, в собственной стране или стране обслуживающего его банка) и принятие товара, также большей частью осуществляющееся в государстве покупателя. Таким образом, один и тот же договор в силу данного принципа должен был бы подчиняться по крайней мере двум различным правопорядкам. Такое явление, именуемое в международном частном праве «расщепление коллизионных привязок», считается одним из негативных факторов, связанных с действием коллизионно-правового метода регулирования общественных отношений, находящихся в сфере международного гражданского (хозяйственного) оборота. Данный критерий очень часто используется в США, ФРГ как основа системы расщепления коллизионных привязок и приводит к подчинению каждого обязательства в договоре закону места его исполнения. Во Франции, как известно, суды преимущественно исходят из принципа места заключения, но и они склонны обращаться к принципу места исполнения, если оно, во-первых, отлично от места заключения договора и, во-вторых, определено.

Швейцарский федеральный суд также высказался за применение критерия места исполнения, которое представляет собой такое место, где реально осуществляются договорные обязательства. Если таких мест несколько, то выбирается одно из них, где исполняется основная часть договора. В этом смысле швейцарский суд сформулировал еще более узкий критерий — «место основного предоставления» (*prestation caractéristique*).

Lex loci solutionis в вышеуказанном смысле зафиксирован и в некоторых международных актах — Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже материальных движимых вещей, 1955 г.: «При отсутствии явно выраженного условия внутреннее право страны, в которой должен производиться осмотр товаров, поставленных в соответствии с договором купли-продажи, применяется в отношении того, каким образом и в какие сроки должны производиться осмотр товаров, извещения об осмотре и меры, которые должны быть приняты в случае отказа от товаров» (ст. 4).

Коллизионная формула «закон места исполнения договора» используется в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. применительно к отдельному элементу гражданско-правовых отношений. В п. 6 ст. 166 указывается, что «в отношении приемки исполнения по договору принимается во внимание право места проведения такой приемки, поскольку сторонами не согласовано иное».

Закон места совершения брака (*lex loci celebrationis*). Закон места совершения брака — особый коллизионный принцип, который применяется в МЧП исключительно в брачных отношениях. Из самого его наименования следует, что отношения по заключению брака подчиняются правопорядку того государства, на территории которого совершается брачный обряд (заключается брак). Установленный в силу этой формулы закон может распространяться как на форму брака, так и на материальные условия его заключения. Однако в современном МЧП данный коллизионный принцип имеет преимущественно суженную сферу применения, будучи используемым в части регулирования брачных отношений, связанной с формой брака.

Закон места причинения вреда (*lex loci delicti commissi*). Привязка к закону места причинения вреда — коллизионный принцип, который применяется в деликтных отношениях, имеющих юридическую связь с правопорядком различных государств. С ростом масштабов транспортных операций, развитием туризма и международного сотрудничества в целом значение коллизионного регулирования в международных отношениях неуклонно повышается. Наряду с

торговыми, обменными, кооперационно-производственными и иными экономическими отношениями в рамках международных связей возникает также и большое количество обязательств, вытекающих из причинения вреда. Национальное право различных государств по-разному подходит к решению вопросов квалификации деяния в качестве правонарушения, факта и объема ответственности причинителя вреда, бремени доказывания его вины и др. В силу этого принципа деликтные отношения будут подчиняться соответствующим правоположениям той страны, в которой имело место причинения вреда. Однако данная категория — закон места причинения вреда — в свою очередь, может по-разному трактоваться в существующей практике государств. Например, в Италии, Греции, КНР и др. он понимается как место совершения правонарушения; в США, Франции, канадской провинции Квебек, Венгрии (при наличии определенных обстоятельств), а также ряде других государств — как место наступления вредоносного эффекта. В частности, в § 377 первого Свода коллизионного права США (Restatement of Conflict of Laws-I) говорится: «Место деликта находится в том штате, в котором произошло последнее событие, необходимое для того, чтобы считать действующее лицо ответственным за имевшее место гражданское правонарушение».

В Чехии возмещение вреда из внедоговорных обязательств определяется альтернативно двумя указанными вариантами решения вопроса — правом места возникновения вреда и правом той страны, где произошел факт, ставший основанием для возникновения требования. Подобные расхождения в подходах тем не менее сопровождаются некоторым единообразием. В частности, практически повсеместно устанавливается, что если факт совершения противоправного действия имел место за границей, но и причинитель вреда, и потерпевший являются гражданами одного и того же государства либо имеют постоянное местожительство на территории одного и того же государства, то применяется законодательство последнего. Кроме того, вопросы дееспособности делинквента определяются по его личному закону.

Право ряда государств допускает возможность выбора потерпевшим закона, по которому будут решаться проблемы объема и размера материальной ответственности причинителя, в зависимости от того, какой из рассматриваемых законов будет более благоприятным (ФРГ). Иностранное право не применяется, если по закону суда рассматриваемое деяние не является противоправным. Иностранное право не применяется также и в тех случаях, когда такое применение противоречило бы публичному порядку. Таким образом, закон места причинения вреда определяет характер ущерба, дающего право на возмещение, — материального и морального, прямых и косвенных убытков, а также способы и формы возмещения и т.д.

В законодательстве и практике Российской Федерации закон места причинения вреда имеет следующее содержание. Во-первых, права и обязанности сторон по обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, определяются по праву страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. Эта норма сформулирована как двусторонняя коллизионная норма: по обязательствам, возникшим в результате действий, совершенных на территории РФ, будет применяться российское право, по действиям, имевшим место за границей, российский суд применит соответствующее иностранное право. Однако иностранное право не принимается российским судом во внимание, если действие, вызвавшее вред, не является противоправным по праву Российской Федерации. Права и обязанности сторон, являющихся гражданами РФ, по деликтным обязательствам подчиняются правопорядку Российской Федерации. В многосторонней Конвенции стран СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. воспроизводятся два основных положения, свойственных национальному праву участвующих в соглашении стран: привязка к закону места причинения вреда и применение личного закона сторон (закона гражданства), если оба лица являются гражданами одного и того же договаривающегося государства.

Закон места осуществления деятельности (основной деятельности) (*lex loci operationis*). Данная коллизионная привязка представляет собой частный случай коллизионного принципа *lex societatis* (личного статута юридического лица), в соответствии с которой личный статут юридического лица определяется законом того государства, где рассматриваемое образование

осуществляет свою основную деятельность. Этот принцип присутствует, например, закрепленным в Основах гражданского законодательства Союза ССР и Республик 1991 г. как часть привязки к закону страны продавца (понимаемому как в узком, так и в широком смысле слова): «При отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся продавцом в договоре купли-продажи...» (п. 1 ст. 166). Венгерский закон о международном частном праве 1979 г. в определенной мере обращается к данному принципу, устанавливая, в частности, следующее: «... хозяйственный статус физического лица будет определяться законом того государства, в котором оно имеет центр деловой активности» (п. 2 ст. 14).

Закон места выполнения работы (*lex loci laboris*) представляет собой разновидность коллизионного принципа, имеющего сугубо специальный характер. Как видно, данная формула прикрепления находит применение в трудовых отношениях. Практически все имеющиеся кодифицированные акты по международному частному праву различных государств, если они содержат в своем составе нормы, рассчитанные на регулирование трудовых отношений с участием иностранцев либо по выполнению работы за рубежом, используют рассматриваемую коллизионную привязку. Она зафиксирована также и в международных договорах (двусторонних договорах о правовой помощи, соглашениях об условиях командирования специалистов для оказания технической помощи и технического содействия, заключаемых, например, между СССР (Российской Федерацией) и зарубежными странами, и т.д.). Более подробно об этой формуле прикрепления, а также о понятии, сфере действия и особенностях применения коллизионного принципа *lex loci delegationis* см. в главе «Трудовые отношения».

Закон, с которым правоотношение наиболее тесно связано (*the proper law of the contract*). Данная коллизионная привязка получила распространение в англо-американских странах. Однако в последние годы она находит все большее применение в праве и практике европейских государств. Так, австрийский Закон о МЧП 1978 г. (§ 1), Закон ФРГ о новом регулировании международного частного права 1986 г. (ст. 28), венгерский Закон о международном частном праве 1979 г. (ст. 29), швейцарский Закон о международном частном праве 1987 г. (ст. 15) и др. весьма отчетливо не только концептуально исходят из возможности подчинения договорных обязательств тому правопорядку, с которым отношение наиболее тесно связано, но и закрепляют этот принцип в достаточно четкой форме. Более того, в ряде случаев (как, например, в Швейцарии) законодательство базируется на идее «ближайшей связи» рассматриваемого отношения с данным правом, что характеризует практику США. Проект третьей части ГК РФ в разделе, посвященном коллизионным принципам и другим вопросам международного частного права, также оперирует категорией «права, наиболее тесно связанного с гражданско-правовыми отношениями, осложненными иностранным элементом» (ст. 1223). При этом, однако, коллизионный принцип формулируется как субсидиарный, а не генеральный (основной): если в соответствии с предписаниями по отысканию соответствующего закона, установленными в национальном законодательстве Российской Федерации, ее международными договорами или признаваемыми ею обычаями не удастся определить надлежащий правопорядок, то применяется право, наиболее тесно связанное с данными отношениями.

Закон страны продавца (*lex venditoris*). В современном международном частном праве коллизионная формула прикрепления «закон страны продавца» имеет два значения. С одной стороны, это категория, свойственная регулированию обязательств продавца и покупателя по договору собственно купли-продажи. На основании этого принципа к договорным обязательствам применяется право той стороны, которая выступает продавцом. Данный принцип выражен текстуально во многих известных национальных кодификациях международного частного права (Чехии, Польши, Венгрии, России, Монголии, Украины), а также международных договорах, относящихся к регулированию международной купли-продажи. *Lex venditoris* — закон страны продавца — есть обязательственный статут сделки купли-продажи. Во многих странах он трактуется как неделимый статут, т.е. соответствующий правопорядок будет применяться к отношению в целом, что касается регулирования вопросов существования обязательств. Вместе с тем этот правопорядок не будет компетентным в вопросах формы сделки, право- и дееспособности

сторон и акцессорных обязательств, если таковые имеют место. Второе значение «закона страны продавца» имеет более широкое содержание. Дело в том, что существует немало договорных видов, в которых аналогично договору купли-продажи обязательства сторон по отношению друг другу имеют не вполне равновеликий характер. Так, совершенно очевидно, что в договоре подряда, например, обязательства подрядчика имеют преобладающее значение для данного вида отношений, чем, скажем, обязательства заказчика; перевозчика — чем грузовладельца; кредитора — чем заемщика; залогодателя — чем залогодержателя и т.д. Модификацией рассматриваемого коллизионного принципа в тех случаях, когда речь идет не о собственно договоре купли-продажи, а о таком виде договорных отношений, в котором одна сторона осуществляет наиболее характерное для этого договорного вида предоставление, т.е. совершает решающее для его квалификации в качестве такового действие, именуется *lex venditoris* в широком смысле слова. Этот принцип зафиксирован в ст. 166 Основ Гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г., действующих в настоящее время в Российской Федерации. Проект третьей части ГК РФ в соответствующем разделе так же в явной форме, как и Основы гражданского законодательства 1991 г., исходит из широкой трактовки указанного принципа: «...при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора. При невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан» (ст. 1255).

Закон суда (*lex fori*). Согласно коллизионной формуле прикрепления к закону суда учреждение, рассматривающее спор, несмотря на так называемый иностранный элемент в деле, не применяет иностранное право, если речь идет о гражданско-процессуальных его аспектах, а обращается к собственному правопорядку. В то же время это не относится к решению вопросов существа спора — материально-правовым аспектам (*lex causae*), по которым суд применит право иностранного государства, если из фактических обстоятельств будет следовать, что именно оно является компетентным применительно к данным отношениям. Первостепенное значение закон суда имеет на первичной стадии рассмотрения дела, связанного с правоотношениями международного характера, когда встает вопрос о юридической квалификации какого-либо правового явления, института или термина.

Судебное учреждение или иной юрисдикционный орган какого-либо государства, сталкиваясь с вышеуказанным явлением (называемым в литературе и практике «конфликтом понятий»), вынужден, прежде чем применить *lex causae*, дать соответствующему термину или понятию надлежащее определение и по необходимости толкование. Подобное суд осуществляет на основе обращения к собственному праву — *lex fori*. В дальнейшем, если суд обязан применить к спорному отношению иностранное право, все надлежащие квалификации будут осуществляться с таким подходом к содержанию, толкованию и конструкциями, какие свойственны соответствующему правопорядку данного зарубежного государства. И лишь при невозможности установить содержание, толкование и на основе этого практику применения обсуждаемого иностранного понятия или института, суд применит собственное право — *lex fori*.

Разновидностью данного принципа выступает *lex arbitrii* — «закон страны арбитража». Под ним можно понимать как закон страны соответствующего институционального (постоянно действующего) арбитража, так и закон того государства, в котором проводится арбитраж. Однако ввиду того, что порой в процессе арбитражного разбирательства с учетом каких-либо особых целей арбитраж может проводить свои заседания в нескольких странах, фактическое определение конкретного правопорядка затруднено.

Закон флага (*lex banderae*). Закон флага, т.е. закон того государства, под государственным флагом которого эксплуатируется морское или воздушное судно, представляет собой важнейший коллизионный принцип в отношениях по перевозке грузов и определении прав и обязанностей, ответственности сторон и т.п., вещно-правовых отношениях при установлении вещного статута, деликтных отношениях и т.д. Закону флага, например, отведено решающее место в новом Кодексе торгового мореплавания РФ от 30 апреля 1999 г. Законодательство и судебная практика других

государств признают его в качестве основного в определении «национальности» морских или воздушных судов.

Закон валюты платежа (*lex pecunia, lex monetae*). Согласно данной привязке правом, применимом к валютным договорным обязательствам, будет выступать правопорядок того государства, в валюте которого заключен договор. Теорию об особой роли «валютной привязки» в свое время выдвинул немецкий исследователь А. Нуссбаум, и она оказала весьма значительное влияние на практику немецких и австрийских судов. Л.А. Лунц полагал, что в международном торговом обороте нет вообще места «валютной привязке». Употребление иностранной валюты для определения суммы долга само по себе не означает отсылки к иностранному праву¹⁴¹. Вместе с тем не следует отрицать целесообразность обращения к данному критерию при отыскании подлежащего применению к данному отношению права, поскольку «валюта долга», «валюта денежного обязательства» или договора в целом может быть принята во внимание наряду с другими факторами, характеризующими состав отношения, при выборе решающего правопорядка как права, наиболее тесно связанного с данным отношением. В итоге суд, устанавливая применимое право, может счесть закон страны, в валюте которой исчислено обязательство, наиболее целесообразным для ответа на искомые вопросы по существу отношения.

В настоящее время совокупность коллизионных привязок, используемых российским законодательством, существенно расширилась благодаря принятию Кодекса торгового мореплавания РФ 1999 г., о чем упоминалось ранее в главе «Источники международного частного права». В данном случае необходимо обратить внимание на такие новые формулы прикрепления, зафиксированные в его положениях, как: закон государства, в порту которого судно закончило рейс после происшествия, вызвавшего общую аварию (ст. 419); закон государства, в котором имело место спасание, если спасание судна и иного имущества осуществлялось во внутренних водах или территориальном море, либо закон того государства, под флагом которого плавают спасавшее и спасенное суда независимо от того, где имело место спасание, если спасавшее и спасенное суда плавают под флагом одного государства (ст. 423); закон регистрации ипотеки в случаях залога уже построенного или строящегося судна (ст. 425); закон государства, в котором судно принято к постройке или строится, если иное не предусмотрено договором о постройке судна (ст. 415) и др. Установлены специальные коллизионные принципы для отношений, возникающих из причинения ущерба в связи с морской перевозкой опасных и вредных веществ, загрязнения с судов нефтью (ст. 421, 422), морского залога на судно (ст. 424), трудового договора между судовладельцем и членами экипажа (ст. 416). Специфицированы коллизионные привязки в области вещных прав, например, в случае временного предоставления судну права плавать под флагом другого государства (ст. 415), прав на затонувшее имущество (ст. 417) и т.д.

§ 5. Виды коллизионных норм

В современном международном частном праве встречается достаточно большое разнообразие видов коллизионных норм. Их необходимо разграничивать по видам, пользуясь разнообразными классификациями. В зависимости от того, какой критерий будет положен в основу той или иной классификации, коллизионные нормы будут распределяться по соответствующим группам.

Односторонние и двусторонние. Так, в зависимости от *формы выражения привязки* коллизионные нормы делятся на двусторонние и односторонние. Разграничение на указанные виды является, по существу, основным в международном частном праве, поскольку выражает специфику коллизионных норм именно как норм международного частного права. **Односторонние** коллизионные нормы отсылают регулирование отношения к определенно обозначенному в них правопорядку — как правилу, национальному соответствующего государства. Вышеприведенная норма ФГК является примером односторонней коллизионной нормы. **Двусторонние** коллизионные нормы не называют компетентное право непосредственно, а лишь указывают на признак, с помощью которого таковое можно отыскать. Выбор

¹⁴¹ Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 225.

соответствующего материального права, которое будет регулировать рассматриваемое отношение по существу, зависит от фактических обстоятельств, характеризующих данное отношение. Привязки двусторонних коллизионных норм оперируют различными критериями определения компетентного правопорядка. Среди них наибольшее распространение в международной и национальной практике получили гражданство физического лица, место его постоянного жительства или преимущественного проживания, место учреждения и местонахождения юридического лица, место заключения договора, совершения действия (акта), место нахождения вещи (внесения ее в реестр), место причинения вреда, место рассмотрения спора и др., что именуется формулами прикрепления или коллизионными принципами. Например: «Отношения, вытекающие из трудового договора, регулируются, — если стороны не договорятся иначе, — правом места выполнения работы работником» (§ 16 Закона Чехии о международном частном праве и процессе); «форма сделки определяется по законодательству места ее совершения» (ст. 39 Договора от 14 сентября 1992 г. между Российской Федерацией и Республикой Кыргызстан о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам); «к договорам, которые должны быть исполнены в пределах территории Китайской Народной Республики, будет применяться право Китайской Народной Республики» (ст. 5 Закона КНР о хозяйственных договорах с иностранным участием). Наличие коллизионных формул прикрепления и именно их разнообразие обеспечивают реальный результат при выборе соответствующего правопорядка.

Кроме того, коллизионные нормы так же, как и другие правовые нормы, могут различаться между собой по форме предписания, обуславливающей *их юридическую силу*, вследствие чего их можно классифицировать по видам на основе критерия юридической обязательности и говорить об *императивных, диспозитивных или альтернативных нормах*.

