

Д.П. СТРИГУНОВА

ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ
МЕЖДУНАРОДНЫХ
КОММЕРЧЕСКИХ
ДОГОВОРОВ

Монография

Том 2

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

Дина Павловна Стригунова
Правовое регулирование
международных коммерческих
договоров. В 2 томах. Том 2

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=29421159

*Правовое регулирование международных коммерческих договоров:
монография. В 2т. Т. 2. /Д.П. Стригунова: Юстицинформ; Москва;
2017*

ISBN 978-5-7205-1389-4

Аннотация

Целью настоящей работы является анализ актуальных проблем правового регулирования международных коммерческих договоров, современных тенденций и перспектив развития их правового регулирования, а также выработка основных предложений по его совершенствованию прежде всего в рамках Евразийского экономического союза. Настоящее издание рекомендовано научным работникам, практикующим юристам, преподавателям, аспирантам, студентам и другим лицам, интересующимся проблемами правового регулирования международных коммерческих договоров.

Содержание

Введение	6
Глава 4	9
§ 1. Пределы действия принципа автономии воли сторон	9
§ 2. Основные проблемы соглашения о применимом праве	71
Конец ознакомительного фрагмента.	85

Дина Стригунова
Правовое регулирование
международных
коммерческих договоров.
В 2 томах. Том 2

Моим любимым родителям и наставникам с благодарностью

To my beloved parents and mentors with gratitude

D.P. Strigunova

**LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL
COMMERCIAL CONTRACTS**

Monograph

Volume 2

Moscow

YUSTITSINFORM

Strigunova D.P.

Legal regulation of international commercial contracts: a monograph. In 2 vols. Volume 2. / D.P. Strigunova. – M.: Yustitsinform, 2017. – 432 p.

978-5-7205-1389-4

The aim of this work is the analysis of actual problems of legal regulation of international commercial contracts, modern trends and prospects of development of their legal regulation, as well as the development of basic proposals for its improvement, primarily within the framework of the Eurasian Economic Union.

This publication is recommended to researchers, practicing lawyers, teachers, graduate students, students and other persons interested in the problems of the legal regulation of international commercial contracts.

Keywords: international commercial contract, legal regulation of international commercial contracts, international commercial law.

© LLC «Yustitsinform», 2017

Введение

Правовое регулирование международных коммерческих договоров осуществляется с помощью определенных способов их правового регулирования: унифицированного материально-правового и коллизионно-правового. Первый является более эффективным, поскольку изначально обеспечивает определенность и предсказуемость правового регулирования международных коммерческих договоров. Однако, как показало исследование, только в отношении некоторых международных коммерческих договоров приняты международные соглашения, содержащие унифицированные материально-правовые нормы: договор международной купли-продажи товаров, договор международного финансового лизинга, договор международного факторинга и некоторые другие. При регулировании большинства остальных международных коммерческих договоров основным способом их правового регулирования остается коллизионно-правовой способ, предполагающий определение применимого к ним права на основе коллизионных норм.

В рамках коллизионно-правового способа наиболее важными принципами правового регулирования международных коммерческих договоров выступают принцип автономии воли сторон и принцип наиболее тесной связи, применение которых вызывает определенные проблемы. Такие про-

блемы связаны с пределами применения принципа автономии воли сторон, с содержанием категории «применимое право», с определением принципа наиболее тесной связи и критериев, с помощью которых он раскрывается, а также со сферой действия обязательственного статута международного коммерческого договора.

Современной альтернативой традиционным источникам правового регулирования международных коммерческих договоров выступают средства их негосударственного регулирования, именуемые также источниками *lex mercatoria*. В связи с выбором средств негосударственного регулирования в качестве применимого права также возникает ряд проблем: допустимость применения того или иного источника в качестве *lex contractus*, выбор одного из таких источников, соотношение их между собой и нормами права и ряд других. Однако несмотря на определенные недостатки, средства негосударственного регулирования обладают несомненными преимуществами по сравнению с внутренним правом государств, не направленным специально на регулирование международных коммерческих договоров.

Разрешение проблем правового регулирования международных коммерческих договоров предполагает выработку определенных механизмов, направленных на совершенствование их правового и иного нормативного регулирования. С учетом цели, поставленной в самом начале исследования, такие предложения в первую очередь должны коснуться-

ся ЕАЭС, но не могут не затронуть отечественное законодательство по международному частному праву. Достижению данной цели способствует изучение современных тенденций правового и иного нормативного регулирования международных коммерческих договоров.