Императивные нормы. Понятие императивной (категорической) нормы в самом общем виде исходит из определения, что это есть норма, содержащая властные предписания, отступления от которых не допускается¹⁴². Так, в Законе Китая о хозяйственных договорах с иностранным участием от 21 марта 1985 г. устанавливается: «Право Китайской Народной Республики применяется к контрактам, исполнение которые осуществляется на территории Китайской Народной Республики, а именно к договорам о совместных предприятиях между китайскими и иностранными лицами, о совместных образованиях договорно-правового характера с участием китайских и иностранных предприятий, а также к договорам о кооперации в совместных разработках и эксплуатации полезных ископаемых с иностранным и китайским участием» (ст. 5)¹⁴³. Другой пример: «При совершении сделок иностранное юридическое лицо не может ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя, не известное праву страны, в которой орган или представитель иностранного юридического лица совершает сделку» (п. 2 ст. 161 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.).

Юридический характер как таковой императивных норм не вызывает сложностей в понимании. Однако поскольку в международном частном праве категория императивных норм связана не только с материально-правовыми, но прежде всего с коллизионными нормами отечественного и иностранного права, ее важность для данной области не просто велика, но, кроме того, имеет свою специфику. Указанная разновидность императивных норм — коллизионных — представляет собой мало исследованную правовую область в современной научной литературе.

Изучение же этого вопроса, в частности, применительно к национальному законодательству того или иного государства в аспекте международного частного права приобретает в настоящее время все большее значение ввиду глубокой связанности национального и международного элементов правового регулирования отношений гражданского и торгового оборота, лежащих в международной сфере. Следует указать, что императивные нормы как отдельная составляющая международного частного права не подверглись крупномасштабному исследованию в специальных публикациях советских, а затем российских авторов (одной из работ,

¹⁴² См., например: Энциклопедический юридический словарь. 2-е изд. М., 1998. С. 196.

¹⁴³ Foreign Economic Relations and Technical Co-operation.» Р., «Fa-Lu», 1990. Р. 484.

непосредственно посвященных императивным нормам, стала статья О.Н. Садикова «Императивные нормы в международном частном праве» в «Московском журнале международного права»¹⁴⁴).

Особенную сложность этой проблемы рождает действие отечественной коллизионной нормы и, как следствие, необходимость решения вопроса о применении или неприменении на ее основе иностранного права. Традиционная оценка юридического значения императивных норм с точки зрения международного частного права долгое время сводилась к общему правилу о том, что «подчинение отношения с иностранным элементом иностранному праву в силу коллизионной нормы или соглашения сторон... устраняет применение к этому отношению не только диспозитивных, но и императивных норм отечественного правопорядка»¹⁴⁵. При этом необходимо оговориться, что принятый во всем мире «классический» ограничитель иностранного права, каким является оговорка о публичном порядке, стоит за рамками понятия императивных норм в данном контексте, хотя фактически и формулируется как норма строго юридически обязательная, т.е. императивная, без каких-либо исключений.

Одним из общих выводов науки международного частного права в этом плане на относительно недавнем этапе ее развития была констатация, что «запретительные правила отстраненного сторонами правопорядка не должны приниматься во внимание, поскольку это не противоречит публичному порядку. Это находится в соответствии с победой принципа первичной автономии воли сторон и с тем, что, по-видимому, принцип полной свободы сторон в выборе права, регулирующего их договор, начинает завоевывать господство»¹⁴⁶. Близкий взгляд на рассматриваемый предмет был выражен, как было показано выше, и в советской доктрине международного частного права ее авторитетом Л.А. Лунцем, который подчеркивал, что «выбор закона сторонами касается лишь вопросов... обязательственного статута, такой выбор не может определять вопросы право-, дееспособности сторон, формы сделки, ее вещно-правовых последствий. Автономия воли относится только к обязательственному статуту»¹⁴⁷. С другой стороны, им же подмечено, что «есть целый ряд материальных норм, действие которых не может быть устранено или ограничено коллизионной привязкой данного отношения к иностранному закону».¹⁴⁸ К числу подобных материальных норм отнесены положения о национальном режиме для иностранцев, о правах иностранных организаций на совершение сделок в СССР, о неприменении исковой давности к некоторым требованиям и т.д. Эти нормы, по мнению Л.А. Лунца, «сильнее» императивных норм в обычном смысле слова: они применяются независимо от того, подчинено данное отношение советскому или иностранному праву»¹⁴⁹. В частности, в рамках действующего в настоящее время в Российской Федерации коллизионного права обращают на себя внимание следующие императивные предписания Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.: «Форма внешнеэкономических сделок, совершаемых советскими юридическими лицами и гражданами, независимо от места совершения этих сделок определяется законодательством Союза ССР» (п. 1 ст. 165); «I. Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее постоянное место жительства... 3. Наследование строений и другого недвижимого имущества, находящегося в СССР, а также прав на это имущество определяется по советскому праву» (ст. 169).

Ученые, исследовавшие эту проблему, задавались вполне естественным вопросом — так что же делает названные нормы юридически более сильными? В этом смысле предлагались внешне

¹⁴⁴ См.: Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве//Московский журнал международного права. 1992. № 2. С. 71—84; см. также: Международное частное право. Современные проблемы. М., 1994. С. 286—290.

¹⁴⁵ Лунц Л.А. Курс международного частного права. М., 1973. С. 244, 329; Садиков О.Н. Указ. соч. С. 72.

¹⁴⁶ Раане Л. Международное частное право. С. 434.

¹⁴⁷ Лунц Л.А. Указ соч. С. 329 и 244.

¹⁴⁸ Там же.

¹⁴⁹ Там же.

разные, но по сути сходные ответы: такие нормы можно считать нормами публичного порядка в «позитивном» значении этого слова или полагать их стоящими «вне» коллизионного права, вследствие чего при их применении коллизионный вопрос вообще не возникает¹⁵⁰. В данном случае следует согласиться с О.Н. Садиковым, который справедливо подверг критике подобные аргументы прежде всего в силу их непоследовательности и неубедительности (например, отсутствия критерия для определения круга такого рода императивных норм, исключения традиционных для регулирования частноправовых (гражданско-правовых) отношений норм из сферы коллизионного права, к которым относятся нормы о сделках, давности и др., а также расширение сферы публичного порядка за счет слишком общего его понимания, что противоречит сути этого института, и др.).

В предлагаемом проекте третьей части ГК РФ новейшем регулировании, относящемся к области международного частного права, проблеме императивных норм уделено особое место — ей посвящена отдельная статья. В ней говорится, что «правила настоящего раздела не затрагивают действия тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самой норме или ввиду их особого значения для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права» (ст. 1229)¹⁵¹. Как видно, ряд неясностей, которые диктовали озабоченность специалистов по поводу понимания анализируемой категории коллизионных норм и теоретического осмысления надлежащего подхода к их содержанию, объему, сфере действия, юридическим последствиям и т.д., получили уточнение в законодательной форме. Вместе с тем по некоторым моментам приведенное решение нельзя назвать безупречным. Это касается прежде всего отсутствия конкретизации применимого права. «Подлежащее применению право» — понятие, как было показано выше, *не* однородное и *не* всеобъемлющее. В формулу определения круга императивных норм законодательства Российской Федерации, которые действуют помимо подлежащего применению иностранного права, следовало бы ввести указание на то, что имеются в виду нормы, регулирующие соответствующие отношения независимо от права, подлежащего применению *к их существу*, так как, скажем, действием таких норм не может затрагиваться вся амплитуда всех граней гражданско-правового отношения: императивные положения, касающиеся право- и дееспособности стороны, не препятствуют применению иностранного права, выбранного самими субъектами отношения, к основному его содержанию; императивные предписания, регулирующие форму сделки, не устраняют обязательственный ее статут и т.п. Кроме того, вызывает также упрек и отсутствие четкости в таком критерии, предполагаемом для нормативного закрепления в данном случае, как «обеспечение прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота». В действительности поиски на его основе и отграничение соответствующих норм от других может составить отдельную проблему.

Очевидно, что, говоря об устранении из сферы правового регулирования данного отношения национальных норм соответствующего государства, в том числе и императивных, посредством выбора права в силу соглашения сторон или действия коллизионной нормы, следует исходить прежде всего из того, что в МЧП существуют различные категории императивных норм. По этому поводу в трудах по международному частному праву высказывались суждения определенного толка. Например, Л. Раапе предлагал учитывать обойденный сторонами правопорядок, т.е. привлекать к делу «принудительные нормы» последнего, но, с другой стороны, тот же самый автор ставил вопрос о важности обойденных норм. «Бесспорно, существуют случаи, когда определенные принудительные нормы исключенного сторонами правопорядка заслуживают быть принятыми во внимание... Среди принудительных норм, имеются более важные и менее важные...»¹⁵². В этом отношении могло бы помочь деление норм рассматриваемого порядка на нормы различных градаций (в зависимости от характера их *юридической обязательности*) —

¹⁵⁰ Подробнее об этом см.: Садиков О.Н. Указ. соч. С. 75—76.

¹⁵¹ Российская газета. 1996. 30 ноября.

¹⁵² Л. Раапе. Указ. соч. С. 431.

нормы абсолютно-императивные и относительно-императивные (см. в этой связи, например, классификацию императивных норм, предложенную применительно к нормам Общих условий поставок СЭВ¹⁵³).

Ввиду значимости для отечественного правопорядка внесения в готовящийся раздел Гражданского кодекса РФ упомянутых постановлений, связанных с соотношением иностранного права как применимого к конкретному отношению в каждом данном случае и императивных норм отечественного (т.е. российского) правопорядка, необходимо остановиться на этом особо. Еще в 1964 г. в Гагской конвенции о Единообразном законе о международной купле-продаже товаров (Конвенции ЮЛИС — Uniform Law on International Sale (ULIS) предусматривалось следующее: «Настоящий закон применяется также тогда, когда стороны избрали его как закон договора, независимо от того, имеют ли стороны свои предприятия или свое постоянное местопребывание на территориях разных государств и являются ли эти государства участниками Гагской конвенции от 1 июля 1964 г., в той мере, в какой названный закон не наносит ущерба императивным положениям, которые подлежали бы применению, если бы стороны не избрали единообразный закон» (ст. 4 Единообразного закона). В дальнейшем указанный подход был зафиксирован в ст. 7 Римской конвенции о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам, заключенной в 1980 г. странами ЕЭС. В силу важности положений этой статьи Конвенции, оказавшей влияние на последующее национально-правовое регулирование в данном вопросе ряда входящих в ЕС государств, представляется необходимым привести их текст полностью: «Императивные нормы. 1. При применении в соответствии с настоящей Конвенцией права страны могут быть применены императивные нормы другой страны, с которой отношение имеет тесную связь, если и поскольку согласно праву этой последней страны такие нормы должны применяться независимо от права, применимого к договору. Решая вопрос о применении таких императивных норм, необходимо учитывать их природу и назначение, а также последствия их применения или неприменения. 2. Ничто в настоящей Конвенции не ограничивает применение норм права страны суда в случаях, когда они являются императивными независимо от права, применимого к договору».

Таким образом, тенденции развития международного частного права на современном этапе очерчиваются достаточно четко в направлении ограничения автономии воли сторон за счет большего обращения к императивным нормам национального и иностранного правопорядков, при сохранении действительности и другой категории императивных норм — конституирующих оговорку о публичном порядке. Определение в законодательстве круга норм первой из упомянутых групп пока не сопровождается формулированием исчерпывающих критериев.

Диспозитивные нормы. Диспозитивными нормами в праве вообще, в том числе и в международном частном праве, именуется нормы, предоставляющие возможность отступить от правила, содержащегося в ней. В области коллизионных норм МЧП выбор права, помимо общего предписания, стороны (правоприменительный орган) могут осуществлять, руководствуясь иным правилом, нежели то, которое установлено в содержании нормы общим порядком. Примером диспозитивной нормы служит соответствующее положение Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. стран СНГ: «Права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места ее совершения, если иное не предусмотрено соглашением сторон» (ст. 41). Сравним это предписание с нормой иного характера той же Конвенции: «форма сделки определяется по законодательству места ее совершения» (ст. 39).

Следовательно, одним из важных признаков квалификации нормы в качестве диспозитивной является возможность замены предписания, выраженного в основном правиле, другим образцом поведения, которое чаще всего сопряжено с наличием *автономии воли сторон* (см. об этом далее, в главе 21) — свободы усмотрения в части выбора применимого к отношению права. Так, в

¹⁵³ См.: Розенберг М.Г. Проблемы правового регулирования внешнеторговой поставки товаров между организациями стран—членов СЭВ. Автореф. на соискание ученой степени д-ра юрид. наук. М., 1984. С. 13.

соответствии с Законом Украины о внешнеэкономической деятельности от 16 апреля 1991 г. «права и обязанности сторон внешнеэкономического соглашения определяются правом места его заключения, если стороны не согласовали иное... Права и обязанности сторон внешнеэкономических договоров (контрактов) определяются правом страны, избранной сторонами при заключении договора (контракта) или в результате дальнейшего согласования» (ст. 6).

Альтернативные нормы. Альтернативные нормы — явление относительно недавнее в международном частном праве. Оно связано преимущественно с тем, что по мере расширения и интенсификации международных обменов по необычайно широкому спектру их направлений в последнее время развитие этой правовой области происходит за счет усложнения конструкций, используемых в коллизионно-правовом регулировании, прежде всего путем дифференциации объемов и привязок, используемых в коллизионных нормах, на основе учета специфики и разнообразия регулируемых отношений. Об указанном свидетельствует сравнительный анализ объективного нормативного материала, относящегося к различным странам. В частности, при обращении к «старым» кодификациям международного частного права, существующим достаточно длительное время, к каковым, бесспорно, относится, скажем, японский Закон о праве, касающемся применения законов вообще, 1898 г. (поправки, внесенные в него на современном этапе, не затронули его основных характеристик), нельзя не заметить лапидарности формулировок коллизионных норм в акте в целом, главным концептуальным и структурным стержнем которого выступает принцип: в одном положении — один объем и одна привязка, т.е. одна коллизионная норма.

Совершенно иным образом обстоят дела в кодификациях настоящего этапа. Например, в швейцарском Законе о международном частном праве от 18 декабря 1987 г. мы встречаем весьма непростые положения, относящиеся к коллизионному регулированию: «Вместо предусмотренного настоящим Законом права, могут приниматься во внимание другие положения другого права, которые должны применяться в императивном порядке, если этого согласно швейцарской доктрине требуют интересы стороны, и существо дела находится в тесной взаимосвязи с таким правом» (ст. 19). Приведенная иллюстрация, свидетельствующая об изменениях в формах выражения диспозитивных норм, кроме того, должна быть принята во внимание и с точки зрения вышеизложенных проблем, связанных с императивными нормами в международном частном праве.

Что же касается альтернативных коллизионных норм, то, формулируя общий подход к их обозначению, можно отметить, что это — нормы, содержащие несколько правил отыскания применимого к данному отношению права. Такие нормы, во-первых, дают возможность выбора соответствующего правопорядка с учетом условий и круга очерченного в объеме нормы отношений, и во-вторых, *eo ipso* (т.е. в силу самого этого факта) не являются императивными. Иными словами, по характеру юридической обязательности в части соблюдения предписаний, имеющих в норме, они, по существу, должны быть отнесены к разряду диспозитивных.

Однако в результате того, что имеет место безусловная специфика в форме выражения коллизионной привязки, подобного рода нормы выделяются в отдельную группу. Обратимся, например, к достаточно недавней кодификации норм МЧП, проведенной в Монголии. В ч. 7 ее Гражданского кодекса (гл. 58), посвященной международному частному праву, в частности, существует ныне несколько альтернативных норм: так, в области регулирования прав собственности устанавливается, что «права собственника в случае предъявления им требований о защите его вещных прав определяются по выбору лица по праву государства, в котором имущество находится, или по праву страны, в реестр которой внесено имущество, либо по праву того государства, в судебное учреждение которого заявлено требование» (п. 5 ст. 432); в части осуществления защиты неимущественных личных прав лица допускается применение по его выбору закона государства, «в котором имело место действие или иное основание, послужившее причиной возникновения требования, либо в котором истец имеет свое постоянное место жительства или ведения основной деятельности» (ст. 431). В Гражданском кодексе Вьетнама, принятом в 1995 г., в соответствующих положениях, содержащих коллизионные нормы, также

представлена рассматриваемая разновидность норм МЧП: «возмещение за причинение вреда вне договора определяется по праву страны, где имело место действие причинения вреда или где имело место возникновение практических последствий причинения вреда» (п. 1 ст. 835)¹⁵⁴.

Следовательно, все вышеприведенные примеры с достаточной мерой убедительности свидетельствуют о том, что альтернативные нормы конструируются преимущественно с помощью введения в их привязку нескольких коллизионных формул прикрепления, в результате чего и осуществляется выбор подлежащего применению права. Сформулированные альтернативно и действующие таким образом коллизионные принципы, содержащиеся в норме, обеспечивают большую гибкость использования коллизионных норм для целей адекватного правового регулирования соответствующих общественных отношений международного характера и отыскания тем самым надлежащего правопорядка.

Общие (генеральные) и специальные (вспомогательные, или субсидиарные) коллизионные нормы. Дифференцированность и гибкость правового регулирования, осуществляемого с помощью коллизионных норм, могут быть достигнуты в современном международном частном праве различными средствами. Одним из путей выступает разработка разветвленной совокупности (системы) коллизионных правил, которые вбирают в себя специфику фактических составов и разнообразие подлежащих регулированию отношений, учитывают отдельные их особенности и реагируют на указанное, формулируя необходимые правила поведения. При анализе систем МЧП различных государств нетрудно заметить что в сегодняшнем мире коллизионные нормы выстраиваются в определенные иерархические ряды (цепочки), в рамках которых имеются нормы общего характера (общие нормы), а также предписания, вступающие в действие в особо оговоренных ситуациях (специальные нормы); существуют правила основные и такие, которые применяются только после того, как установлено, что главная норма не может быть применена (основные и субсидиарные, т.е. вспомогательные, нормы).

Наиболее часто встречается и является общераспространенной ситуацией в коллизионном регулировании соединение так называемых «парных» норм: общей и специальной. Причем, как правило, такие пары образуются из двусторонней и односторонней коллизионных норм. Например, гражданская дееспособность физического лица определяется по его личному закону: иностранного гражданина — по закону гражданства (либо domicilia), лица без гражданства — по праву страны, в которой это лицо имеет постоянное местожительство. Таков подход, существующий ныне в праве весьма многих государств, в том числе и Российской Федерации (ст. 160 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г.), что составляет основное, или общее, правило, сформулированное двусторонней коллизионной нормой. В то же время территориальный закон отводит особое место отдельной категории отношений, когда гражданская дееспособность определяется иначе, т.е. на основании другого правопорядка, если рассматриваемое отношение связано с данным государством. В подобном случае мы имеем дело со специальной коллизионной нормой, которая применяется только в исключительных обстоятельствах. Примером такого рода служат нормы п. 4 ст. 160 Основ: «Гражданская дееспособность иностранных граждан и лиц без гражданства в отношении сделок, совершаемых в СССР, и обязательств, возникающих вследствие причинения вреда в СССР, определяется по советскому праву». Как видно, в итоге действие специальной нормы устраняет действие общего коллизионного правила. Помимо этого, если общее правило установлено двусторонней коллизионной нормой, то специальное предписание преимущественно оформляется односторонней нормой. В этом контексте специальная норма всегда является исключением из сферы действия основного (общего характера) предписания.

Но поскольку фактические отношения могут сопровождаться достаточно большими отличиями, детализация регулирования может быть осуществлена с помощью специальных норм, точнее, их конкретизации. В этом плане весьма любопытный образец представляет собой регламентация, содержащаяся в японском Законе о праве, касающемся применения законов вообще 1898 г.,

¹⁵⁴ Международное частное право. Действующие нормативные акты. Учебное пособие. М., 1997. С. 146.

законодатель устанавливает общую (генеральную) норму в целях решения вопроса о праве, которому подчиняется определение гражданской дееспособности физических лиц, — это закон страны гражданства (по терминологии японского Закона — «родной страны»). Далее в акте указывается, что «в случае, если иностранец, который является лицом, обладающим полной дееспособностью согласно японскому праву, даже если он не полностью дееспособен по закону своего государства, совершает юридический акт в Японии, он будет рассматриваться в качестве лица, полностью дееспособного, несмотря на положения предыдущего пункта». Это составляет специальную норму, в свою очередь имеющую более или менее общее значение. В то же время, если речь идет о таких действиях, которые должны быть совершены на основании Закона о родстве или Закона о правопреемстве (наследовании), или касаются недвижимостей, расположенных за границей, положения предыдущего раздела не применяются (ст. 3). Последнее из приведенных правил образует еще одну специальную норму, последовательно подчиненную первым двум предписаниям.

Национальные и международные коллизионные нормы. С точки зрения правовой природы коллизионные нормы могут быть *национальными*, т.е. созданными в рамках автономного правотворчества конкретным государством, и *международными (договорными)*, т.е. возникшими из международно-правового соглашения, *унифицированными*. В большинстве случаев государства самостоятельно разрабатывают массив коллизионных норм. Однако в современный период все большее значение приобретает развитие коллизионно-правового регулирования с помощью международно-правовых средств, преимущественно в договорном порядке. Создание несколькими государствами единообразных коллизионных и иных норм МЧП путем разработки и заключения соответствующих международных договоров получило название унификации национально-правовых норм.

В современной практике МЧП, как отмечалось ранее, наблюдается усложнение характера и структуры коллизионных норм прежде всего за счет большей спецификации оснований для привязки отношения к тому или иному правопорядку. Если в предшествующие времена выбор права состоял, по существу, в альтернативе между персональным и территориальным началом, то ныне он существенно раздвинул свои границы. В частности, значительное развитие в последнее время получили альтернативные коллизионные привязки, обеспечивающие большую гибкость регулирования и предоставляющие большой диапазон выбора сторонам (участникам) правоотношения, а в необходимых случаях также и правоприменительным органам. Возрастающую роль сегодня играют и другие явления, связанные с коллизионно-правовым регулированием. На национально-правовом и международно-правовом уровнях активно используется такое средство регулирования отношений, характеризующихся проявлением юридической связи с правопорядками различных государств, как «кумуляция коллизионных привязок», т.е. объединение, комбинирование в одной привязке двух или более признаков, в результате чего осуществляется отсылка правоотношения не к одному, а к нескольким правопорядкам одновременно. В частности, это явление весьма распространено в коллизионном регулировании брачных отношений. Так, ст. 26 многосторонней Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам стран СНГ от 22 января 1993 г., ряд двусторонних договоров Российской Федерации, заключенных с иностранными государствами в данной области, а также ст. 156 Семейного кодекса РФ устанавливают необходимость, во-первых, подчинения института заключения брака законодательству, тех государств, гражданами или домицилиантами которых (в случаях отсутствия гражданства) являются будущие супруги, а во-вторых, соблюдения требований законодательства того договаривающегося государства, на территории которого заключается брак, в том, что касается препятствий к его заключению.

§ 6. Коллизионное право: особенности и направления регулирования

Совокупность коллизионных норм каждого конкретного государства представляет собой его коллизионное право. В этом смысле коллизионное право носит национальный характер. Говорят о

коллизиином праве, например, Великобритании, России, США, Германии, Швейцарии, Венгрии, Китая и т.д. С коллизииного права, по существу, и начиналось МЧП вообще. Недаром МЧП до относительно недавнего времени ассоциировалось только с коллизиинными нормами даже на континенте. Например, российский ученый конца XIX — начала XX в. М.И. Брун, характеризуя международное частное право, отмечает, что термин «международное частное право» конкурирует с другими: «учение о коллизии или конфликте законов», «учение о территориальных границах законов». Он, в частности, пишет, что МЧП — «это совокупность правил, определяющих законы какого государства должны нормировать частное юридическое отношение, в котором участвуют иностранцы или которое возникло за границей».

Источники коллизииного права могут быть выражены в самых различных формах, свойственных праву вообще. В подавляющем большинстве случаев коллизииное право представлено актами так называемого писаного права — законами и подзаконными актами, а также международными договорами. Наряду с этим нормы коллизиино-правового регулирования в соответствующих странах содержатся и в судебных решениях — прецедентах, а также обычаях.

В ряде стран коллизииное право кодифицировано. В одних случаях это всеобъемлющие кодификации в рамках международного частного права как такового (Германия, Австрия, Швейцария, Венгрия, Польша, Чехия, Югославия, Япония, Турция и др). В других — частичная кодификация норм, относящихся к отдельным подотраслям или институтам МЧП. В Российской Федерации осуществлена кодификация общих норм МЧП в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (разд. VII), а также институтов семейного, гражданского и торгового права в Семейном кодексе РФ 1995 г., Кодексе торгового мореплавания РФ 1999 г., Воздушном кодексе 1997 г., Федеральном законе о государственном регулировании внешнеторговой деятельности 1995 г. и т.д. В Монголии — в особом разделе, посвященном международному частному праву, Гражданского кодекса 1994 г., в СРВ — в специальном разделе Гражданского Кодекса 1995 г. и в Торговом кодексе 1997 г.

Примером самой крупной в мире кодификации коллизиинных норм служит известный Кодекс Бустаманте 1928 г., который содержит коллизиинные нормы практически всех важнейших областей международного частного права, существовавших на момент создания акта.

Особенностью современного правового регулирования стало усложнение структуры коллизиинных норм. Последнее выражается, во-первых, в появлении новых коллизиинных принципов, которые не имеют однозначной трактовки своего содержания, как, например, привязка к закону, с которым отношение «связано наиболее тесным образом»; во-вторых, в том, что в достаточно широком масштабе в коллизиинных нормах используется ныне такое средство, как «множественность коллизиинных привязок», породившее весьма характерное явление «кумуляции (объединения, совокупности коллизиинных форм прикрепления) коллизиинных привязок», т.е. привязку регулируемого отношения не к одному, а сразу к двум или более правопорядкам, типичную в области брачно-семейных отношений. Именно этот момент выступает, с нашей точки зрения, ключевым для решения вопроса о «регулятивной» или «технической», «решающей» или «отсылочной» функции коллизиинной нормы, поскольку при кумуляции коллизиинных привязок просто отсылка, если считать, что лишь она свойственна коллизиинной норме, невозможна даже чисто «технически» из-за множественности правовых систем, призываемых к регулированию, — необходимо «решать» проблему по существу и отыскивать надлежащие правопорядки. Например, п. 1 ст. 13 японского Закона «О праве, касающемся применения законов вообще» указывает, что действительность брака для лиц, вступающих в брак, будет подчиняться закону страны гражданства каждого из них»¹⁵⁵.

Коллизия коллизий. Еще одним явлением, весьма часто встречающимся в практике международных отношений гражданско-правового характера, которое сопровождает коллизиинный метод регулирования, выступает «коллизия коллизий»¹⁵⁶. Расхождения в материальном праве различных государств обуславливают *коллизиию права*, выражающуюся в том,

¹⁵⁵ См.: EHS Law Bulletin Series. EHS Vol. AB-AT. № 1001.

¹⁵⁶ См. также гл. 12.

что одним и тем же фактическим составам могут быть даны различные юридические оценки, поскольку речь идет о несовпадающих в своем содержании определенных национальных материально-правовых нормах. Различия же в коллизионных нормах порождают как бы двойное расхождение — коллизию коллизий. Таким образом, коллизия коллизий — это явление столкновения между коллизионными нормами различных государств, заключающегося в несовпадении используемых ими (точнее, коллизионными привязками) формул прикрепления, иначе, коллизионных принципов. В результате этого явления имеют место так называемые *хромающие отношения*, т.е. действительные, имеющие юридическое значение согласно правопорядку одних государств, и недействительные, неправомерные, не имеющие юридической силы — по праву других государств. Устранение коллизии коллизий возможно благодаря унификации коллизионных норм в широком международном масштабе или на уровне двусторонних межгосударственных договорно-правовых отношений.

В рамках рассматриваемого явления различают положительные и отрицательные коллизии. Если в конкретной ситуации в результате указанного несовпадения коллизионных привязок два или более правопорядка претендуют на регулирование данного отношения, имеет место положительная коллизия. Случай противоположного характера, т.е. когда ни один из рассматриваемых правопорядков не объявляет себя компетентным в силу содержания и действия соответствующих национальных коллизионных норм, могущих быть примененными для регулирования имеющегося отношения, квалифицируется как отрицательная коллизия. Необходимой иллюстрацией в этом плане служит сопоставление коллизионных норм, регламентирующих личные права (статус) физического лица соответственно Великобритании и Франции. Указанное будет подчиняться, по праву Великобритании, закону того государства, где домицилировано лицо, а по правопорядку Франции — закону того государства, гражданином которого оно является. Так, в отношении регулирования личного статуса французского гражданина, домицилированного в Англии, будут объявлять себя компетентным и закон Великобритании, и закон Франции. Это — положительная коллизия. В то же время англичанин, постоянно проживающий во Франции, не получит ответа на какие-либо вопросы, связанные с его личными правами, поскольку по английскому закону это должен определять французский правопорядок как закон страны домицилия данного лица, а закон Франции будет подчинять регулирование закону гражданства (подданства), — т.е. английскому праву. Указанное составит отрицательную коллизию. Подобные явления рождают в практике международного частного права «*хромающие отношения*».

В рамках рассматриваемого явления коллизии коллизий, как показано в примере, существует и другой негативный фактор, сопровождающий реализацию коллизионно-правового метода регулирования отношений в МЧП, — *обратная отсылка и отсылка к закону третьего государства* (см. об этом в главе 12).

В силу указывавшихся дифференциации и усложнения коллизионного регулирования законодательные акты, располагая соответствующими иерархически выстроенными системами норм, устанавливают очередность обращения к соответствующим образцам поведения, вследствие чего юридические конструкции, имеющиеся в последовательно зафиксированных решениях, которые были заложены в содержание норм, реализуются в практическом плане в самих отношениях субъектов хозяйственного и гражданского оборота. В конечном итоге и это служит достижению необходимого правового эффекта.

В новейшей литературе по МЧП при анализе коллизионного права отмечается такое явление, как *сочетание коллизионных норм*. В.П. Звеков полагает, что оно вызвано необходимостью «дифференциации объема коллизионной нормы с целью принятия справедливых, соответствующих разнообразным ситуациям решений, выделения отношений, отличающихся спецификой фактического состава, требующих специальных оснований для определения применимого права»¹⁵⁷. Одним из частных случаев сочетания служат рассмотренные выше парные нормы: общая норма плюс изъятие, хотя и не исчерпывают ситуацию полностью. Нередко

¹⁵⁷ Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 120.

коллизийные нормы относятся к разным сферам однородных отношений и лишь взятые вместе, они охватывают весь объем таких отношений¹⁵⁸.

По мнению некоторых авторов, деление коллизийных норм на генеральные (основные) и субсидиарные (вспомогательные, или дополнительные) связано с нормативной конкретизацией¹⁵⁹. В тех случаях, когда главное правило, закрепленное в норме, не может в силу каких-либо причин быть использовано или является недостаточным, но имеется еще одно или несколько других предписаний, близких по своему существу к основному, выбор применимого права осуществляется на основании последнего (или последних). Нередко такие правила существуют не изолированно друг от друга, а в соподчинении — при невозможности применения одного следует обратиться к другому, при невозможности и этого — должна быть применена следующая соответствующая формула и т.д. Так, в Законе о международном частном праве и процессе Чехии в области регламентации трудовых отношений существуют необходимые предписания в следующей последовательности: «Отношения, вытекающие из трудового договора, регулируются — если стороны не договорятся иначе, — правом места выполнения работы работником. Если работник выполняет работу в одном государстве на основании трудового отношения с организацией, которая находится в другом государстве, решающим является право места нахождения организации, если речь не идет о лице, которое живет в государстве, где имело место выполнение работы» (§ 16). Указанное означает, что главным правилом (генеральной нормой) является положение, устанавливающее возможность выбора сторонами применимого к трудовому отношению права, «если стороны не договорятся иначе». Оно представляет собой общее правило, применяемое в первую очередь. Если договоренности сторон о применимом праве не имеется, тогда следует обратиться к закону страны, на территории которой выполняется работа. Это будет составлять общее правило как бы «второй очереди».

В тех же случаях, когда работа выполняется работником не в пределах того государства, в котором находится организация, заключающая с работником трудовой договор, применимым к таким отношениям правом будет выступать право государства местонахождения организации. Данная норма является предписанием общего характера (основной нормой), рассчитанной на вышеуказанный фактический состав трудового отношения. Специальным же правилом в ситуации, когда выполнение работы происходит в одном государстве, организация, нанимающая его, располагается в другой стране, однако работник проживает в месте выполнения работы, служит положение о неприменении в качестве решающего правопорядка закона государства местонахождения организации.

Нередко в национальных кодификациях международного частного права устанавливается соответствующая иерархия коллизийных правил («цепочки» коллизийных норм, как называют их Г.К. Дмитриева, «объединения» или «ассоциации», как именует их В.П. Звекон) в целях более упорядоченного их применения и в конечном итоге более совершенного, целесообразного с точки зрения разных фактических составов, правового регулирования определенных отношений. В частности, венгерский Закон о международном частном праве 1979 г. содержит следующую иерархию коллизийных предписаний, в том, что касается, например, личного закона физического лица: «(1) Личный закон человека — это закон того государства, гражданином которого он является... (2) Если лицо имеет несколько гражданств и одно из них венгерское, то его личным законом является венгерский закон. (3) Личным законом лица, которое имеет несколько гражданств и ни одно из них не является венгерским гражданством, а также лица без гражданства является закон государства, на территории которого они имеют место жительства, а если имеют место жительства и в Венгрии, то венгерский закон. Личным законом лица, имеющего за границей несколько местожительств, является закон государства, с которым оно связано наиболее тесным образом» (§ 11).

В новейших работах по этому поводу справедливо подчеркивается, что в отдельных сферах

¹⁵⁸ См. там же. С. 121.

¹⁵⁹ См.: Международное частное право. Учебное пособие. Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 1993. С. 55.

регулируемые гражданско-правовые отношения подобны «системным образованиям» коллизионных норм приходят на смену обособленным коллизионным правилам и «действуют как единый механизм, элементы которого взаимосвязаны и взаимообусловлены. Для таких образований характерны: общее (генеральное) правило и многочисленные исключения из него, в свою очередь разветвляющиеся по направлениям; обращение к суб-сидиарным привязкам, их дифференциация; определение общих принципов, которым должны соответствовать привязки-исключения и субсидиарные привязки»¹⁶⁰.

Контрольные вопросы:

1. Понятие коллизионной нормы.
2. Каков механизм действия коллизионной нормы?
3. Какова структура коллизионной нормы?
4. Какова классификация и виды коллизионных норм в зависимости от различных критериев?
5. Какими функциями обладают коллизионные нормы?
6. Что такое множественность, расщепление, кумуляция коллизионных привязок?
7. Что понимается под «цепочками» коллизионных норм?
8. Основные коллизионные формулы прикрепления.
9. Что означает понятие «коллизии коллизий»?
10. Каково содержание понятия «коллизионное право»?

¹⁶⁰ Звеков В.П. Указ соч. С. 121—122.

Глава 12. Действие и толкование коллизионной нормы

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 40—65; *Л. Раане.* Международное частное право. М., 1960. С. 67—89, 95—128, 135—145; *Рубанов А.А.* Применение советских законов о наследовании в международном частном праве//Очерки международного частного права. М., 1962. С. 137—152; *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970. С. 243—329; *Луниц Л.А.* К вопросу о «квалификации» в международном частном праве//Советский ежегодник международного права. 1979. М., 1980. С. 212—219; *Гольская Д.Х.* Правовые проблемы сотрудничества социалистических и капиталистических стран в делах о наследовании. М., 1980; *Чешир П., Норт Дж.* Международное частное право. М., 1982. С. 157—190; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 48—121; *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве//Московский журнал международного права. 1992, № 2; *Розенберг М.Г.* О применимом праве//Вестник ВАС РФ. 1995, № 9; *Монастырский Ю.Э.* Пределы применения иностранных законов в целях правосудия по международным спорам//Московский журнал международного права. 1996, № 4; *Монастырский Ю.Э.* Понятие «ordre public» в МЧП//Российский ежегодник международного права 1996—1997. СПб., 1998; *Муранов А.И.* К вопросу об обходе закона//Московский журнал международного права. 1997, № 3; *Богуславский М.М.* Международное частное право: Учебник. М., 1998. С. 88—97; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 127—162.

§ 1. Оговорка о публичном порядке

Если коллизионная норма отсылает к правопорядку другого государства, то закономерным образом встает вопрос об абсолютности или относительности ее действия, т.е. о том, существуют ли какие-либо ограничения в этом плане. В национальном праве практически всех государств без исключения используется такой «естественный» ограничитель применения иностранного правопорядка, а следовательно, действия отечественной коллизионной нормы, который именуется публичным порядком (*ordre public*, *public policy*, *orden público*, *Ofientliche Ordnung*). Доктрина публичного порядка связывается в юридической литературе прежде всего с континентальной системой права (Чешир, Норт), хотя в сущностном отношении и более широком его понимании этот институт известен еще со времен постгlossаторов (XIV в.), когда для объяснения причин неприменения иностранного права использовалась категория противоречия «добрым нравам», «морали» и т.д. В Англии предпочтение отдавалось идее противопоставления «отличительных целей английского права» и иностранного права, а в области принудительного осуществления или исполнения — любого иностранного закона, имеющего «карательный» характер.

Однако в строго юридическом смысле концепция публичного порядка действительно сложилась во французском праве, и связывается она прежде всего со ст. 6 Кодекса Наполеона, в которой говорится буквально следующее: «Отдельными соглашениями нельзя исключить действие законов, которые касаются общественного порядка и добрых нравов» («*On ne peut déroger, par les conventions particulières aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs*»). Первоначальный смысл данного положения имел целью установить, что частные соглашения между лицами не могут преодолевать действие некоторых норм внутреннего права, охраняющих интересы всего общества, — относящихся к публичному порядку. Иными словами, нельзя заключить соглашение о том, что незаконнорожденный ребенок будет считаться законнорожденным и наследовать без завещания наравне с законнорожденными детьми, или, если законом предписывается для данного действия строго определенная форма (например, нотариальная), заключить соглашение о действительности действия, совершенного в иной форме (скажем, в простой письменной форме) и т.д. Сходным образом, в частности, ст. 96, 97 алжирского Гражданского кодекса предусматривают, что договор объявляется ничтожным, если он противоречит публичному праву и добрым нравам в Алжире.