Глава 4

Проблемы определения права, применимого к международным коммерческим договорам

§ 1. Пределы действия принципа автономии воли сторон

Автономия воли является одним из важнейших принципов частного права, в рамках которого она понимается как свободное усмотрение участников частноправовых отношений, которое означает способность и возможность лиц самостоятельно и свободно формировать и проявлять свою волю, в том числе при заключении договоров. В сфере международного частного права (далее – МЧП) автономия воли означает свободу выбора права при регулировании отношений с иностранным элементом, в том числе возникающих из заключаемых сторонами международных коммерческих договоров.

В литературе высказываются различные мнения относительно места и времени появления автономии воли как института международного частного права. Например, С. Си-

меодинес ведет отсчет от 120–118 гг. до н. э., связывая его с Древним Египтом¹. Более распространенным является мнение о том, что автономия воли возникла в XVI в., а ее автором является французский юрист Ш. Дюмулен². Некоторые связывают происхождение автономии воли как института МЧП с XIX в. и П. Манчини³.

Институт автономии воли подвергался многократному исследованию в трудах зарубежных и отечественных ученых по международному частному праву. В разное время свои работы указанному институт посвятили, в частности, Л.П. Ануфриева⁴, А.В. Асосков⁵, М.М. Богуславский⁶, Г.К. Дмитриева⁷, В.П. Звеков⁸, В.А. Канашевский⁹, Л.А. Лунц¹⁰, О.Ю.

¹ Symeonides S. Party Autonomy on Rome I and II: an Outsider's Perspective // Netherlands International Privaatrecht. 2010. Afl. 2. – P 191; Цит. по: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 21.

² Об этом напр.: Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Книгодел, 2005. – С. 109.

³ Об этом: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012. – С. 23.

⁴ Ануфриева Л.П. Международное частное право: учебник: в 3 т. Т. 2: Особенная часть. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2002.

⁵ Асосков А.В. Указ. соч.

⁶ Богуславский М.М. Коллизионные вопросы обязательственных правоотношений во внешней торговле СССР // Правовое регулирование внешней торговли СССР. М., 1960.

⁷ Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2004 и др.

⁸ Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М.: Волтере

Малкин¹¹, Д.Ф. Рамзайцев¹², А.А. Рубанов¹³, В.Л. Толстых¹⁴, С.В. Третьяков¹⁵, Н.В. Тригубович¹⁶, А.Г. Филиппов¹⁷, Дж. Билль¹⁸, М. Вольф¹⁹, Д.К. Мосс²⁰, Л. Раапе²¹ и др.

Клувер, 2007.

⁹ Канашевский В.А. Международное частное право: учебник. 2-е изд., доп. М.: Международные отношения, 2009.

¹⁰ Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 т. М.: Спарк, 2002.

¹¹ Малкин О.Ю. Автономия воли во внешнеэкономических сделках: дис... канд. юр. наук. М., 2005.

¹² Рамзайцев Д.Ф. Договор купли-продажи во внешней торговле СССР. М.: Внешторгиздат, 1961.

¹³ Рубанов А.А. Институт «автономии воли» в международном частном праве как теоретическая проблема // Советский ежегодник международного права, 1986. М., 1987. – С. 214–228.

¹⁴ Толстых В.Л. Международное частное право: коллизийное регулирование. СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.

¹⁵ Третьяков С.В. Юридическая природа автономии воли в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. М., 2003.

¹⁶ Тригубович Н.В. Автономия воли в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. Саратов, 1999.

¹⁷ Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М.: Статут, 1999.

¹⁸ Beale J.H. A Treatise on the Conflict of Law // Constitution Society // Режим доступа: URL: http://www.constitution.org/jnb/conflict_laws.htm (дата обращения: 20 декабря 2016 г.).

¹⁹ Вольф М. Международное частное право / Пер. с англ. – С. М. Рапопорт; под ред. Л.А. Лунца. М.: Госизд. иностр. лит., 1948.

²⁰ Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража: дис... канд. юр. наук. М., 1996.

²¹ Раапе Л. Международное частное право / Под ред. Л.А. Лунца. М.: Изд-во

Существующие позиции относительно понимания правовой природы автономии воли могут быть разделены, прежде всего, на те, авторы которых признают автономию воли, и те, авторы которых относятся к автономии воли негативно или высказываются за ее значительное ограничение, по сути сводя ее на нет. Например, в зарубежном праве сторонниками неограниченной автономии воли являлись М. Вольф и А. Нуссбаум, а ее противниками были, например, Дж. Чешир и А. Батиффоль²².

Позиции ученых, поддерживающих автономию воли, можно разделить на несколько групп. Так, одни ученые видят источник автономии воли в международном праве (П. Манчини, Недерер, Я. Крофоллер, Д.Ф. Рамзайцев и др.²³). Другие считают, что автономия воли сама по себе является своеобразным источником права (П. Най²⁴). Третьи ученые видят источник закрепления автономии воли в национальном праве государств. При этом одни из них считают автономию воли институтом материального права (А.Н. Макаров, С.В. Третьяков, О. Кан-Фройд, К. Зир, П. Норт, А.В. Асос-

иностр. лит., 1960.

²² Об этом: Лунц Л. А. Курс международного частного права. – С. 213.

²³ Цит. по: Вольф М. Международное частное право. М., 1948. – С. 54; Рубанов А.А. Указ. соч. – С. 225; Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 19; Рамзайцев Д. Ф. Указ. соч. – С. 53–55; Международное частное право: учебник/ Отв. ред. Г. К. Дмитриева. 4-е изд., перераб. и доп. М.: Проспект, 2017. – С. 304.

²⁴ Об этом: Асосков А.В. Указ. соч. – С. 31.

ков, М.М. Богуславский и др.²⁵), другие относят его к коллизийным институтам МЧП (Ф.К. Савиньи, П. Майер, М. Вольф, Л. Раапе, Л.А. Лунц, В.П. Звеков, А.Л. Маковский, В.Л. Толстых, Г.К. Дмитриева, В.А. Канашевский и др.²⁶). Некоторые ученые считают, что автономия воли объединяет в себе коллизийную и договорную природу (О.Ю. Малкин, Н.В. Тригубович, А.Г. Филиппов)²⁷.

Позиция авторов, усматривающих в автономии воли коллизийно-правовую природу, достойна поддержки. Наиболее ярко данную позицию относительно коллизийно-правовой природы автономии воли в современном праве выразил В.Л. Толстых, считая, что «институт автономии воли –

²⁵ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М., 2005. – С. 110; Третьяков С.В. Указ. соч. – С. 8–9; Асосков А.В. Указ. соч. – С. 40–45; Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. 7-е изд., перераб. и доп. М.: Норма: ИНФРА-М, 2016. – С. 293.

²⁶ Лунц Л. А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М.: Юридическая литература, 1972. – С. 21; Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право. М., 1984. – С. 26; Рубанов А. А. Принцип автономии воли // Международное частное право. Современные проблемы: в 2 кн. Кн. 1 /Отв. ред. М. М. Богуславский. М.: Наука, 1993. – С. 16–168; Лунц Л.А. Курс международного частного права. – С. 212–213; Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 119; Звеков В.П. Указ. соч. – С. 278; Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М.: Международные отношения, 2016. – С. 97; Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г. К. Дмитриева. М., 2017.-С. 303.

²⁷ Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 19; Филиппов А.Г. Некоторые аспекты автономии воли в российском международном частном праве // Актуальные проблемы гражданского права / Под ред. М.И. Брагинского. М.: Статут, 1999; Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 22.

институт коллизионного регулирования. Как и коллизионная норма, выбор права определяет статут договора. Как и коллизионная норма, выбор права препятствует столкновению правопорядков. Как и коллизионная норма, выбор права может породить проблемы обратной отсылки, первичной квалификации и пр. Таким образом, – заключает В.Л. Толстых, – институт автономии воли закрепляет особые коллизионные нормы, привязкой которых является право, избранное сторонами»²⁸.

Следует также согласиться с Л.А. Лунцем в том, что использование привязки к праву, избранному сторонами договора, устраняет другие коллизионные привязки, которые объективно могли бы применяться к международному коммерческому договору²⁹. В этом можно увидеть значение автономии воли сторон как особой коллизионной привязки и основополагающего коллизионного института (принципа) международного частного права.

Будучи особой коллизионной привязкой, автономия воли отличается от объективных коллизионных привязок. На эту особенность обращает внимание Н.В. Тригубович, которая считает, что автономия воли не должна сводиться к определенному виду коллизионных привязок и приводит ряд критериев, отличающих автономию воли от иных коллизионных

²⁸ Цит. по: Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 119.

²⁹ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 212–213.