Вначале, таким образом, имелся в виду сугубо внутренний «публичный порядок».

Впоследствии было установлено, что не только частные соглашения, но и иностранные законы, к которым отсылает коллизионная норма, могут устраняться действием определенных норм, имеющих основополагающее значение для общественных интересов. В подобных случаях стали говорить о «международном публичном порядке». В современном праве, кроме «внутреннего публичного порядка» и «международного публичного порядка», встречается также и такая категория, как «публичный порядок сообществ» (сообщества). Сфера применения последнего связана прежде всего с правом ЕС. Осуществление европейской интеграции, повлекшей за собой постановку вопроса и о появлении так называемого права европейских сообществ, привело к выработке общих принципов европейской интеграции и соответственно формулированию европейского «публичного порядка». Национальные суды стран, входящих в ЕС, применяя право ЕС, в случаях, например, признания и исполнения иностранных арбитражных решений непременно исследуют вопрос о том, не расходится ли с публичным порядком передача данного спора на арбитражное разбирательство или не противоречит ли испрашиваемое признание и исполнение конкретного решения публичному порядку сообществ. Попутно заметим, что как данная разновидность публичного порядка, так и международный публичный порядок достаточно часто используются именно в области принудительного исполнения судебных или арбитражных решений иностранных судов и арбитражей (подробнее об этом см. в разделах «Международный коммерческий арбитраж» и «Международный гражданский процесс»).

Анализируя цели, природу и характер формулировок национальных норм различных государств, отвергающих применение иностранного права, даже если к нему отсылает внутренняя коллизионная норма, в силу их расхождения с целями и характером национально-правовых предписаний данного государства следует констатировать, что положения, посвященные «публичному порядку», могут конструироваться по-разному. В частности, если говорить о французском праве, с которого принято вести отсчет современного института *ordre public*, то в нем закреплена так называемая позитивная концепция: именно *особые свойства* французского правопорядка не дают возможности применить право иностранного государства. Негативная же конструкция публичного порядка обуславливает неприменение иностранного права в силу таких его качеств, которые несовместимы с данным правом конкретного государства. Например, ст. 33 Закона о праве, касающемся применения законов 1898 г., Японии гласит: «В случаях, если должно применяться право иностранного государства, положения которого противоречат публичному порядку или добрым нравам, такие положения не применяются». В данной норме выражена негативная концепция публичного порядка. Вместе с тем в ней весьма четко прослеживается и другое обстоятельство, немаловажное для правовых квалификаций в связи с публичным порядком. В частности, прямо указывается на то, что речь идет об игнорировании не всего правопорядка иностранного государства, а лишь тех его положений, которые расходятся с «добрыми нравами» и иными общественными ценностями, сформулированными в японском праве. Аналогичные правила содержатся в венгерском Законе о МЧП (ст. 7), ч. 7 «Гражданская правоспособность иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц, а также применение иностранного права и международных договоров» монгольского ГК (ст. 426), ст. 24 алжирского ГК, § 36 Закона о международном частном праве и процессе Чехии, ст. 6 нового Вводного закона ГГУ, ст. 6 польского Закона о международном частном праве, ст. 828 ГК СРВ; ст. 17 Закона о международном частном праве Швейцарии и др. Интересно отметить, что в японском праве оговорка о публичном порядке используется также и в целях ограничения применения обычая: «Обычаи, которые не противоречат публичному порядку, будут иметь такую же юридическую силу, что и закон», (ст. 2 Закона 1898 г.).

Оговорка о публичном порядке занимает значительное место в Кодексе Бустаманте. Наряду с развернутыми квалификациями того, что представляет собой внутренний и международный публичный порядок (ст. 3—5), в нем отдельно трактуется вопрос о признании последствий, возникших на основании норм международного частного права, представленных в Кодексе: «Права, предоставляемые согласно правилам настоящего Кодекса, имеют полное экстерриториальное действие в Договаривающихся государствах, кроме случаев, когда любой из их результатов или последствий противоречит норме международного публичного порядка».

Наиболее полно оговорка о публичном порядке, как представляется, закреплена в праве Китая. Так, помимо ст. 150 Общих принципов гражданского права КНР, которая содержит положение о том, что применение иностранного права и международного обычая не должно нарушать социальные общественные интересы Китайской Народной Республики, аналогичные предписания, отвергающие применение иностранного права, имеются также и в других законодательных актах. В ст. 204 Гражданско-процессуального кодекса закреплено следующее положение в отношении судебного решения или поручения, которое иностранный суд поручил исполнить суду КНР: «Суд признает и исполняет указанное, если он считает, что такое решение или поручение не нарушают основные принципы правопорядка Китайской Народной Республики или либо государственные или общественные интересы Китая». Закон о международных хозяйственных договорах Китая в нескольких статьях обращается к институту публичного порядка: «Договоры должны совершаться... без ущерба для публичных интересов Китайской Народной Республики» (ст. 4); «Контракты, которые нарушают... общественные интересы Китайской Народной Республики, являются ничтожными» (ст. 9). Наконец, в Законе КНР, регулирующем предприятия с иностранными инвестициями, также содержится ряд положений, направленных на установление «публичного порядка»: «Предприятия, полностью принадлежащие иностранному капиталу... не должны совершать никаких действий, ущемляющих государственные интересы Китая» [ст. 4(2)]. В дополнение к этому специальный акт — Положение о регулировании хозяйственных договоров с участием иностранных предприятий особой экономической зоны Шеньжень — также устанавливает, что «контракты... которые Наносят ущерб суверенитету и государственным и общественным интересам... ничтожны» [ст. 6 (1)].

В отечественном праве оговорка о публичном порядке присутствует во многих актах: Основах Гражданского Законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (далее — Основы гражданского законодательства 1991 г.) в проекте третьей части ГК РФ, Семейном кодексе 1995 г., Арбитражном процессуальном кодексе 1995 г., Гражданско-процессуальном кодексе РСФСР 1964 г., Кодексе торгового мореплавания 1968 г., Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г. и др. Общие формулировки оговорки о публичном порядке в принципе схожи: «Иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы основам советского правопорядка (публичному порядку)... Отказ в применении иностранного права не может быть основан лишь на отличии политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от политической или экономической системы СССР» (ст. 158 Основ Гражданского Законодательства 1991 г.). Попутно необходимо заметить, что содержание, аналогичное нормам второй части приведенной статьи, свойственно и конструкции публичного порядка венгерского Закона о МЧП. Несколько иначе выражена оговорка о публичном порядке в ГПК РСФСР: «Суды РСФСР исполняют переданные им в установленном порядке поручения иностранных судов о производстве отдельных процессуальных действий (вручение повесток и других документов, допрос сторон и свидетелей, производство экспертизы и осмотра на месте и др.), за исключением случаев, когда исполнение поручения противоречило бы суверенитету СССР или угрожало бы безопасности СССР» (ст. 436).

Рассматриваемая оговорка имела также и в Основах Гражданского Законодательства СССР 1961 г. Однако ее формулировки разительно отличались от позднейших. Так, согласно Основам 1961 г. иностранное право не применялось в случаях, «если его применение противоречило бы основам советского строя» (ст. 128). Как видно, это чрезвычайно широкая формула. Будучи заложенной в прежнее регулирование, она могла бы дать простор ее произвольному толкованию и применению. Тем не менее нужно признать, что за годы ее существования в советском праве случаи обращения к этому институту судов и арбитражей, по свидетельству отечественных авторитетов, весьма редки¹⁶¹.

Юридическим последствием неприменения иностранного права является обращение к нормам отечественного правопорядка. В праве тех государств, которые используют оговорку о публичном порядке в качестве ограничителя действия коллизионной нормы, подобный исход закреплён

¹⁶¹ См.: Луиц Л.А., Марышева Н., Садиков О.Н. Международное частное право. М., 1984. С. 72.

нормативно, т.е. непосредственно в предписаниях действующего права: «Если применение иностранного права противоречит монгольскому праву или международному договору, участницей которого является Монголия, оно не применяется. В этом случае будет применяться монгольское право» (ст. 426 ГК МНР). Таким образом, оговорка о публичном порядке объективно расширяет сферу действия национального права каждого конкретного государства. Недаром английские авторы Л. Чешир и Дж. Норт, подчеркивая неопределенность европейской модели оговорки о публичном порядке и считая последнюю более туманной по содержанию, чем таковая английская, указывали: «Опасность столь неопределенно сформулированной доктрины заключается в том, что при ее широком толковании ею может оказаться охваченным множество внутренних норм, и она будет служить слишком легким предлогом для применения *lex fori*, подрывая, таким образом, основную функцию международного частного права»¹⁶².

В этой связи многие другие авторы (Маризель Ляфорс, Даан Доктер, Джерард Мейер, Франк Смили) также призывают к осторожности обращения и использования института публичного порядка, поскольку в этом случае всегда встает проблема заполнения пробела, который закономерно образуется при отказе в применении иностранного права¹⁶³.

Эта проблема весьма серьезна по своей юридической сути. Ведь зачастую (в частности, когда иностранное право применяется в результате того, что к нему отсылает коллизионная норма, а не в силу выбора сторон) в случаях подобного рода, с одной стороны, речь идет об объявлении недействующей собственной коллизионной нормы. С другой стороны, всегда необходимо выяснить, а в чем, собственно, должно быть выражено такое противоречие публичному порядку данной юрисдикции применения иностранного права или исполнения иностранного судебного решения, поручения, арбитражного решения и т.п., т.е. наиболее типичных случаев, когда возникает необходимость обращения к этой категории.

С позиции первого вопроса сама по себе каждая конкретная коллизионная норма представляет (или, по крайней мере, должна представлять) собой результат всесторонне выверенного решения, закрепленного законодателем. Она не продукт случайности или какого-либо совпадения, а носитель аккумулированного учета всех обстоятельств и факторов (см. об этом раздел «Коллизионные нормы»). Вследствие этого игнорирование иностранного права объективно означает непринятие в расчет и тех основных соображений, которые послужили фундаментом при выработке данной нормы. Любое правило поведения, выступая в качестве правовой нормы, — а если речь идет о коллизионной норме, то в особенности, — безусловно, отражает наряду с прочим и политический выбор. В случае с нормами международного частного права он во многом связан именно с политическими аспектами, характеризующими «международность», принципы, действующие в международном сообществе. Цели правового регулирования, а значит, и конструкции норм во внутреннем праве могут довольно существенно различаться с таковыми в международной сфере. Поэтому при обращении к оговорке о публичном порядке как в плане ее формулирования еще на законодательной стадии, так и при непосредственном использовании в случаях правоприменения судами и иными юрисдикционными органами, необходимо иметь в виду весь спектр обстоятельств, целей и последствий — и внутренних, и международно-правовых. Наиболее целесообразным решением, таким образом, в современных условиях, когда отсутствует взаимное *противостояние* друг другу целых групп государств («западных» и «восточных», «красных» и «белых», буржуазных и социалистических и т.п.), выступает максимальная отточенность формулы, закрепленной в соответствующей норме, учреждающей институт оговорки о публичном порядке. «Каучуковые» же формулировки выгодны и могут успешно практиковаться всеми в несбалансированном, нестабильном, «полярном» в политическом отношении мире международных связей. Как отмечает один из западногерманских авторов, это понятие применяется в тех случаях, когда стремятся достигнуть определенного результата¹⁶⁴. И к сожалению, это было реальной действительностью на протяжении ряда десятилетий.

¹⁶² Чешир Л., Норт Дж. Международное частное право. М., 1982. С. 157.

¹⁶³ См.: Koppenol Laforce M. et als. International Contracts. L., 1996. P. 138—139.

¹⁶⁴ См.: Firsching K. Deutsch-amerikanische Erbfälle. München. 1965. S. 32.

В плане освещения другой стороны вопроса следует сказать, что публичный порядок не может быть представлен в виде некоей абстракции, оторванной от действующего законодательства, принципов права, вообще правовых норм конкретного государства. Еще в начале века русский ученый М.И. Брун, вслед за обобщением воззрений на этот счет западных авторов, писал: «...публичный порядок и впрямь не может быть ничем иным, как тем, что все подразумевают под правопорядком... Публичный порядок есть не что иное, как воля самого законодателя... законодатель, а не судья решает, что нужно для общего блага... судья должен справляться не со своими представлениями об общем благе, а с волей законодателя. Обыкновенно он так и делает и тем самым исполняет не то, что велит некий специфический и таинственный публичный порядок, а просто то, что предписывает закон или правопорядок»¹⁶⁵.

В то же время совершенно определено и то, что простое несовпадение иностранной нормы с аналогичным ей по объекту и кругу регулируемых отношений положением данного правопорядка нельзя рассматривать как противоречие публичному порядку, поскольку при допущении такого варианта утрачивается суть международного частного права в принципе, которое и рождено-то именно расхождениями в праве различных государств. Следовательно, иностранное право не может противоречить не столько одному какому-либо конкретному правоположению соответствующего государства, а их совокупности, выражающей сущность, целевую направленность и особый характер *правопорядка* в целом. Однако именно отсутствие в большинстве случаев в материальном праве государств четких формулировок применительно к подобному рода нормам позволяло трактовать и применять публичный порядок в угоду то тем, то иным интересам. Известным исключением в этом плане предстает регулирование, содержащееся в Кодексе Бустаманте. Во вступительном разделе Кодекса сформулирован ряд положений, относящихся ко многим аспектам проблемы публичного порядка, в том числе и разграничения внутреннего и международного публичных порядков. Например, конституционные постановления отнесены рассматриваемым актом к международному публичному порядку; все нормы об охране личности или коллектива, установленные государственным и административным правом, также относятся к международному публичному порядку, кроме случаев, когда имеются постановления об обратном (ст. 5).

Вряд ли можно найти более яркий пример неустойчивости судебной практики в каком-либо вопросе, чем применение оговорки о публичном порядке. Это относится и к США, и к Англии, и к континентальным европейским государствам — Франции, Германии, Италии и др. Изначально в ряде стран носившая прогрессивный характер (в частности, в США, особенно в североамериканских штатах в период борьбы за ликвидацию рабства между северными и южными штатами — см. дело Дреда Скотта¹⁶⁶, в более поздние времена она использовалась буржуазными судами, например, в целях отказа в признании советских декретов о национализации.

Кроме сферы признания декретов о национализации, причем не только Советского Союза или других стран, бывших тогда социалистическими, традиционными областями, в которых достаточно часто могла применяться оговорка о публичном порядке, выступают семейные и наследственные правоотношения.

Например, Федеральный суд Южного округа Нью-Йорка в деле *Danish vs. Guardian Life Insurance Company of America* отказался вынести решение в пользу наследников, являющихся польскими гражданами, с той мотивировкой, что «общие условия, существующие в коммунистической стране... фундаментально противоположны публичному порядку нашей собственной страны».

В условиях даже тех времен говорить о нарушении публичного порядка США или какой-то другой из западных стран было совершенно неправомерно, поскольку практически между всеми бывшими социалистическими государствами и ведущими капиталистическими странами, включая и Соединенные Штаты Америки, были заключены консульские конвенции, подписанные компетентными государственными должностными лицами, в которых недвусмысленным образом

¹⁶⁵ Брун М.И. Публичный порядок в международном частном праве. СПб., 1916. С. 73—74.

¹⁶⁶ См.: Луиц Л.А. Международное частное право. Общая часть. М., 1970. С. 278—279.

предусматривались в числе прочих функции консулов по участию в решении и исполнении наследственных дел. Отдельные американские авторы тем не менее настаивали именно на использовании оговорки о публичном порядке в подобного рода наследственных делах и пытались зайти в обосновании соответствующих судебных отказов с другой стороны. Так, Дж. Фельдман и У. Де Янг способность граждан договаривающихся государств наследовать, закрепленную и гарантированную в международном соглашении, объявляли «международной вежливостью», которая, по их утверждениям, уступает «публичному порядку».

Примерами «лояльного», т.е. свободного от политических мотивов, использования тезиса о публичном порядке является практика Трудового суда Финляндии, в чьей деятельности имели место дела, связанные с коллективными договорами, в которых возникали коллизии между финским законодательством о коллективных договорах (или самим коллективным договором) и иностранным правом. Появление подобных дел обусловлено некоторыми явлениями последних десятилетий, когда экспорт технологии, трудовых ресурсов, оборудования и т.п. по своему удельному весу в доле участия данной страны в международной торговле стал ощутимо возрастать. Вследствие достаточной неординарности этих дел представляется целесообразным остановиться на них подробнее.

Решения Трудового суда ТТ №169 1979 г. и ТТ № 135 1980 г. Начиная с 1972 г. в сфере гражданского строительства в Финляндии стали применяться коллективные договоры, заключаемые в общегосударственном масштабе, между Финской федерацией строительства и Федерацией строительных рабочих, в которых содержалась статья, согласно которой финское трудовое право, законодательство о социальном обеспечении и сам коллективный договор будут применяться на строительных площадках, расположенных за границей, так же как и в Финляндии. Кроме того, имелись также региональные коллективные договоры, которыми охватывались трудовые отношения финских работников, реализуемые на строительных площадках, например, в Ливии, Ближнем Востоке, Северной Африке, Ираке, СССР и т.д. В них содержались аналогичные положения, однако в том, что касается африканских и арабских стран, применение финских коллективных договоров подчинялось действию «местных условий и специальных требований, вытекающих из них». В указанных делах фигурировало условие коллективного договора, принятого в области гражданского строительства в национальном масштабе, о том, что в случае нахождения строительной площадки за рубежом работникам должны уплачиваться помимо заработной платы надбавки на покрытие расходов, вызванных специфическими условиями работы и пребывания за границей. Поскольку соответствующие нормы, действующие в Финляндии, перекрываются, сумма надбавок должна согласовываться в индивидуальном случае с Федерацией строительных рабочих. Финское общество осуществляло наем финских граждан для работы за рубежом (в Саудовской Аравии) в условиях явного превышения режима рабочего времени, установленного в финском Законе о рабочем времени 1946 г., и положений коллективного договора о рабочем времени, не согласовав размера надбавок. Более того, Финская федерация гражданского строительства, членом которой было данное общество, отказалась воздействовать на него с целью урегулирования вопроса о надбавках. В результате Федерация строительных рабочих обратилась в Трудовой суд с требованием о вынесении в отношении юридического лица декларативного решения, а также присуждения ему и Федерации гражданского строительства штрафа за умышленное нарушение условий коллективного договора. Ответчики оспаривали возможность применения коллективного договора к отношениям, осуществляемым в Саудовской Аравии по мотивам противоречия института коллективного договора императивным нормам

права Саудовской Аравии, которые предписывают регулирование трудовых отношений исключительно средствами индивидуального контракта. В свою очередь истец отвергал данную аргументацию как нарушение финского «публичного порядка».

Оговорку о публичном порядке следует отличать от императивных норм соответствующего правопорядка, затрагивающих сферу международного частного права. В мировой литературе такого рода нормы иногда еще называют «нормами прямого действия» или «нормами непосредственного применения» (фр. — *règles d'application immédiate*, нем. — *eingriffsnormen*, англ. — *directly applicable rules, mandatory rules, substantive laws* и т.д.). В масштабе национального права императивные нормы довольно разнообразны и многочисленны. В том же, что касается международной сферы, государства, как правило, весьма осторожны в установлении подобного рода предписаний. Строго императивные нормы существуют в ограниченных областях государственного регулирования. Это прежде всего валютный контроль и валютные ограничения, порядок въезда и выезда физических лиц, допуска иностранных юридических лиц к соответствующим видам или сферам деятельности, ограничение недобросовестной конкуренции, антимонопольное регулирование и т.д.

Характерно выделение такого рода норм из общего нормативного массива положений международного частного права, которое имеет место в швейцарском Законе о международном частном праве при наличии наряду с этим оговорки о публичном порядке (ст. 17): «Сохраняют свое действие положения швейцарского права, которые подлежат применению в силу их особых целей, независимо от определяемого настоящим Законом прав» (ст. 18).

Л.А. Лунц, например, анализируя такие нормы в рамках советского права, и именно говоря о предписаниях по поводу формы и порядка заключения внешнеторговых сделок, именовал их «строго императивными нормами» и относил их к публичному порядку. В юридической литературе подобный подход был подвергнут справедливой критике со стороны О.Н. Садикова при проведении им анализа императивных норм международного частного права.

Некоторые отзвуки упомянутого взгляда на правовую сущность императивных норм можно встретить и сегодня.

Так, в 1997 г. связанные друг с другом решения и определения судов различных инстанций, в том числе и Верховного Суда РФ по делу № 78 Г97-9, содержали именно указанную квалификацию норм, закрепленных в постановлении Совета Министров СССР № 122 от 14 февраля 1978 г. «О порядке подписания внешнеторговых сделок». Фабула дела состоит в том, что российское юридическое лицо в соответствии с заключенным 24 июня 1992 г. на территории России кредитным соглашением получило заем у шведского общества в валюте Швеции. Соглашение содержало арбитражную оговорку о разрешении спора в Арбитражном институте Торговой палаты г. Стокгольма. Поскольку заемщик не исполнил своих обязательств по кредитному соглашению, шведское юридическое лицо обратилось в обусловленный договором орган арбитража и в 1995 г. получило решение о взыскании с ответчика денежных сумм в шведских кронах. При разрешении спора Арбитражный институт г. Стокгольма касался вопроса о нарушении постановления Совета Министров СССР № 122 от 14 февраля 1978 г., поскольку ответчик ссылался на действие его норм в момент заключения и подписания кредитного соглашения, сделав вывод о том, что соглашение между сторонами действительно если не в силу подписания, то в силу последующего поведения сторон и письменно выраженной ими в документах воли. Шведская компания передала свое право принудительного исполнения по вынесенному решению Арбитражного института российскому предприятию ОАО «Экспортлес».

В апреле 1997 г. ОАО «Экспортлес» обратилось в Санкт-Петербургский городской суд с ходатайством о принудительном исполнении иностранного арбитражного решения на территории РФ. Последний вынес определение о частичном признании и исполнении, вследствие чего «Экспортлес» обжаловал действие суда в Верховный

Суд РФ. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного Суда РФ полностью отменила определение Санкт-Петербургского городского суда и направила дело на новое рассмотрение в ту же инстанцию. Поскольку в тексте определения Верховного Суда РФ наряду с прочим была упомянута категория публичного порядка, представляется целесообразным ввиду важности вопроса привести его дословно: «... в силу п. 1 п/п в ст. 5 данной Конвенции (Нью-Йоркской конвенции о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г.—Л..А.) в признании и приведении в исполнение арбитражного решения может быть отказано по просьбе той стороны, против которой оно направлено, только если эта сторона представит компетентной власти по месту, где испрашивается признание и приведение в исполнение, доказательство того, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречит публичному порядку этой страны.

В материалах дела имеется возражение на ходатайство... где имеется ссылка на действующее постановление Совета Министров СССР от 14 февраля 1978 г. «О порядке подписания внешнеторговых сделок, в нарушение которого указанное выше кредитное соглашение было подписано одним лицом, в чем усматривается нарушение публичного порядка». Далее, однако, в определении оговаривалось, что этот документ не был предметом рассмотрения суда, хотя имеет существенное значение для данного дела. Выраженная таким образом позиция Верховного Суда РФ, исходившая, во-первых, из действительности постановления Совета Министров СССР № 122 от 14 февраля 1978 г., которое, будучи актом органа СССР, рассматривалось многими российскими учеными-юристами как противоречащее более позднему законодательству Российской Федерации и посему не могущее продолжать свое действие, во-вторых, из квалификации императивных норм о порядке подписания внешнеторговых сделок как норм публичного порядка, позволила в этой связи некоторым авторам вновь обратиться к теории вопроса о неоднозначном понятии публичного порядка¹⁶⁷.

28 октября 1997 г. Судебная коллегия по гражданским делам Санкт-Петербургского городского суда вторично рассмотрела ходатайство ОАО «Экспортлес» о разрешении принудительного исполнения решения Арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма. Принудительное исполнение этого решения было разрешено с указанием при этом, что «суд не находит, что признание и приведение в исполнение этого решения противоречат публичному порядку Российской Федерации»¹⁶⁸.

§ 2. Обратная отсылка и отсылка к закону третьего государства

В практике международного частного права весьма часты случаи, когда избранный судом правопорядок все-таки не может дать окончательного ответа на требуемый вопрос о том, как же следует разрешить данное спорное отношение по существу. Это происходит тогда, когда не совпадают не материальные, а коллизионные нормы соответствующих правопорядков (имеют место коллизии коллизий).

Например, английский суд решает вопрос о способности индийского гражданина из штата Мадрас, постоянно проживающего в Нидерландах, заключить договор.

¹⁶⁷ См.: Муранов А.И. Проблема порядка подписания внешнеэкономических сделок и публичный порядок Российской Федерации//Московский журнал международного права. 1998, № 3. С. 74—110.

¹⁶⁸ См. там же. С. 102.

Руководствуясь собственной коллизионной нормой, суд отошлет регулирование данного отношения к праву Голландии как месту domicilia, а по праву последней считается, что компетентным будет правопорядок страны гражданства, т.е. право Индии.

Согласно индийскому Закону о договорах 1872 г. (с позднейшими изменениями и дополнениями) каждое лицо способно совершить сделку, если: а) оно достигло совершеннолетия, б) не является лишенным дееспособности в силу психического расстройства, в) не дисквалифицировано в силу каких-либо специальных требований на основании применимого закона (ст. 11). В соответствии с индийским Законом IX о совершеннолетию 1875 г. лицо, domiciliрованное в Индии, которое достигло полных восемнадцати лет, и не ранее того, считается совершеннолетним (ст. 3). Следовательно, если лицо, как в нашем примере, не domiciliровано в Индии, вопрос о том, достигло оно или не достигло совершеннолетия, остается открытым, поскольку вышеприведенные положения индийского статутного права связывают определение дееспособности посредством отыскания компетентного закона вовсе не по признаку гражданства (подробнее об этом см. в разделе «Дееспособность иностранцев»). Индийский закон, как видно, отсылает регулирование данного вопроса к другому правопорядку — месту domicilia, значит, к праву Голландии.

Налицо явление, известное в науке и практике международного частного права как отсылка — «обратная отсылка» и «отсылка к закону третьего государства». В частности, в приведенном примере имеют место обе разновидности отсылки — и отсылка к закону третьего государства, и обратная отсылка. Обычно в мировой литературе обратная отсылка именуется *renvoi* (фр.) первой степени, *remission* (англ.), а отсылка к третьему закону — *renvoi* второй степени или *transmission*. Из примера отчетливо видно, что в поисках надлежащего правопорядка, способного дать ответ на поставленный вопрос по существу, можно ходить по замкнутому кругу длительное время и, в гипотетическом раскладе, безуспешно.

Главным фактором, порождающим проблему отсылки, выступает всего лишь одно обстоятельство: как рассматривать действие коллизионной нормы — отсылающей ко всему правопорядку данного государства, т.е. включая и его коллизионные нормы, или же только к материальным нормам, среди которых и следует отыскать применимое к данному отношению правоположение? Второе предположение снимает проблему как таковую. Первое же, как было показано, весьма может затруднить поиски и получение необходимых ответов.

Обратная отсылка достаточно давно известна МЧП и квалифицируется как одна из самых сложных его проблем. Одним из способов ее решения выступает так называемое принятие обратной отсылки, т.е. если иностранный закон, который определила отечественная коллизионная норма как надлежащий, отсылает регулирование вопроса обратно или к третьему закону, суд, рассматривающий дело, может согласиться с этим и применить, в зависимости от ситуации, либо собственное право, либо закон третьего государства. Так, ст. 2 Конвенции 1930 г., имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, гласит: «Право лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом; если этот национальный закон отсылает к закону другой страны, то применяется этот последний закон». Аналогичны положения Женевской конвенции 1931 г. о чеках.

Впервые подобный путь разрешения коллизионной проблемы зафиксирован в 1841 г. в Англии в связи с обсуждением вопроса о действительности завещания, составленного в соответствии с требованиями английского Закона 1837 г. о форме завещательных распоряжений британским подданным, проживающим в Бельгии. Английский суд принял отсылку бельгийской нормы к национальному закону завещателя. По свидетельству российского автора А.Н. Макарова, с тех пор в Англии принятие отсылки «явилось прочной традицией... Напротив, континентальная практика в вопросе об отсылке проявила большие колебания»¹⁶⁹.

¹⁶⁹ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 1924. С. 50.

На континенте же проблема обратной отсылки связывается с решением кассационного суда Франции, когда в 1878 г. им рассматривалось дело Форго — незаконнорожденного ребенка баварского подданного, всю свою жизнь прожившего во Франции и не получившего в этой стране домициля, считавшегося имеющим баварский домициль в силу происхождения, после которого остались незавещанными денежные суммы на счетах во французских банках. Суд применил к наследованию движимого имущества (денежным средствам) французскую коллизионную норму, отсылавшую к баварскому праву как закону страны домициля по происхождению данного лица. Однако баварский закон отсылал регулирование наследственного правоотношения к закону фактического местожительства наследодателя. При этом важное значение имело то обстоятельство, что по французскому закону наследование после незаконнорожденного невозможно, в то время как баварский закон допускал такое наследование, и на указанные денежные средства претендовали кровные родственники умершего по боковой линии. В случае решения вопроса по французскому праву оставшееся после смерти Форго имущество должно было бы перейти в казну как бесхозяйное. В дело вмешался прокурор, суд применил баварское право как закон страны, где лицо считается домицилированным по происхождению, а затем принял обратную отсылку к французскому правопорядку, как закону фактического домициля наследодателя.

В дальнейшем практика стран континентальной Европы в части принятия обратной отсылки не стала единодушной. Так, Франция и Германия более склонны к принятию отсылки, особенно в брачно-семейных и наследственных вопросах. Меньшую склонность проявляют Нидерланды.

Одним из путей решения анализируемой проблемы является также и такое средство, как ее недопущение или хотя бы минимизация случаев ее возникновения. Подобное в определенных случаях достигается тем, что в конкретном акте или нормах, посвященных определению с помощью коллизионных норм применимого права, непосредственно может быть установлено, что отсылка к соответствующему праву предполагает применение материально-правовых предписаний. Так, в английском Законе о международном частном праве 1995 г., в разделе, предназначенном для регулирования деликтных отношений, прямо говорится, что «применимое право, определяющее решение вопросов, возникающих из требований по обязательствам из причинения вреда, не включает в себя коллизионные нормы, образующие часть правопорядка соответствующей страны» (п. 5 ст. 9).

В торговых отношениях для обратной отсылки практически все страны оставляют чрезвычайно мало места. Статья 15 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, исключает ее полностью: «Под правом государства, подлежащим применению в соответствии с настоящим соглашением, понимаются действующие в этом государстве правовые нормы, за исключением норм международного частного права». Статья 15 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. прямо обуславливает, что применимое право означает действующее право, за исключением коллизионных норм, чем устраняет проблему обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства.

В целом же если в договорно-правовых отношениях принятие обратной отсылки в определенной мере и допускается в единичных случаях, то обуславливается тем, что это может способствовать обеспечению сохранения права собственности на недвижимые или движимые вещи. В этом отношении в юридической литературе указывается на решение французского суда, который отверг обратную отсылку в части применимого права в области договорных отношений¹⁷⁰.

Такой, казалось бы, элементарный способ разрешения проблемы обратной отсылки, как ее принятие, тем не менее вызывает различное, как было упомянуто ранее, к себе отношение со стороны ряда государств. Почему? Дело в том, что, так же как и в некоторых ситуациях,

¹⁷⁰ См.: *Collins Dicey and Morris. On the Conflict of Laws*. 12 ed. L., 1993. Suppl. 1995. P. 79.

связанных с оговоркой о публичном порядке, о чем шла речь выше, принятие обратной отсылки влечет за собой неизбежное объявление коллизионной нормы, которая отослала к иностранному праву, а последнее в свою очередь отсылает обратно или к третьему закону, недействующей. Юридический смысл такого действия и сопряженные с ним последствия раскрыты в предыдущих разделах, однако следует подчеркнуть, что принятие обратной отсылки не просто технический прием для облегчения регулирования, но каждый раз она подвергается всестороннему осмыслению со стороны законодателя.

Обзор правовых решений, закрепленных нормативно в правовых актах некоторых стран, представляет собой чрезвычайно разнообразную картину индивидуализированных подходов к затронутой проблеме. Вводный закон к ГГУ содержит регулирование, которое допускает возникновение обратной отсылки: «Если германское право отсылает к праву другого государства, то применяется и его международное частное право, поскольку это не противоречит смыслу коллизионной нормы». В то же время рассматриваемый Закон ФРГ санкционирует и принятие обратной отсылки: «Если право иностранного государства отсылает обратно к германскому праву, то применяются нормы германского материального права». В случаях, когда сторонам разрешается выбрать право какого-либо государства, их выбор ограничивается лишь материальным правом (ст. 4).

Закон о международном частном праве Венгрии исходит из возможности принятия обратной отсылки только в случаях, когда иностранное право отсылает к венгерскому закону: «Если иностранное право отсылает обратно к венгерскому закону, конкретный вопрос будет решаться в силу такой отсылки по венгерскому праву». В принципиальном же отношении Закон устанавливает правило, что в случаях, когда декрет предписывает применение иностранного права, дело подлежит урегулированию на основе непосредственно применимых норм иностранного правопорядка (ст. 4). В противовес этому польский Закон о международном частном праве и процессе санкционирует принятие как обратной отсылки, так и отсылки к закону третьего государства: «§ 1. Если иностранное право, применение которого указано в настоящем Законе, отсылает данное правоотношение к польскому праву, то применяется польский закон. § 2. Если иностранный закон гражданства, применение которого указано в настоящем Законе, отсылает данное правоотношение к другому иностранному праву, то применяется это другое право» (ст. 4). Нормы международного частного права Вьетнама столь же непосредственно, как и польский или венгерский законы, закрепляют принятие обратной отсылки: «Если иностранное право отсылает обратно к праву СРВ, то применяется право СРВ» (п. 3. ст. 826 ГК СРВ).

Наиболее развернуто представлено регулирование по рассматриваемому вопросу в Федеральном законе Швейцарии о международном частном праве от 18 декабря 1987 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. Закон же *expressis verbis* предусматривает отсылку к швейцарскому праву в вопросах личного или семейного статуса (п. 2 ст. 14).

В действующем российском праве принятие обратной отсылки закреплено в актах, посвященных вексельному и чековому праву. Подобное решение имеет достаточно давнюю историю, поскольку существовало еще в законодательстве СССР. Так, Положение о чеках, утвержденное постановлением СНК и ЦИК СССР от 6 ноября 1929 г., а также Положение о переводном и простом векселе, утвержденное постановлением СНК и ЦИК СССР от 7 августа 1937 г., воспроизводившее Единообразный закон о переводном и простом векселе — приложение к Женевской конвенции 1930 г., предусматривали, как упомянуто выше, что если иностранный закон отсылал к праву другого государства, то применялся этот последний закон.

Современное законодательство Российской Федерации, однако, стремится ограничить сферу возможного возникновения обратной отсылки и отсылки к закону третьего государства. В частности, в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже» от 7 июля 1993 г. особо оговаривается положение, что указание на право или систему права должно пониматься как

непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам (ст. 28). В сопоставлении с регулированием, закрепленным в аналогичной области Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (см., например, ст. VIII), в которой участвует Российская Федерация, указанное, несомненно, представляет собой тенденцию не просто к ограничению принятия обратной отсылки, но прежде всего к пресечению причин, ее вызывающих.

Подобное регулирование, направленное на избежание проблем, связанных с обратной отсылкой, свойственно и международно-правовым актам. Например, Общие условия поставок товаров между организациями стран—членов СЭВ 1968/1988 гг., имевшие обязательный характер для СССР, действовавшие в рамках Совета Экономической Взаимопомощи, содержали коллизионную норму, предусматривавшую, что к отношениям сторон по поставкам товаров по тем вопросам, которые не урегулированы или не полностью урегулированы контрактом или Общими условиями, применяется материальное право страны продавца (ст. 122). Указание на материальное право страны продавца в полной мере служило целям недопущения обратной отсылки. Аналогичное средство закреплялось и в некоторых двусторонних Общих условиях (СССР—КНДР, СЭВ—Финляндия, СССР—СФРЮ).

В проекте третьей части ГК РФ вопрос об обратной отсылке и отсылке к праву третьей страны занимает особое место, будучи выделенным в отдельную статью. В отличие от прежних времен, когда, как подчеркивалось, в общих положениях международного частного права не имелось специального регулирования на этот счет, ст. 1230 проекта, во-первых, проясняет главный вопрос, а именно: как понимается отсылка к иностранному праву. Отвечая на него, часть первая указанной статьи устанавливает, что любая отсылка к иностранному праву должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не коллизионному праву соответствующей страны. Столь же непосредственным образом сформулировано решение второй проблемы — как относится российский законодатель к принятию обратной отсылки или отсылки к третьему закону. В этом плане предусматривается четкое принятие отсылки в строго перечисленных в проекте случаях применения иностранного права, которые связаны с гражданским состоянием и личными правами иностранных граждан и лиц без гражданства (личным законом, дееспособностью, именем, установлением опеки и попечительства). Тождественное регулирование предлагается и в Модельном кодексе стран СНГ.