привязок³⁰. С учетом ее мнения применительно к международным коммерческим договорам следует отметить, что автономия воли отличается от объективной коллизионной привязки:

- 1) наличием волевого момента при определении применимого к международному коммерческому договору права;
- 2) тем, что она реализуется сторонами международного коммерческого договора, а не судом (арбитражем);
- 3) тем, что она имеет более широкое содержание по сравнению с объективными коллизионными привязками, поскольку не ограничивается выбором права какого-либо определенного государства;
- 4) тем, что в ряде случаев она предполагает возможность выбора в качестве применимого не только национального права, но и источников *lex mercatoria*;
- 5) тем, что она имеет приоритетное значение по отношению к объективным коллизионным привязкам, устраняя их действие.

Являясь проявлением свободы усмотрения в международных коммерческих отношениях, соответствуя диспозитивной направленности регулирования указанных отношений, принцип автономии воли сторон международных коммерческих договоров в полной мере соответствует «международному» характеру международных коммерческих договоров и интересам их участников. Применительно к исследуемой

³⁰ Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 28.

проблематике его основное значение состоит в том, чтобы согласованной волей сторон определить право, подлежащее применению к международному коммерческому договору.

Принцип автономии воли сторон имеет приоритетное значение по отношению к объективным привязкам: с его помощью удастся определить применимое к международному коммерческому договору право, избегая объективных коллизионных привязок, применяемых судом. Таким образом, принцип автономии воли сторон позволяет сторонам международных коммерческих договоров вполне легально обойти нежелательное право и выбрать желаемое право для их правового регулирования.

В настоящее время принцип автономии воли получил закрепление в международных соглашениях и национальном законодательстве государств, а также одним из источников *lex mercatoria*. Так, указанный принцип содержится в ст. 2 Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г.³¹, ст. 5 Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г.³², п.

³¹ Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров (движимых материальных вещей) от 15 июня 1955 г. РФ не участвует. Конвенция ратифицирована Данией, Финляндией, Францией, Италией, Нигером, Норвегией, Швецией и Швейцарией. Подписана Люксембургом, Нидерландами и Испанией. Бельгия денонсировала конвенцию //Текст Конвенции в кн.: Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2002. – С. 424–428.

³² Конвенция о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г. (Гаага, 14марта 1978 г.). РФ не участвует. Ратифицирована Аргентиной, Францией, Нидерландами и Португалией //Текст Конвенции в кн.: Вилкова Н. Г. Указ. соч. –

1 ст. 7 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.³³, п. 1 ст. 3 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.³⁴ и пришедшем ей на смену Регламенте «Рим I» (п. 1 ст. 3)³⁵, ст. 7 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.³⁶, п. «е» ст. 11 Киевского соглашения СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.³⁷, ст. 41 Минской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.³⁸, ст. 44 одноименной

С. 435–443.

³³ Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 22 декабря 1986 г.). РФ не участвует. В силу не вступила // Розенберг М.Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1996. – С. 209–220.

³⁴ Конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим, 1980 г.) // Текст Конвенции в кн.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. – С. 454–466.

³⁵ Регламент (ЕС) № 593/2008 Европейского Парламента и Совета «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I») (Страсбург, 2008) // СПС «Консультант Плюс».

³⁶ Конвенция о праве, применимом к международным контрактам (Мехико, 1994 г.) // Текст Конвенции в кн.: Вилкова Н.Г. Указ. соч. – С. 467–474.

³⁷ Соглашение СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 20 марта 1992 г.) // Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ «Содружество». 1992. № 4.

³⁸ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским,

Кишиневской конвенции СНГ 2002 г.³⁹. Национальные законы по МЧП Австрии, Азербайджана, Венгрии, Венесуэлы, Вьетнама, Германии, Греции, КНР, Лихтенштейна, Польши, Турции, Швейцарии, стран ЕАЭС, включая РФ, и т. д.⁴⁰ также позволяют выбрать для регулирования международного коммерческого договора право любого государства. В частности, данный вывод следует из содержания п. 1 ст. 1210 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ⁴¹).

В праве некоторых государств содержится прямое ограничение на избрание применимого к договору права. Например, в соответствии с английским правом стороны договора вправе избирать применимое к договору право, однако таким правом «должно быть право страны, на которую выбранные привязки указывают как на страну локализации догово-

семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.) (с изм., внесенными Протоколом от 28 марта 1997 г.) // Собрание законодательства РФ. 1995. № 17. Ст. 1472.

³⁹ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Кишинев, 7 октября 2002 г.). РФ не участвует // СПС «Консультант Плюс».