§ 3. Проблема обхода закона в МЧП

При обращении к проблеме обхода закона в юридической литературе справедливо указывается, что с этим явлением можно встретиться в частном праве как во внутригосударственном масштабе, так и в международном. И в том и в другом случае стараются уклониться от применения «неудобной» материальной нормы и прибегают к помощи другой нормы, более приемлемой. Конечной целью обхода закона выступает подчинение регулирования отношения такой материальной норме, которая в положительном смысле расходится с отстраняемой нормой. Однако, как отмечает Л. Раапе, при обходе закона в собственно частном праве остаются в кругу данного правопорядка и создают фактический состав, предусмотренный в более благоприятной материальной норме этого же правопорядка. При обходе закона в международном частном праве прежде всего переходят в сферу действия другого правопорядка, содержащего более желательные материальные нормы. «В первом случае, следовательно, обход закона совершается непосредственно, во втором — он опосредствован; в первом случае достаточно одного шага, во втором нужно сделать два шага... предварительно здесь создается коллизионно-правовой фактический состав. Создание коллизионно-правового фактического состава является средством для обхода закона, но это не самый обход»¹⁷¹.

Пример первого варианта случаев: вместо правил о залоге, требующих передачи

¹⁷¹ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960.

имущества (§ 1204 и 1205 ГГУ), прибегают к неформальному соглашению об оставлении вещи во владении лица, передающего право собственности. Применительно ко второй категории ситуаций вместо, скажем, швейцарского права, запрещающего браки между дядей и племянницей, обращаются к российскому праву, не знающему такого препятствия для заключения брака. Однако при этом необходимо иметь в виду национально-правовые положения Швейцарии, которые относятся к регулированию иных аспектов гражданского статуса лица. Например, в силу ст. 7 Закона от 25 июня 1891 г. о гражданско-правовых отношениях лиц, приобретших оседлость, и лиц, временно проживающих, «брак, заключенный за границей в соответствии с действующим там правом, считается действительным в Швейцарии, если заключение брака не было перенесено за границу с явным намерением обойти основания недействительности, установленные швейцарским правом».

В отечественной науке международного частного права «обходом закона» также принято называть искусственную привязку подлежащего регулированию отношения к тому или иному правопорядку в целях избежания принудительных законов другого государства. Полагалось, что это явление преимущественно свойственно западной практике МЧП. Так, во всяком случае, характеризовали рассматриваемую категорию И.С. Перетерский, С.Б. Крылов, Л.А. Лунц и др. «Если законодательство какого-либо государства, — пишут, например, И.С. Перетерский и С.Б. Крылов, — затрудняет образование акционерного общества, то лица, желающие учредить общество для деятельности в пределах этого государства, организуют общество в каком-либо другом государстве с более льготной системой акционерного законодательства»¹⁷². Приводя похожие примеры, Л.А. Лунц также считал обход закона в области корпоративных отношений, во-первых, приметой капиталистического образа жизни и, во-вторых, наиболее характерным его явлением. «Для советского коллизионного права, — утверждал он, — проблема обхода закона путем создания искусственной привязки к иностранному праву лишена того практического значения, которое она имеет на Западе»¹⁷³.

С позиций же сегодняшнего дня подобные представления существенно поколеблены. Прежде всего, само понятие «искусственная привязка к иностранному правопорядку» должно подвергнуться уточнению. Скажем, наличие в современном мире множества территорий с приданным им соответствующими государствами официальным статусом «налоговых гаваней», «налогового рая» «офшорных юрисдикции», в большинстве случаев существующих как легально закрепленные категории, существенно меняет подходы к выбору их в качестве зон для учреждения юридических лиц. В конечном итоге целью одних участников международного хозяйственного оборота — государств — является привлечение иностранного капитала, а целью других — физических и юридических лиц прочих государств — возможность воспользоваться предоставленными преимуществами и льготами. В современной жизни появился даже особый термин — «налоговое планирование», в соответствии с которым разработка макросхем ведения бизнеса благодаря использованию всех дозволенных соответствующим правопорядком средств подвержена тем же законам экономии и минимизации расходов, что и на микроуровне. В результате легально существующее явление налогового планирования в вопросе осуществления бизнеса, в том числе и в деле формирования компаний и иных предприятий, не может рассматриваться в рамках «обхода закона». Трудно уличить предпринимателя в «обходе закона» и убедить его основать компанию, например, во Франции, а не в Ирландии, если ирландский правопорядок предоставляет большие преимущества для деятельности, основанные на законе, чем Франция.

Нагляднейшим примером современного «обхода закона» посредством обращения к использованию преимуществ, предоставляемых системами офшорных зон, является схема,

¹⁷² Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. С. 61.

¹⁷³ Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970 С. 309.

разработанная концерном «Филипс». Ее суть состоит в следующем: на Бермудских островах указанным концерном было учреждено дочернее предприятие — страховая компания «Кингстоун Кэптив Иншуэренс», единственным клиентом которого стал сам концерн «Филипс». По высоким ставкам было застраховано имущество голландского концерна, в том числе такое, которое обычно в страховом бизнесе не страхуется, поскольку шансы его порчи или гибели ничтожны. Соответствующие суммы страховых премий стали переводиться за границу Голландии — на Бермуды. Оттуда средства в виде займов были предоставлены материнскому обществу. В сочетании страховые платежи и суммы платы за пользование кредитом существенно меняли объемы прибыли и, следовательно, снижали налогооблагаемую базу. Экономия только за один годичный период составила несколько миллионов долларов. Главным фактором в данной цепочке является ее юридическая неуязвимость. В этой связи можно сослаться на слова судьи Верховного Суда США Дж. Сандерлэнда о том, что «право налогоплательщиков избегать налогов... с использованием всех разрешенных законами средств никем не может быть оспорено».

В некоторых других областях (например, в брачно-семейных отношениях) также можно найти ряд юрисдикции, которые предоставляют более благоприятные возможности для совершения действий. Например, известно, что граждане, скажем, штата Флорида Соединенных Штатов Америки нередко осуществляют расторжение брака на Багамских островах ввиду действующих там менее обременительных материальных условий для развода супругов, а для граждан Мексики более удобны, например, законы штата Техас при заключении нового брака после расторжения предыдущего ввиду отсутствия требований по обязательным срокам между двумя браками; корпоративные же документы компаний, учрежденных, допустим, на Британских Виргинских островах, могут быть удостоверены панамскими или пуэрториканскими нотариусами и в силу этого апостилированы органами соответствующих государств, что диктуется соображениями удобства, и т.п.

В сочетании со свободой передвижения, свободой усмотрения, договорной свободой и автономией воли, свойственными цивилистическим отношениям вообще и регулируемым международным частным правом в частности, требование обязательного и жесткого подчинения таких отношений какому-то единственному правопорядку (скажем, гражданства или местожительства) в нынешних условиях выглядит анахронизмом. Следовательно, отсутствие жесткости закономерно снимает вопрос об обходе закона, по крайней мере в том его смысле, какой ему придавался ранее. Не случайно современные кодификации МЧП не содержат норм об обходе закона и его последствиях, а в более ранних кодификациях они единичны (в венгерском и югославском законах о международном частном праве). В данной связи следует упомянуть о точке зрения швейцарского автора В. Нидерера, который резко возражал против перенесения категорий обхода закона из внутреннего гражданского права в область МЧП и высказывался за то, чтобы было сохранено (за некоторыми исключениями) полное действие коллизионной привязки¹⁷⁴.

В то же время нельзя не признать, что проблема обхода закона предстает в своих прежних параметрах, если речь идет об обходе императивных норм действующего правопорядка. В этом плане выработанный французской практикой принцип «обход закона» порождает недействительность акта в целом (*fraus omnia corrumpit*), которого, между прочим, нет в других правовых системах, должен быть принят за основу.

Например, ст. 25 проекта Закона о международном частном праве Франции, подготовленного еще во времена IV Республики, устанавливает, что «никто не может ссылаться на юридическое положение, созданное в результате применения иностранного закона, который стал компетентным лишь в результате обхода французского закона».

В связи с этим общие положения, например, ГК РФ о последствиях мнимой или притворной сделки, безусловно, должны найти свое применение, если в обход этих предписаний сделка с участием российского и иностранного субъектов гражданско-правовых отношений, обладающая всеми признаками мнимой или притворной, была подчинена иному, чем российскому, праву.

¹⁷⁴ См.: *Niederer W.* Einführung in die allgemeinen Lehren des IPR. Zürich, 1956, S. 331.

Однако подобного рода ситуации не столь часты.

В проекте третьей части ГК РФ категория «обхода закона» также становится легально закрепленной в отечественном праве: «Недействительны соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых настоящим Кодексом, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом» (ст. 1231). В правовой литературе уже высказывался взгляд, подвергший критике включение указанного правила в раздел ГК, содержащий нормы МЧП¹⁷⁵. Согласно ему теория «наиболее тесной связи» автоматически упраздняет проблему «обхода закона», и если данному понятию «и есть место в МЧП, то под него могут подпадать только действия, умышленно направленные на создание у правоприменительного органа искаженного представления о существовании такого иностранного элемента, который привязывает правоотношения к благоприятному иностранному закону...»¹⁷⁶.

Заметим здесь, что при свободном выборе сторонами права, которому должно подчиниться регулирование конкретного отношения, подобное «умышленное» отыскание «иностранного элемента» не требуется вовсе. Следовательно, сфера, в которой может проявиться данное явление, весьма и весьма сужается.

§ 4. Толкование коллизионных норм и проблема понятий («конфликт квалификаций»)

Практика международного частного права нередко сталкивается с явлением, именуемым «скрытые коллизии», т.е. с таким проявлением несовпадений в праве различных государств, которое лежит не на поверхности, а обусловлено различиями, которые на определенном этапе как бы скрыты, «завуалированы». Впервые о важности «скрытых коллизий» для международного частного права заговорили немецкие (Кан, 1891 г.) и французские (Бартэн, 1897 г.) юристы.

Право оперирует категориями, выражаемыми соответствующими терминами, понятиями, содержание которых, несмотря на внешнюю схожесть, может глубоко различаться по существу: «право собственности», «момент перехода права собственности», «момент перехода риска», «движимые вещи», «недвижимое имущество», «домициль физического лица», «личный закон юридического лица», «местонахождение юридического лица», «место причинения вреда», «форма акта» и т.п. Например, по российскому праву морские, речные и воздушные суда отнесены к категории недвижимого имущества со всеми вытекающими отсюда последствиями, в то время как в других государствах подобного рода вещи есть движимое имущество по самой своей сути. По праву, скажем, штата Калифорния, согласие родителей или опекунов несовершеннолетнего лица на брак составляет элемент процессуального характера (т.е. относящийся к форме брака), согласно же нормам французского законодательства — это входит составной частью в материальные условия заключения брака. Местонахождение юридического лица может определяться на основании различных элементов, существо которых в правовых системах весьма противоречиво. Так, местонахождение юридического лица может быть «уставным» и «реальным», фактическим. В свою очередь, фактическое местонахождение возможно установить, пользуясь критерием центра управления. Таковым может выступать и место проведения общего собрания корпоративного образования, и место заседаний директората. В случае же проведения голосования опросным путем (заочно) установление подобного места проведения собрания или заседания совета директоров, когда участники находятся в разных государствах, становится еще одной проблемой. Другой пример. Согласно нормам Англии и Франции право собственности на индивидуально определенную вещь переходит в момент достижения между сторонами соглашения о продаже, по праву же ФРГ для перенесения права собственности с отчуждателя на приобретателя вещи, даже если она и индивидуально определена в момент заключения договора, требуется передача

¹⁷⁵ См.: Муранов А.И. К вопросу об «обходе закона»//Московский журнал международного права. М., 1997. № 3. С. 65 и след.

¹⁷⁶ См. там же. С. 71.

приобретателю при согласии обеих сторон на переход права собственности. Таким образом, указанное неизбежно следует иметь в виду, когда речь идет о толковании понятий, связанных или присутствующих в коллизионных нормах.

Если имеет место применение норм международных договоров, в толковании используются понятия и конструкции, диктуемые самим содержанием такого договора. Иногда договоры непосредственно устанавливают правила для квалификации понятий. Так, в российско-польском Договоре о правовой помощи, и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 16 сентября 1996 г. применительно к регулированию наследования стороны установили, что вопрос о том, «какое наследственное имущество следует считать движимым, а какое недвижимым, решается в соответствии с законодательством договаривающейся стороны, на территории которой находится имущество» (ст. 39). А Суд Европейских сообществ, например, разрешая дела, регулирование которых подчиняется Брюссельской конвенции, применяет квалификации, свойственные «праву сообществ». В частности, изъятия из процедуры банкротства были им интерпретированы в свете целей Конвенции.

Теории квалификации. Таким образом, факт различий в содержании таких понятий, а иногда и юридической природе в целом обуславливает постановку и разрешение проблемы понятий в международном частном праве. Недаром эта проблема (иначе ее еще можно называть «скрытые коллизии») именуется в науке и практике МЧП «конфликтом квалификаций», разрешение которой возможно только в рамках толкования коллизионных норм и используемых ими терминов. В мировой литературе это явление принято обозначать термином *characterization* (англ.), *caractérisation* (фр.), *calificaciones* (исп.). Для окончательного разрешения правоотношения по существу, следовательно, далеко не безразлично, какими коллизионными принципами будет руководствоваться суд в целях отыскания применимого к отношению права, а последнее напрямую зависит от того, какими категориями суд оперирует в вопросе квалификаций.

Например, если суд в силу принципов, свойственных отечественной правовой системе (скажем, английской или индийской), определит, что исковую давность следует толковать как институт процессуального права, он обязан применить нормы национального правопорядка, поскольку в процессуальных отношениях нет места выбору права. Квалификация же рассматриваемого института в качестве категории материального права (допустим, это сделает французский, германский, российский или украинский суд), позволяет обратиться к иностранному праву. Вывод же, например, украинского суда о применении норм иностранного правопорядка (Франции, ФРГ, Англии или России) заставит его в зависимости от фактического состава предоставить значительные вариации по срокам: во Франции — 10 лет, в Англии — 6 лет, в ФРГ — 2 года, в России — 3 года, странах—участницах Нью-Йоркской конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974г. — 4 года.

Различают первичную и вторичную квалификацию. Из этого вытекает, что даже если бы в государствах имелись полностью совпадающие по внешним конструкциям нормы, то в процессе квалификации, т.е. юридического их толкования и установления соответствующего содержания, не всегда можно было бы прийти к одинаковым окончательным выводам из-за различий в применяемых квалификациях. Наиболее отчетливым образом подобное проявляется в практике Франции и Бельгии, имеющих один и тот же источник гражданского и международного частного права — Кодекс Наполеона.

Если данное фактическое отношение связано с правом отечественного и иностранного государства, то суд, рассматривающий дело, подходя к коллизионной норме, вынужден квалифицировать определенные понятия, пользуясь теми категориями, которые известны ему на основании знания собственного права, — т.е. осуществлять первичную квалификацию и производить это на основе *lege fori*. Далее, если суд в конкретном фактическом составе усмотрит основания для прикрепления отношения к иностранному правопорядку и надлежащим образом определит его, то все последующие квалификации должны будут даваться им на основе понятий,

категорий и их содержания, которые свойственны такому избранному иностранному праву. Вторичная квалификация, таким образом, подчиняется закону, которое регулирует отношение по существу, — *lege causae*. Давая квалификацию по *lege causae*, юрисдикционный орган обязан пользоваться таким содержанием применяемых понятий и терминов, которое характерно для правопорядка соответствующего государства. Упомянутые требования продиктованы теми соображениями, что иностранная материальная норма, к которой отсылает отечественное коллизионное право, не должна быть превратно понята и извращена путем использования чуждых ей интерпретаций и квалификаций и тем самым привести к неправильному применению права в рамках осуществления решения. Следует напомнить в этой связи, что теория квалификаций по закону суда на определенной стадии развития МЧП преподносилась некоторыми авторами как единственно возможная и целесообразная (И. Нибуайе, П. Армэнжон, А. Батиффоль, И. Мельхиор), что, в свою очередь, породило другое направление в рамках этой школы — концепцию «адаптации». Ее французский родоначальник и приверженец Батиффоль полагал, что квалификация *lege fori* способствует координации правовых систем, которые адаптируются, приспособливаются в этом случае друг к другу. «Если хотят, чтобы правовые системы сосуществовали в своем оригинальном виде и функционировали в сотрудничестве между собой, — писал он, — то надо, чтобы они приспособливались одна к другой, а это приспособление предполагает, что каждая из этих систем будет изучать другую, применяя для этого собственные средства, которыми она располагает и которые предоставляют ей возможность адаптации своих собственных концепций к иностранным». Приведенное высказывание явно противоречиво, что отражает и уязвимость данной теории: если целью является сохранение оригинальности и функциональности в таком виде определенной правовой системы, то приспособление ее к какой-либо иной системе закономерно будет нарушать ее «первозданные» качества. Следовательно, использование судом одного государства собственных средств для уяснения, толкования и применения категорий, присущих праву другого государства (порой, может быть, не известных вовсе праву суда), приведет не к сотрудничеству, а противопоставлению правопорядков различных государств. Более обстоятельную и подробную критику теории квалификации *lege fori* дал Л.А. Лунц в своем трехтомнике, посвященном международному частному праву¹⁷⁷.

В теории МЧП выдвигается также и так называемая автономная теория квалификации (Э. Рабель). Ее суть сводится к тому, чтобы производить квалификацию вне привязки к какому-либо конкретному правопорядку определенного государства, осуществлять толкование понятий, включенных в коллизионную норму, автономно, т.е. независимо, пользуясь наиболее общими представлениями о содержании тех или иных институтов, которые затрагиваются в данном случае соответствующими нормами. Ведущий советский теоретик международного частного права Л.А. Лунц в целом, как представляется, позитивно отнесся к упомянутой теории, усматривая в ней одно немаловажное достоинство — критику и сужение возможностей обращения к теории квалификации по закону суда как ведущего начала буржуазной юриспруденции. Основной акцент теория автономной квалификации ставит на сравнительное правоведение.

Классическим примером в этом отношении выступает институт исковой давности, а также зачет встречных требований. В англосаксонских странах (странах «общего права») исковая давность и зачет однородных и встречных требований квалифицируются как институт гражданского процесса, процессуальный. В государствах же, придерживающихся континентальной системы права, в том числе в России, Франции, Италии, Германии, на Украине, в Республике Беларусь, Латвии, Литве, Эстонии, Португалии, Испании, Нидерландах и др., исковая давность отнесена к институтам материального права. Аналогична трактовка института зачета встречных требований в позитивном праве континентальных стран.

Таким образом, суд, рассматривая, скажем, спор, в котором присутствует вопрос о действительности заявления искового требования, неизбежно должен высказаться первоначально по проблеме квалификации: если, по мнению суда, это категория процессуального права, то суд применит собственное — национальное — право, определяющее сроки исковой давности, а также,

¹⁷⁷ См.: Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 247—268.

исходя из этого, ответит на основной вопрос, пропущен или не пропущен срок, действительно или недействительно заявление данного искового требования и проч.; если же судебное учреждение, опять-таки в силу предписаний собственного правопорядка, сочтет, что речь идет о категории материального права, то на основании фактических данных, которые характеризуют отношение, и будет определяться применимое право, и, в частности, если упомянутый орган решит, что применимым правом выступает правопорядок Англии, то действительность искового требования будет устанавливаться в соответствии со сроками исковой давности, действующими в этой стране.