⁴⁰ Текст законов по МЧП в кн.: Международное частное право: иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и науч. ред. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М.: Статут, 2000, а также на официальном сайте НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw> (дата обращения: 20 декабря 2016 г.).

⁴¹ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья. Федеральный закон № 146-ФЗ от 26 ноября 2001 г. (в ред. от 3 июля 2016 г.) // Собрание законодательства РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

ра»⁴². Однако с момента введения в действие Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., а затем и Регламента «Рим I», применяемых в том числе и в Англии, английские суды вынуждены были менять свою позицию в соответствии с указанными документами и принимать во внимание выраженную сторонами волю сторон по выбору права, не только связанного с договором.

В праве США ограниченная автономия воли получила закрепление во Втором своде коллизионного права 1971 г. (*The Second Restatement on the Conflict of Laws*)⁴³, а также в Единообразном торговом кодексе США 1952 г.⁴⁴ (далее – ЕТК США). *Restatement* 1971 г. хотя и не является источником права, однако обладает значительным авторитетом, на него имеются ссылки в целом ряде судебных решений, выносимых в США⁴⁵. В соответствии с указанными документами выбор права сторонами договора возможен, но только такого, которое связано с договором. В то же время Свод законов

⁴² Чешир Дж., НортП. Международное частное право. М.: Прогресс, 1982. – С. 247.

⁴³ Официальный сайт American Law Institute // Режим доступа: URL: <http://www.ali.org/publications/show/conflict-laws> (дата обращения: 20 декабря 2016 г.).

⁴⁴ Единообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. / Амер. ин-т права и Нац. конф. Уполномоченных по разраб. единообраз. законов штатов. М.: Международ. центр финансово-экон. развития, 1996.

⁴⁵ Канашевский В.А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М.: Волтере Клувер, 2010. – С. 100.

штата Орегон подобных ограничений не содержит⁴⁶.

В законодательстве других стран автономия воли в некоторых случаях вообще не допускается. Например, в соответствии с международным частным правом Ирана коллизионный выбор права сторонами не допускается, если контракт заключен на территории Ирана или хотя бы одной из сторон контракта является иранское физическое или юридическое лицо либо (вне зависимости от места заключения контракта), если объект сделки расположен на территории Ирана⁴⁷.

Помимо национальных и международных правовых актов в настоящее время принцип автономии воли сторон получил закрепление в одном из документов *lex mercatoria* — в Гаагских принципах по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г.⁴⁸, что указывает на огромное значение данного принципа в современном международном коммерческом обороте и внимание к нему международных организаций. С учетом авторитетности Гаагской конференции по МЧП, разработавшей указанный документ, вполне

⁴⁶ Свод статута штата Орегон (с изм. 2013 г.) / Пер. – С. Калугиной // Официальный штат НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw/NA> (дата обращения: 20 декабря 2016 г.).

⁴⁷ Об этом: Андреева О.В. Об «автономии» воли в международном частном праве // Актуальные проблемы экономики и менеджмента: сб. статей межвузовской научно-практической конференции. Воронеж, Руна, 2013. – С. 6–7.

⁴⁸ The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (Approved 19.03.2015) // Режим доступ а: URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135#text> (дата обращения: 1 января 2017 г.).

возможно, что Принципы будут применяться международными коммерческими арбитражами и способствовать дальнейшему распространению указанного принципа в международном коммерческом обороте.

В связи с тем, что право различных государств не всегда одинаково относится к самой возможности выбора применимого к договору права, в литературе нередко ставится вопрос о том, в соответствии с каким правом должна определяться *допустимость* применения принципа автономии воли сторон. Например, А.В. Асосков считает, что вопросы о допустимых пределах коллизионного выбора подчиняются праву страны суда⁴⁹. Иного мнения на этот счет придерживается М.М. Богуславский, считающий, что возможность выбора права должна допускаться правом соответствующих государств, в которых находятся предприятия сторон или же международным договором соответствующих государств⁵⁰. Дж. Чешир и П. Норт полагают, что вопрос о законности выбора права должен решаться в соответствии с объективно установленным правом, свойственным самому договору⁵¹.

Учитывая тот факт, что принцип автономии воли сторон получил закрепление не только в национальном праве, но и международных правовых и иных нормативных актах, а также то, что спор из международного коммерческого дого-

⁴⁹ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 47.

⁵⁰ Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. – С. 291.

⁵¹ Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. – С. 252.