Практике отечественных органов третейского арбитражного разбирательства споров - Международный коммерческий арбитражный суд МКАС (в прошлом Внешнеторговая арбитражная комиссия ВТАК, а затем Арбитражный суд при ТПП СССР и впоследствии РФ) приходилось сталкиваться с подобными явлениями.

Так, при рассмотрении в 1966 г. иска английской компании «Хьюсон, Чапмен & компани Лтд. к В/О «Экспортлес» арбитраж вынужден был дать квалификацию института исковой давности. Арбитраж определил данную категорию в соответствии с квалификацией, свойственной советскому праву, как институт материального права и констатировал, что применимым к договорным отношениям правом будет английское право как закон места заключения контракта (в соответствии с коллизионной нормой действовавших тогда Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1961 г.). В силу этого, разрешая спор по существу, арбитраж применил английские сроки исковой давности и отверг ссылки ответчика на пропуск истцом необходимого срока, который полагался им быть исчисленным согласно нормам советского закона в три года.

Другим не менее часто встречающимся и весьма характерным случаем «скрытой коллизии» в практике международных отношений цивилистического характера выступают ситуации с определением места и момента (т.е. самого факта) заключения договора. В частности, подобные проблемы очень часто возникают в условиях заключения договора между отсутствующими.

Если, например, стороны — российское и английское юридические лица — согласовали в контракте, что применимым правом будет право места заключения договора, а в реальной действительности договор совершался путем обмена факсами, то суд, рассматривающий дело по возникшему в какой-либо связи с договорными отношениями спору, не сможет его разрешить по существу до тех пор, пока не определит применимое право, которым является правопорядок места заключения, т.е. не установит, где и когда возникли права и обязанности субъектов отношения.

В данном случае коллизия, равно как и в предыдущем примере, выражена не явно, поскольку нет видимого разночтения. Оно появляется в процессе применения коллизионного принципа прикрепления к закону места заключения контракта — *lex loci contractus*, поскольку по праву Великобритании моментом заключения договора считается отправка акцепта оференту, которая может выразиться в сдаче письменного принятия (акцепта) предложения оферента на почту или иному учреждению связи либо простая отправка по факсу (*mail box theory*). Вследствие этого в подобных обстоятельствах местом заключения договора будет рассматриваться место отправки акцепта. В континентальных же странах, включая и Россию, фактором, определяющим заключение договора, а следовательно и место его заключения, должны рассматриваться момент и место получения акцепта оферентом. Так, если отправка акцепта происходила из Китая, а его прием оферентом был осуществлен в Болгарии, местом заключения договора будет считаться Болгария. Иными словами, суд сперва должен будет решить «скрытую коллизию» — установить содержание категории «момент заключения договора» и на этой основе определить место заключения, а затем уже отыскать тот правопорядок, который стороны имели в виду.

Сходным образом о «скрытой коллизии» приходится говорить и в случае определения момента перехода права собственности в ряде конкретных обстоятельств. Так, переход права собственности по реальным договорам в праве Российской Федерации связывается с моментом

передачи вещи. По праву же Франции в аналогичных отношениях право собственности считается перешедшим с продавца на покупателя, скажем, в договоре купли-продажи товаров, в момент заключения соглашения. Следовательно, в конечном итоге конкретный ответ на поставленный вопрос зависит от того правопорядка, который окажется надлежащим для регулирования в качестве применимого к отношению.

Контрольные вопросы:

1. Каково содержание категории «оговорка о публичном порядке»? Позитивная и негативная конструкции «оговорки о публичном порядке».
2. Какова практика различных государств закрепления и использования института «публичного порядка»?
3. Понятие института обратной отсылки и отсылки к закону третьего государства. Способы решения проблемы обратной отсылки.
4. В чем состоит «конфликт квалификаций»? Теории квалификации.
5. Каковы способы толкования коллизионной нормы?
6. Каково состояние проблемы обхода закона в современном международном частном праве?

Глава 13. Применение иностранного права и порядок установления его содержания

Литература: *Перетерский И.С., Крылов С.Б.* Международное частное право. М., 1959. С. 40—65; *Raane Л.* Международное частное право. М., 1960. С. 128—145; *Рубанов А.А.* Применение советских законов о наследовании в международном частном праве//Очерки международного частного права. М., 1962. С. 137—152; *Луниц Л.А.* Международное частное право. М., 1970. С. 330—347; *Рубанов А.А.* Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984. С. 81—124; *Иссад М.* Международное частное право. М., 1989. С. 48—121; *Чешир П., Норт Дж.* Международное частное право. М., 1982. С. 149—156; *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве//Московский журнал международного права. 1992, № 2; *Монастырский Ю.Э.* Некоторые вопросы разрешения споров на основе иностранных законов//Законодательство и экономика, 1994, № 19/20; *Розенберг М.Г.* Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. М., 1998; *Звеков В.П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 158—162. *Хасан М.* Институт применимого права в современных международных конвенциях внутригосударственном законодательстве//Московский Журнал международного права. 1999, № 2/34.

После того как коллизионная норма или соглашение сторон определили право, которому подчиняется регулирование конкретного отношения, и если таковым является иностранное право, возникает ряд существенных вопросов, связанных с его практическим применением. Если речь идет об отечественном праве, то суд или иной правоприменительный орган считаются *ex officio* знающими его содержание: «*judi novit curia*». Иное дело, когда применяется иностранное право — суд не обязан знать содержание иностранного закона или иного источника права. Вместе с тем необходимость установления содержания иностранного закона вытекает из главной предпосылки международного частного права — допущения иного, нежели отечественный, правопорядка в целях регламентации тех или иных отношений.

При подходе к установлению содержания и толкованию иностранного права с давних пор противостояли друг другу две возможности: руководствоваться суду собственными средствами установления содержания иностранного закона, свойственными национальному праву, либо применять процессуальные приемы и способы, имманентные тому правопорядку, которому подчинено отношение. Кроме того, у судов различных государств имеется и еще одна альтернатива: подходить к иностранному праву как праву или как факту. Нетрудно предположить, что от ответов на поставленные вопросы может принципиально зависеть исход каждого данного дела. Если суд подходит к иностранному праву *как факту*, то его позиция относительно пассивна — доказывание фактов лежит целиком на стороне (сторонах), суд лишь оценивает доказательства. При этом средства доказывания исчерпывающим образом определены национальным процессуальным законом (*lege fori*), чем и руководствуется судебное или иное учреждение. Иной результат имеет место, если иностранное право квалифицируется данным судом как *право*. Стороны (или сторона, которая ссылается на него) хотя и заинтересованы в установлении *надлежащего* содержания иностранного права, в силу чего активны в сборе и представлении доказательств по поводу толкования и установления содержания иностранной нормы или закона, тем не менее находятся во власти того движения и действий, которые предпринимает суд.

Главным в этом плане выступает принцип, согласно которому *иностранное право применяется таким, как оно действует и толкуется в собственной стране*. Иностранное право в этом случае понимается как правовая система. Это означает, что для разрешения спорного вопроса необходимо обратиться к совокупности правовых норм данного государства — и законодательных, и прецедентных, если того требует ситуация, и обычно-правовых и т.д. Например, для определения природы «вдовьей четверти» или «доверительной собственности» надо обратиться соответственно к французскому или мальтийскому законам, которым известен первый из упомянутых институтов в том его содержании, как он применяется во Франции или на Мальте, в зависимости от того, о каком правопорядке идет речь, либо к праву Великобритании,

если необходимо определить содержание второго института в случае, когда отношение по доверительной собственности подчиняется этому правопорядку. Если в праве Франции, Бельгии, Испании предусмотрена такая форма завещательного распоряжения, как *олографическая* (т.е. собственноручно написанного, датированного и подписанного непосредственно завещателем), то компетентные органы соответствующего государства при приеме такого завещания в производство должны знать все правила, которыми сопровождается действие подобных документов применительно к той или иной стране. Иными словами, германский нотариус, принимая такое завещание, подчиняющееся законодательству Франции, должен признать его недействительным, если имеется ошибка в дате (например, проставлено «31 июня»), и отказать в совершении действия с таким документом, так как во Франции ошибка в датировании влечет недействительность олографического завещания. В то же время практика Бельгии идет по пути игнорирования подобного, вследствие чего если германскому нотариусу предъявлено олографическое завещательное распоряжение, которое регулируется бельгийским правом, он вправе совершить требуемое действие.

Применение иностранного права не только с таким его содержанием, которое соответствует практике применения его в стране соответствующей юрисдикции, но и во всей совокупности необходимых норм есть традиционное требование в этом вопросе, существующее в международном частном праве.

Наглядным примером в этом и многих других отношениях является дело, рассмотренное в 1990 г. Арбитражным судом Международной торговой палаты в Париже. Спор возник в связи с двумя соглашениями, заключенными между торговой компанией Саудовской Аравии (истец) и российским юридическим лицом (ответчик).

Первое соглашение, агентско-дистрибьюторский договор, был подписан 11 октября 1990 г. Данный договор был снабжен дополнением № 1, подписанным сторонами 29 октября 1990 г. В соответствии с дополненным договором («А&D договор») истец был назначен исключительным дистрибьютором и агентом по продаже продукции «КамАЗ» на территории, включающей Саудовскую Аравию и другие страны Персидского залива, на 5-летний период. Вторым соглашением был договор купли-продажи, подписанный сторонами 1 ноября 1990 г. В соответствии с этим договором истец согласился купить, а ответчик согласился продать 35 грузовых автомобилей марки «КамАЗ» для поставки в Саудовскую Аравию в рамках «А&D договора».

Истец утверждал, что ответчик нарушил вышеупомянутые договоры, во-первых, отказавшись выдать гарантийное обязательство, предусмотренное договором купли-продажи, не произведя поставку 35 заказанных грузовых автомобилей «КамАЗ», и, во-вторых, продав третьей стороне, в нарушение положений «А&D договора» об исключительных правах истца как дистрибьютора и без оплаты комиссионных истцу, 500 грузовых автомобилей «КамАЗ» и 500 шасси «КамАЗ» для использования при сборке цистерн для транспортировки жидких наливных грузов, поставляемых в Саудовскую Аравию.

Ответчик признал, что он не выполнил условий о предоставлении вышеуказанного гарантийного обязательства о поставке 35 грузовых автомобилей, предусмотренных договором купли-продажи, и что он действительно продал грузовые автомобили и шасси, о которых заявляет истец, без уведомления об этом последнего и без выплаты ему каких-либо комиссионных. Наряду с этим ответчик утверждал, однако, что он не несет ответственности за указанные действия, поскольку он был понужден к заключению вышеуказанных договоров путем предоставления истцом сведений, не соответствующих действительности, и это дало ответчику право расторгнуть их. Кроме того, относительно продажи шасси «КамАЗ» ответчик возражал, что шасси подпадает под понятие «продукция «КамАЗ»», на которое распространяется «А&D договор». Согласно договору «А&D» его действие распространяется «на все виды

продукции, изготавливаемые и поставляемые «первой стороной» (ответчиком) либо ассоциированными с ней лицами или сторонами». В случае продажи, совершенной ответчиком третьей стороне, он был обязан уплачивать «комиссионные от стоимости позиций товаров, проданных в рамках контрактной территории».

В соответствии с агентско-дистрибьюторским соглашением контракт должен «подчиняться регулированию, действующему в Королевстве Саудовской Аравии, в частности Правилам торгового правосудия, Положению о торговых посредниках с изменениями и дополнениями, принятыми к ним, а также Правилам арбитражного разбирательства и соответствующим процедурам в порядке исполнительного производства».

Истец первоначально утверждал, что правом, применимым к спору, выступает материальное право Королевства Саудовской Аравии. Ответчик согласился. Стороны недвусмысленно подтвердили свое согласие в Акте о полномочиях арбитража, подписанном обеими сторонами. Вопросы, подлежащие разрешению арбитражем, состояли в следующем: побуждал ли истец ответчика к заключению договоров обманным образом? Если это так, то влечет ли за собой подобное поведение право ответчика требовать расторжения договора в соответствии с правоположениями Саудовской Аравии и в этом случае действительно ли ответчик расторг договор? Подлежат ли возмещению банковские проценты по праву Саудовской Аравии?

Свидетельства экспертов сторон доказывали, что выражение «правоположения, действующие в Саудовской Аравии» должно читаться в контексте мусульманского права, точнее, в случае с Саудовской Аравией, направления мусульманского права «Ханбали». В то время как правительство в исламских странах имеет право в областях, которые не урегулированы явным образом исламом, издавать акты, подобное регулирование должно подчиняться учению ислама и не быть с ним несовместимым. Мусульманское право не является ни кодифицированным, ни действующим на основе судебного прецедента — уяснение его содержания черпается из авторитетных трактатов, относящихся к данной школе. Ввиду того что не существует всеобъемлющего свода норм Саудовской Аравии, касающихся общих принципов договорного права, вопросы, возникающие в данной области, должны разрешаться на основе постулатов исламского права и соответствующих иллюстраций, зафиксированных в трактатах. В связи с этим арбитраж констатировал, что указанное является надлежащим правопорядком, применимым к разрешаемому спору.

В части аргументов о представлении истцом ложных сведений ответчик ссылается, в частности, на два примера действия исламского права, а именно, на дело «Караван» и «Коровье дело», равно как на так называемое правило «Не обмани».

В деле «Караван» горожанин выезжает из города, встречает приближающийся караван бедуинов и покупает или продает товары существенно ниже или выше рыночной стоимости, действующей в этот момент в городе; бедуин покупает или продает, считая, что сделка совершена по справедливой цене. Согласно руководству по исламскому праву «Ханбали», которое было составлено в Саудовской Аравии в 1940-х гг., «бедуин будет иметь возможность расторгнуть контракт в случае, если городской житель встретит его и купит или продаст по ценам, значительно выше или ниже». Согласно руководству горожанин мог в определенном размере извлечь выгоду от незнания караванными

путешественниками цен, но не чрезмерно.

Основная мысль заключается в том, что лицо, владеющее определенными сведениями, не должно чрезмерно использовать незнание другим лицом этих обстоятельств.

В то же время использовался, в частности, и такой известный принцип исламского права, который устанавливает, что лицо не может ссылаться на чье-либо незнание права, если это незнание явилось следствием небрежности («Таксир»). В «Коровьем деле» продавец связывает соски своей коровы таким образом, чтобы молоко собиралось в вымени, вследствие чего у потенциального покупателя создается впечатление, будто корова дает большие надои, чем это есть на самом деле. В случае, если покупатель заплатил больше, чем корова реально стоит, он имеет право на расторжение контракта. Основная идея этого дела — умышленное мошенническое действие с целью сокрыть истину.

Эксперт же истца в противовес этому указывал, что если покупатель обманывается за счет собственной алчности или желания («Тама'а»), то, согласно учению «Ханбали», он не может в свою защиту ссылаться на право. В этой связи для поисков надлежащего ответа на вопрос об основаниях расторжения договора по причине обманных действий другой стороны он обращается к делу «Рабыни с чернильным пятном». В соответствии с этим казусом лицо, приобретшее рабыню с чернильными пятнами на руках, предполагая ее грамотность, «не имеет право расторгнуть сделку по причине обмана, даже если предположение покупателя безосновательно и чернильные пятна появились в результате умышленных действий продавца». Действительно, если бы покупатель не принимал желаемое за действительное, он мог бы проверить, грамотна ли рабыня, попросив ее написать свое имя.

Хотя дело «Караван» и «Коровье дело» являются примерами различных в некоторой степени форм обмана, они имеют много общего. В обоих случаях имеет место, будь то явно или косвенным образом, «предоставление сведений», которые являются ложными; сторона, предоставляющая эти сведения, осознает их лживость; сведения предоставляются с умышленным намерением либо обмануть другую сторону, либо понудить ее к заключению сделки, и закономерно, что другая сторона, зная истинные обстоятельства, не заключила бы сделку на оговоренных условиях.

В таких случаях исламское право защищает обманутую сторону. В то же время право не будет защищать сторону, которая не действовала благоразумно и осторожно, полагаясь на обманные действия и сведения другой стороны. Правило «Не обмани», на которое также ссылается ответчик, основывается на тексте исламского права «Китаб Аль Магни» и предусматривает четкое условие отсутствия обмана при продаже: «Если А говорит Б: «Никакой хитрости или обмана», то он будет иметь право на расторжение сделки в случае наличия обмана».

Этот принцип позволяет сторонам оговорить в контрактах условие о добросовестности их действий. В рассматриваемом случае стороны сделали это, оговорив в «А&Д договоре», что они «будут действовать добросовестно, в соответствии с обычаями, общепринятыми в международной деловой практике». В результате на основании представленных материалов арбитраж, рассмотрев и взвесив все изложенные доводы сторон, запросив мнения и заключения экспертов, а также сами тексты трактатов и руководства «Ханбали» по исламскому праву, пришел к выводу, что истец действовал в рамках правовых норм Саудовской Аравии и не

совершил обманных действий в целях введения ответчика в заблуждение при заключении гражданско-правовых договоров.

Исходя из указанных выше подходов, суды различных стран могут устанавливать содержание иностранного права либо как факт, либо как право. Например, судебные учреждения государств, принадлежащих к англосаксонской системе права, устанавливают содержание иностранного закона как факта. В этом отношении те средства доказывания фактов, которые разрешены процессуальным правом данного государства, будут применяться, как и в любом другом случае установления фактического обстоятельства. В этом плане может иметь место обмен состязательными бумагами, заслушивание экспертов как свидетелей, представление заключения авторитетных комментариев соответствующих положений, принципов или в целом акта (статута), обращение к иным допускаемым законом мерам. Характерной чертой английского процесса в данной части выступает презумпция, используемая судом, о том, что иностранное право якобы тождественно по содержанию национальному (английскому) праву. Некоторые авторы, оценивая такой подход, квалифицируют это не как презумпцию, а как фикцию. Однако здесь следует сделать оговорку, что эта презумпция имеет место в пределах, в которых такое тождество не оспаривается стороной, ссылающейся в ходе судопроизводства на иностранное право. На этой стороне в подобных ситуациях лежит бремя доказывания содержания иностранного права и его отличия от английского права. П. Чешир и Дж. Норт указывают, что если такой ссылки нет или если различие достаточным образом не доказано, суд может вынести решение в соответствии с английским правом, даже когда дело связано исключительно с каким-либо иностранным государством. Таким образом, иностранное право, заключают они, считается вопросом факта, но это — «вопрос факта особого рода»¹⁷⁸. Данный подход был продемонстрирован в разрешении Апелляционным судом Англии спора «Паркашо против Сингха», рассмотренного в 1968 г.

Квалифицируя современную практику английских судов в данном вопросе, упомянутые авторы отстаивают положение, что, хотя английское право и доказывается, так же как и другой факт, свидетельскими показаниями, все же по существу речь идет о праве. В обоснование этого они ссылаются на следующее обстоятельство. В своих чисто внутренних решениях Апелляционный суд, например, крайне неохотно ставит под сомнение факты, установленные судом первой инстанции. Однако это не относится к ситуациям, в которых «фактами» являются установленные нижестоящим судом нормы иностранной правовой системы.

Важным вопросом при применении в английских судах иностранного права, как и иного обстоятельства, в отношении которого суд не предполагает быть осведомленным, является выяснение его содержания с помощью «надлежащих доказательств». Так, за некоторыми исключениями, особо предусмотренными Законом о порядке представления доказательств по гражданским делам 1972 г., установление содержания иностранного права не может быть доказано, в частности, цитированием более раннего решения английского суда, в котором шла речь о той же самой иностранной правовой норме, либо самим текстом иностранного закона, представленного на собственное заключение судьи, или ссылкой на решение иностранного суда, в котором освещалось содержание и действие данной нормы. Тем более не является надлежащим доказательством решение суда какого-либо третьего государства, содержащее суждение о рассматриваемом иностранном праве.

Подход английского суда к доказательству содержания иностранного закона как к вопросу факта допускает возможность его установления с помощью экспертных свидетельских показаний. Тем не менее суд должен быть уверен в том, что свидетель, вызванный в качестве эксперта, обладает надлежащей компетентностью и квалификацией в отношении знаний правовой системы, по поводу которой он вызван в суд для дачи заключения. Практический опыт работы в связи с рассматриваемым знанием данной системы считается надлежащим основанием для требуемой квалификации, однако не всегда воспринимается судом как достаточный. В деле «Бостоу против Секевиль» по вопросу о недействительности сделки

(индоссамента векселя), совершенной за границей, не соответствующей местному (французскому) закону о гербовом сборе, эксперт-практик давал заключение о содержании последнего, из которого вытекало, что индоссамент по форме не отвечает закону места совершения действия, в частности, правилам о гербовом сборе. Однако суд, руководствуясь ст. 72 английского Закона о векселе 1882 г., требующей толкования и установления действительности с точки зрения существа обязательства (п. 1 ст. 72), вынужден был обратиться не только к интерпретации слов и понятий, используемых в оборотном документе, но и к правовым последствиям, связываемым с ними. Это дело стало руководящим в английском вексельном праве, установившем коллизионную привязку не к собственному праву договора, а к закону места совершения договора (сделки). Судья Чалмерс, а также судья Саргант в деле «Оллок против Смит» констатировали, что если действительность индоссамента не подчинялась бы французскому закону по формальным признакам на основании п. 1 ст. 72 Закона о векселе, она регулировалась бы французским правом в силу ее второго пункта.¹⁷⁹

Соединенные Штаты Америки в принципиальном отношении в известном смысле следуют английской модели поведения, хотя и с известными отклонениями. Их суть состоит в том, что упомянутая презумпция используется применительно к государствам, которые относятся к странам «общего права». Если же лицо, которое ссылается на иностранный правопорядок, утверждает обратное, т.е. отрицает такое тождество, или очевидно, что его не может быть в силу принадлежности соответствующего права, скажем, к континентальной системе, то американский суд будет устанавливать его содержание в соответствующем порядке.

В деле «о советском золоте», характеризующемся множеством всевозможных граней и поэтому получившем большую известность в теории и практике МЧП, и ставшем хрестоматийным примером, данный аспект — позиция американского суда по установлению содержания иностранного права — также получил отражение. Нью-Йоркский суд, рассматривавший в 1931—1932 гг. требование Банка Франции к двум нью-йоркским банкам по виндикационному иску (иску об истребовании вещи из чужого незаконного держания) о выдаче золотых слитков, вывезенных Госбанком СССР и депонированных в нью-йоркских банках, на том основании, что слитки, носящие маркировку Банка Франции, еще в дореволюционное время были депонированы им в Государственном банке царской России, должен был ответить именно на этот вопрос. Банк Франции основывал требование на презумпции тождества российского закона о депозите американскому праву. Суд первой, а затем и второй инстанции отверг данную позицию истца, указав, что он должен был доказать факт приобретения права собственности на предмет спора на основании русского закона. Поскольку это не было доказано, отпадает и основание иска. Апелляционный суд в этой связи в решении от 18 мая 1932 г. подчеркнул следующее: «Представляется общеизвестным, что в России господствовало гражданское право (*civil law*), а не общее право (*common law*), что право Российской империи было совершенно иным, нежели наше право и что оно было основано на началах римского права...»¹⁸⁰

Со временем принятые в некоторых штатах новые гражданско-процессуальные нормы (штат Нью-Йорк) стали требовать от судов изменения отношения к иностранному праву. В частности, по новым правилам иностранное право могло восприниматься судом как *общеизвестный факт*, не

¹⁷⁸ См.: Чешир П., Норт Дж. Международное частное право. М., 1982. С. 150.

¹⁷⁹ См.: Pennington R.R., Hudson A.H. Commercial Banking Law. L., 1979. P. 268—271.

¹⁸⁰ Цит. по: Луиц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 334.

требующий доказательства, если сторона, которая на него ссылается, представит суду соответствующие материалы (тексты акта или иные источники — судебные решения и т.д.), которые рассматриваются как доказательство *prima facie*, и уведомит об этом другую сторону.

Во Франции содержание иностранного права также воспринимается судом как установление факта. При этом возможны ситуации, когда содержание иностранного права фактически известно суду, ознакомление с ним доступно, в результате чего суд применяет соответствующие нормы, даже если стороны и не представили никаких доказательств в этом отношении. Стороны в целях уяснения содержания иностранного закона могут обратиться к специальному бюро по иностранному законодательству.

В рамках Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства 1968 г., разработанной и принятой под эгидой Совета Европы, государствами-участниками (для России она вступила в силу с 13 июня 1992 г.) создаются особые органы, ответственные за предоставление информации, касающейся их национального права, которые одновременно могут выступать и запрашивающими органами применительно к целям получения таких данных от других участвующих стран. Следовательно, суды участвующих в Конвенции государств вправе адресовать запросы о содержании права конкретного государства через подобные органы. В большинстве случаев государства, в том числе и Российская Федерация, такими функциями запрашивающих и запрашиваемых органов для целей осуществления сотрудничества в рамках международного соглашения наделили центральные органы юстиции.

В ФРГ и Австрии суд устанавливает содержание иностранного права *ex officio* («по долгу службы»), но вправе при этом обратиться к сторонам, которые обязаны (но лишь при обращении к ним суда) предоставить доказательства соответствующего содержания иностранного закона или его толкования. Иностранное право подлежит доказыванию в ФРГ лишь в той мере, в какой оно неизвестно судье. Судья не обязан ограничиваться материалами, предоставленными ему сторонами, а может воспользоваться своими собственными источниками информации. Так, судебное учреждение или иной орган юстиции может прибегнуть к помощи исследовательских институтов или правовых центров. Если при применении собственного права суды ФРГ должны установить надлежащую для целей регулирования данного отношения норму права, даже если стороны неправильно сослались на закон или вообще на него не сослались, то в области применения иностранного права эти правила не действуют. Сторона, обосновывающая свое требование или возражение на требование какой-либо нормой иностранного права, доказательство содержания которого возложено на нее судом, обязана их предоставить. При отсутствии таких данных суд может отказать в иске (или отклонить возражение) по мотивам недоказанности. Процедура установления содержания иностранного права в этих странах, следовательно, отличается от применения собственного права, но и не совпадает с правилами установления обычных фактов.

Наиболее оригинальна процедура применения и установления содержания иностранного права в Италии, поскольку доктрина и судебная практика этой страны в рассматриваемом вопросе расходятся. Так, теория предлагает исходить из постулата о том, что коллизионная норма, отсылающая к иностранному праву, якобы инкорпорирует иностранный закон в итальянское право. Поэтому толкование и установление содержания его должны быть подчинены процессуальным правилам, которые свойственны итальянскому правопорядку, из чего вытекает, что судья не обязан следовать «духу» этого закона и тому, как он применяется в «родном» государстве. Первоначальная же позиция судов сводилась к тому, чтобы интерпретировать иностранное право как фактическое обстоятельство. Впоследствии итальянский суд начал применять иностранное право на основе принципа, обуславливающего его действия в данном отношении как *ex officio*, и, следовательно, применять иностранные правовые нормы так, как они существуют и толкуются в соответствующей стране.

Швейцарский суд согласно ст. 16 Закона о международном частном праве устанавливает иностранное право *ex officio*. К этому могут привлекаться стороны (ч. 1 ст. 16). Тем самым прослеживается определенное сходство с практикой Австрии и ФРГ, когда суд, помимо исполнения долга собственными силами и средствами, обращается и к самим сторонам. Однако в

отношении имущественно-правовых требований бремя доказывания может быть вообще переложено на стороны.

Особые средства установления содержания иностранного права предусмотрены в Кодексе Бустаманте. Регулирование, содержащееся в нем, устанавливает, во-первых, что сторона, требующая применения закона любого договаривающегося государства, может удостоверить текст акта, его силу и содержание подписями двух практикующих юристов страны, о чьем законодательстве идет речь. Это удостоверение должно быть надлежащим образом заверено (ст. 409). При отсутствии доказательств либо если судья или суд сочтут его ненадлежащим по каким-либо основаниям они могут перед вынесением решения затребовать *ex officio* по дипломатическим каналам, чтобы государство, о чьем законодательстве идет речь, представило справку о тексте, силе и содержании применимого закона (ст. 410). Государства также обязуются предоставлять друг другу информацию, которая должна исходить от верховного суда или соответствующих его подразделений, государственного прокурора, департамента или министерства юстиции (ст. 412).

В Российской Федерации иностранное право применяется органом юстиции *ex officio* и рассматривается как право, а не как фактическое обстоятельство. На основании ст. 157 Основ гражданского законодательства 1991 г. суд, арбитражный суд, третейский суд или административный орган устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем государстве. Аналогичные положения в данном отношении содержатся в Семейном кодексе РФ (ст. 166), а также в АПК РФ (ст. 12).

Так, в одном из дел, рассмотренных арбитражным судом РФ, встал вопрос о применении права ФРГ. Спор возник между российским акционерным обществом и немецкой компанией на основе заключенного договора о продаже немецкой стороной теплохода для предполагаемой эксплуатации в рамках создаваемого совместного российско-германского предприятия. Совместное предприятие создано не было, между тем предполагалось, что оплата стоимости теплохода российским обществом будет произведена из его доли прибыли в совместном предприятии. Из иных источников оплатить договорную цену по купле-продаже судна российское юридическое лицо не имело возможности. В качестве разрешения проблемы неплатежа немецкая компания предложила заключить договор аренды теплохода, в котором она выступила в качестве арендодателя. Не видя иного выхода, российская сторона согласилась, однако в дальнейшем стало ясно, что предусмотренная схема расчетов фактически ставит ее на грань банкротства. Исковое заявление истца содержало требование о признании договора недействительным как кабальной сделки на основании российского законодательства. Поскольку в договоре стороны не избрали применимое право, а избрали лишь форум — арбитражный суд РФ, то выбор права должен был произвести суд. Квалифицировав сделку как внешнеэкономическую, суд применил российские коллизионные нормы, позволяющие определить надлежащее право. Таким правопорядком в силу пп. 1, 2 ст. 166 Основ Гражданского законодательства 1991 г. стало право ФРГ как право страны наймодателя. Порядок принудительного прекращения прав и обязанностей сторон по сделке должен устанавливаться в соответствии с предписаниями и основаниями, содержащимися в немецком праве. Германское гражданское уложение не предусматривает расторжения договора в силу кабальности характера сделки, тем не менее гл. 2 «Волеизъявление» имеет ряд правоположений, на которых суд мог основывать свои рассуждения. В частности, в § 138 (п.1) устанавливается, что «ничтожна сделка, по которой одно лицо, пользуясь нуждой, легкомыслием, неопытностью, безрассудством или слабостью воли другого, получает от него имущественные выгоды и обязательства для себя или для третьего лица,

значительно превышающие ценность предоставляемых услуг, так что выгода представляется явно несоразмерной оказанным услугам». Кроме того, в § 119 «Заблуждение» законодатель предусмотрел также и обстоятельства оспоримости сделки: «Тот, кто при волеизъявлении заблуждался относительно существенных обстоятельств в предмете сделки или определенного лица, может оспорить волеизъявление, если нет оснований полагать, что он не сделал бы волеизъявления, если бы знал об этих обстоятельствах. Заблуждение в содержании сделки признается заблуждением о свойствах лица или вещи, которые считаются существенными». Понятно, что заблуждение в результатах схем и форм расчетов может быть признано как существенное. С другой стороны, в рамках рассматриваемого правопорядка существует и такое основание для признания сделки недействительной, как несоблюдение формы. В частности, § 311 гласит, что «договор, согласно которому одна сторона обязуется передать другой стороне наличное имущество, или его часть, или участие в пользовании им, требует нотариального удостоверения». Безусловно, в данном случае договор аренды должен быть отнесен к таким, содержание которых состоит именно в том, чтобы передать «наличное имущество» от одной стороны другой. Таким образом, арбитражный суд, произведя выбор подлежащего права, должен был выделить еще и те его материальные нормы, которые подлежали применению в данном конкретном случае, а также установить их содержание.

Для указанных целей правоприменяющий орган может обратиться в установленном порядке за содействием и разъяснением в Министерство юстиции РФ, его учреждения за границей, иные компетентные органы, а также привлечь мнение экспертов. При этом лица, участвующие в деле, в свою очередь, не лишаясь права подтверждения соответствующего содержания иностранного закона, могут представить определенные документы и свидетельства. Однако к установлению содержания иностранного права не могут применяться положения ст. 50 ГПК РСФСР и ст. 53 АПК РФ об обязанности лица, участвующего в деле, доказать те обстоятельства, на которые оно ссыпается как на основание своих требований или возражений.

Поскольку, как было отмечено выше, Россия участвует в Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства 1968 г., возможные масштабы осведомленности и средства получения российскими органами юстиции необходимых данных от зарубежных партнеров достаточно широки.

Целям облегчения получения судами сведений об иностранном праве и его содержании служит также закрепление соответствующих положений в договорах о правовой помощи, подписанных Российской Федерацией или действующих для нее в порядке континуитета обязательств Советского Союза. Вопросу о действиях государств-участников, предпринимаемых ими в части предоставления информации в области законодательства, в международных соглашениях традиционно уделяется внимание. Практически во всех международно-правовых документах предусматривается, что компетентные органы (центральные органы юстиции) договаривающихся сторон по просьбе предоставляют друг другу сведения о действующем или действовавшем на их территории внутреннем законодательстве и о практике его применения учреждениями юстиции (см., например, ст. 15 Минской конвенции стран СНГ, ст. 12 российско-польского, ст. 15 российско-египетского, ст. 3 российско-турецкого и других договоров). При этом следует обратить внимание на то, что, скажем, ст. 3 Договора между Российской Федерацией и Турцией, в отличие от формулировок двух других упомянутых двусторонних соглашений, соответствующую обязанность конструирует таким образом, что информирование охватывает не только законодательство, но и судебную практику. В данном случае это отражает специфику источников права, действующих в договаривающихся государствах.

Практика применения иностранного права сталкивается с двумя немаловажными проблемами: во-первых, каковы должны быть действия суда, если содержание иностранного права не удастся установить; во-вторых, каковы юридические последствия неправильного установления или

неверного применения иностранного закона? Повсеместно принятым ответом на первый из вопросов выступает положение, что при невозможности установить надлежащее содержание иностранного права применяется национальное право суда — *lex fori*. Таковы, например, четкие формулировки норм актов в области международного частного права Польши, Венгрии, Чехии, Швейцарии, ФРГ, МНР, СРВ, России, Беларуси, Украины и т.д.

Что же касается юридических последствий неверного применения иностранного права, то главным аспектом этой проблемы выступает наличие или отсутствие в этом основания, могущего служить поводом для кассации вынесенного решения. И в этом плане практика стран мира далеко не единодушна. Если в Австрии неправильное установление содержания иностранного права служит основанием для ревизии решения, то в Германии этого нет. С точки зрения Кодекса Бустаманте неправильное применение иностранного права является кассационным поводом. О подходе Великобритании к такому вопросу свидетельствует, в частности, следующее высказывание Апелляционного суда: «...наша обязанность... заключается в том, чтобы изучить представленные судьям доказательства иностранного права и решить для себя, оправдывают ли эти доказательства тот вывод, к которому они пришли»¹⁸¹. В свете этого закономерно допущение, что если подобный вывод расходится, по мнению высшей инстанции, с предъявленными доказательствами, решение должно быть пересмотрено.

С позиций российского гражданско-процессуального законодательства, а именно ст. 306 ГПК РСФСР, основаниями отмены решения суда в кассационном порядке являются нарушение или неправильное применение норм материального или процессуального права. Последнее конкретизируется в законе следующим образом: «Нормы материального права считаются нарушенными или неправильно примененными: 1) если суд не применил закона, подлежащего применению; 2) если суд применил закон, не подлежащий применению; 3) если суд неправильно истолковал закон» (ст. 307 ГПК РСФСР). Поскольку в тех случаях, когда содержание и смысл применяемого акта понимаются искаженно по отношению к тому, как это происходит «на родине» закона, вследствие чего суд приходит к неверному выводу о правах и обязанностях сторон, то имеет место неправильное истолкование закона. С учетом этих положений закономерно заключение, что *ненадлежащее установление содержания иностранного права образует кассационный повод*.

Проведенный обзор законодательной, судебной и доктринальной практики различных государств в вопросе установления содержания иностранного права, думается, в полной мере убеждает в том, что обращение к нормам иностранного правопорядка, обусловленное коллизией норм или выбором сторон, представляет собой весьма непростую задачу, причем не только для суда, но в большинстве случаев и для самих сторон. Вследствие этого решение вопроса о подчинении договорных обязательств в ситуациях, когда предпочтение какому-либо иностранному правопорядку полностью лежит на сторонах, должно быть тщательно продумано и осмыслено под углом зрения именно эвентуального установления его содержания в суде или ином органе. Стоимость подобного решения может оказаться более чем значительной.

В частности, известен пример, когда в 40-х гг. нью-йоркский суд рассматривал дело о возмещении вреда, причиненного на территории Саудовской Аравии, по иску физического лица к саудовской компании вследствие того, что в Нью-Йорке находилось отделение данного юридического лица. Истец предъявил свое требование на основе права Саудовской Аравии как закона места причинения вреда и выдвинул презумпцию тождества содержания права Саудовской Аравии и Соединенных Штатов Америки. Суд же решительно отклонил ее и отложил разбирательство спора, предоставив истцу время для осуществления действий по установлению надлежащего содержания иностранного права. Однако, как со всей очевидностью следует из материала ранее приведенного казуса, связанного с правопорядком Саудовской Аравии, процесс собирания доказательств в целях установления подлежащих применению норм и их толкования достаточно сложен, в результате чего велики и затраты, могущие многократно превзойти цену иска. Очевидно, что в силу подобных соображений истец в деликтном обязательстве не

¹⁸¹ Чешир П., Норт Дж. Указ соч. С. 150.

смог поддержать свое требование на первоначально выдвинутой основе.

Контрольные вопросы:

1. Каковы основания применения иностранного права?
2. Каковы принципы установления его содержания в различных правовых системах?
3. В чем состоит практическое значение проблемы «конфликта понятий»?
4. Юридические последствия неправильного применения или неверного установления содержания иностранного права.