вора может рассматриваться не только судом, но и арбитражем, проблему допустимости применения принципа автономии воли сторон следует решать на основании не только *lex fori*, но и *lex arbitri* с учетом международных соглашений, применимых к существу спора и содержащих нормы о выборе подлежащего применению права. Кроме того, при определении допустимости автономии воли в конкретных международных коммерческих сделках определенную роль может сыграть также право страны участника сделки, которое ограничивает или вовсе не допускает автономию воли в договорах с участием указанных лиц. Не являясь правом страны суда или арбитража, указанное право может (но не обязательно будет) приниматься во внимание правоприменительным органом.

Как было отмечено ранее, в законодательстве некоторых стран принцип автономии воли ограничивается необходимостью для сторон избирать право, имеющее разумную связь с международным коммерческим договором. Законодательство по МЧП большинства стран, равно как и РФ, а также международные соглашения не содержат подобного требования, однако и в этих странах законодатель устанавливает определенные *пределы* применения принципа автономии воли сторон, выступающие его ограничителями в сфере правового регулирования международных коммерческих договоров.

Пределы действия принципа автономии воли сторон в той

или иной степени рассматривались в работах К. Морса⁵², И. Сколса и С. Симеонидеса⁵³, Г. Рюль⁵⁴, О.В. Андреевой⁵⁵, А.Б. Покровской⁵⁶, Г.К. Дмитриевой⁵⁷, А.В. Асоскова⁵⁸ и других ученых. Анализ их мнений указывает на отсутствие единого классификационного критерия подобных ограничений.

Действие принципа автономии воли сторон в первую очередь ограничивается *сферой действия* обязательственного статута международного коммерческого договора. В частности, данное ограничение выделено в работе Г.К. Дмитриевой⁵⁹. Как известно, сфера действия обязательственного статута ограничивается кругом вопросов, на которые распро-

⁵² Morse C. Comparative Study of the Rules of Conflict of Laws in the Field of Contracts // The Influence of the European Communities upon Private International Law of the Member States / Ed. Fr. Rigaux. Bruxelles, 1981. – P. 153.

⁵³ Conflict of Laws / E. Scoles, P. Hay, P. Borchers, S. Symeonides. 4th ed. St. Paul, 2004. – P. 957.

⁵⁴ Ruhl G. Rechtswahlfreiheit im europäischen Kollisionsrecht // Die richtige Ordnung. Festschrift für J. Kropholler zum 70. Geburtstag / Hrsg. D. Baetge, J. von Hein, M. von Hinden. Tübingen, 2008. S. 200–207; Цит. по: Асосков А.В. Указ. соч. – С. 157.

⁵⁵ Андреева О.В. Указ. соч. – С. 5–13.

⁵⁶ Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом: автореф. дис... канд. юр. наук. М., 2006. – С. 24.

⁵⁷ Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2017. – С. 303–310.

⁵⁸ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 158–160.

⁵⁹ Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2017. – С. 308–309.

страняется применимое к договору право, однако таким правом может быть не только избранное сторонами право, но и право, установленное судом в отсутствие выбора его сторонами⁶⁰. В этой связи сфера действия обязательственного статута является пределом применения права, регулирующего международный коммерческий договор в силу принципа автономии воли сторон либо установленного судом (арбитражем) на основании коллизионных норм.

Реализация сторонами международного коммерческого договора выбора применимого к их договору права допускается лишь в форме *соглашения* о выборе применимого к такому договору права. Указанное соглашение возможно в двух видах: оговорка о применимом праве, включенная в текст договора, либо отдельное соглашение о применимом праве⁶¹.

Как отмечает Г.К. Дмитриева, «такое соглашение может быть в виде отдельного документа, подписанного сторонами и предназначенного для одного договора или группы договоров, или оно может быть включено в какой-либо документ, носящий общий характер (например, “Общие условия экспорта”), но при условии, что в договоре есть ссылка

⁶⁰ Подр. о сфере действия обязательственного статута: § 5 настоящей главы.

⁶¹ Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам, осложненным иностранным элементом // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2002. – С. 340.

на такой документ»⁶². Иногда стороны международного коммерческого договора достигают соглашения, выбирая применимое к их договору право путем ссылки на документ, содержащий условие о применимом праве. К таким документам могут быть отнесены Общие условия поставок, которые были разработаны и заключены во времена существования СССР⁶³. Приведенные примеры не исчерпывают всего разнообразия заключаемых сторонами соглашений о выборе применимого права. В любом случае воля сторон международного коммерческого договора «должна быть выражена достаточно определенно»⁶⁴.

Таким образом, автономия воли выражается вовне при помощи соглашения о выборе права. Без достижения соглашения сторон о выборе права к международному коммерческому договору такой выбор признается судом несостоявшимся, а применимое право определяется судом в силу объективных коллизионных привязок. Следовательно, *необходимость заключения соглашения* о выборе права может считаться своего рода ограничителем действия принципа автономии воли сторон.

Соглашение о выборе права считается достигнутым, когда стороны прямо выразили свою волю относительно вы-

⁶² Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2017.– С. 305.

⁶³ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 103.

⁶⁴ Богуславский М.М. Указ. соч. – С. 294.

бора применимого права (*expresiss verbis*) либо когда такой выбор подразумевается исходя из условий международно-го коммерческого договора или совокупности обстоятельств дела. Таким образом, *форма выбора* права сторонами международного коммерческого договора может быть прямой и подразумеваемой («молчаливой»).

Вопрос о формах выбора применимого права решается в международных и национальных правовых актах, а также источниках *lex mercatoria*. В большинстве из них признается, что выбор права должен быть прямо выражен или определенно (недвусмысленно) вытекать из положений договора (ст. 2 Гагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., п. 1 ст. 7 Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г., ст. 7 Межамериканской конвенции 1994 г., п. 1 ст. 3 Регламента «Рим I»). Аналогичное правило содержится в ст. 4 Гагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г. Правило о прямо выраженном и подразумеваемом выборе права содержится в ст. 116 Закона о МЧП Швейцарии 1987 г.⁶⁵.

Подобные нормы отсутствуют в Модельном гражданском

⁶⁵ Швейцарский обязательственный закон. Федеральный закон о дополнении Швейцарского гражданского кодекса (Часть пятая: Обязательственный закон): от 30 марта 1911 г. (по состоянию на 1 марта 2012 г.) / Пер. с нем., фр. Н.И. Гадаинко-Шер, М. Шер. М.: Инфотропик Медиа, 2012.

кодексе СНГ (далее – Модельный ГК СНГ⁶⁶), однако в законодательных актах по международному частному праву (далее – МЧП) зарубежных стран ЕАЭС они встречаются (п. 2 ст. 1112 ГК Республики Казахстан⁶⁷, п. 2 ст. 1124 ГК Республики Беларусь⁶⁸, п. 5 ст. 1284 ГК Республики Армения⁶⁹). В то же время ГК Кыргызской Республики⁷⁰ такой нормы не содержит, повторяя положения Модельного ГК СНГ.

В отечественном законодательстве по МЧП правило о возможности осуществить как прямой, так и «молчаливый»

⁶⁶ Гражданский кодекс. Модель. Рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств. Часть третья. Принят на седьмом пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств – участников Содружества Независимых Государств 17 февраля 1996 г. // Приложение к Информационному бюллетеню. Межпарламентская ассамблея государств-участников Содружества Независимых Государств. 1996. № 10. – С. 3–84.

⁶⁷ Гражданский кодекс Республики Казахстан (Особенная часть). Принят 1 июля 1999 г. (с изм. от 29 декабря 2014 г.) // Информационная система «Параграф» // Режим доступа: URL: http://online.zakon.kz/Document/?doc_id=1013880 (дата обращения: 2 января 2017 г.).

⁶⁸ Гражданский кодекс Республики Беларусь. Принят 7 декабря 1998 г. (с изм. от 5 января 2016 г.) // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь // Режим доступа: URL: http://etalonline.by/?type=text®num=НК9800218#load_text_none_1_ (дата обращения: 2 января 2017 г.).

⁶⁹ Гражданский кодекс Республики Армения. Принят 5 мая 1998 г. (с изм.) // Законодательство стран СНГ // Режим доступа: URL: http://base.spininform.ru/show_doc.fwx?rgn=2998 (дата обращения: 2 января 2017 г.).

⁷⁰ Гражданский кодекс Кыргызской Республики (Часть II). Принят 5 января 1998 г. (с изм.) // Информационная система «Параграф» // Режим доступа: URL: http://online.adviser.kg/Document/?doc_id=30224035 (дата обращения: 2 января 2017 г.).

выбор права закреплено в п. 2 ст. 1210 ГК РФ. Следует при этом отметить, что в РФ еще в советское время сложилась арбитражная практика применения воли как выраженной, так и молчаливой⁷¹. Данное правило уже длительное время применяется в деятельности Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ (далее – МКАС при ТПП РФ)⁷². Аналогичным образом указанный вопрос решается в арбитражных судах⁷³.

При прямо выраженном выборе права сторонами международного коммерческого договора вопрос о выборе права, как правило, не возникает. В то же время, как отмечает Р.М. Ходыкин, возможность суда выводить соглашение о выборе применимого права из условий договора либо обстоятельств дела делает неограниченной свободу судейского усмотрения⁷⁴ и ставит вопрос о том, в каких случаях следует считать *подразумеваемый выбор* применимого к договору права состоявшимся.

Разъяснение указанной проблемы было предложено ком-

⁷¹ Лунц Л.А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). – С. 45.

⁷² Например, Решение от 8 апреля 1999 г. (дело № 278-09), Решение от 31 декабря 2000 г. (дело № 305-98) // Практика международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999–2000 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2001.

⁷³ Например, Решение Арбитражного суда г. Москвы от 26 марта 2002 г. (дело № А40-38752/01 -30-324) // СПС «Консультант Плюс».

⁷⁴ Ходыкин Р.М. Новое в регулировании договорных обязательств в аспекте международного частного права // Вестник ВАС РФ. 2003. № 10. – С. 145.

ментаторами Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., которые прежде всего отвергли подход, берущий начало из английского права, в соответствии с которым суды находили применимое право исходя из гипотетической воли сторон⁷⁵. Следовательно, суд должен был принимать во внимание не подразумеваемое, а реальное намерение сторон подчиниться тому или иному праву. В этой связи М. Джуллиано и П. Лагард привели несколько примеров, свидетельствующих о реальном выборе применимого права: использование стандартных форм, которые должны регулироваться конкретной правовой системой; предшествующая деловая практика сторон (заведенный порядок) по ранее заключенным контрактам, содержащим прямое указание на применимое право, которое отсутствует в данном контракте; выбор конкретного суда для рассмотрения спора или конкретного места проведения арбитража; ссылки в контракте на конкретные положения отдельных правовых систем⁷⁶. Существуют и такие способы определения применимого права, как использование при формулировании прав и обязанностей сторон выражений и терминов, свойственных определенной национальной правовой систе-

⁷⁵ Цит. по: Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 95.

⁷⁶ Gulliano M., Lagarde R Council Report on the Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations. OJС 282 31.10.80. P. 17; Цит. по: Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 96.

ме⁷⁷. Кроме того, подразумеваемый выбор сторонами права, вытекающий из совокупности обстоятельств дела, следует, когда стороны обмениваются процессуальными документами, ссылаясь в них на нормы права одного и того же государства или источники *lex mercatoria*, а также при рассмотрении спора в суде ссылаются на нормы одного и того же права. Данная позиция разделяется в доктрине⁷⁸ и находит подтверждение в судебной и арбитражной практике.

Так, в одном из своих информационных писем Президиум ВАС РФ указал, что соглашение о применимом праве считается заключенным, если стороны спорного правоотношения при обосновании своих требований и возражений (например, в исковом заявлении и в отзыве на него) ссылаются на одно и то же применимое право (п. 13)⁷⁹. Соответствующую в этой связи позицию занимают арбитражные суды РФ⁸⁰.

В практике МКАС при ТПП РФ также достаточно случаев, когда указанный орган применял право той страны,

⁷⁷ Комментарий к ГК РФ, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева, К.Б. Ярошенко. М., 2004. – С. 478–479; Толстых В.Л. Указ соч. – С. 141.

⁷⁸ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 103; Богуславский М.М. Указ. соч. – С. 294 и др.

⁷⁹ Информационное письмо Президиума ВАС РФ № 158 «Обзор практики рассмотрения судами дел с участием иностранных лиц» от 9 июля 2013 г. // СПС «Консультант Плюс».

⁸⁰ Например, Постановление арбитражного суда Западно-Сибирского округа от 23 апреля 2015 г. по делу № А45-21175/2013; Постановление ФАС Московского округа от 19 мая 2014 г. № Ф05-13173/07 по делу № А40-31270/2007 // СПС «Консультант Плюс».

на нормы которой ссылались стороны в исковом заявлении, возражении на иск, встречном иске⁸¹.

Как отмечает О.Ю. Малкин, в подобных случаях проявление воли сторон основывается на процессуальных нормах, устанавливающих требования к содержанию искового заявления⁸². Действительно, ст. 125 АПК РФ⁸³ предусматривает, что в исковом заявлении должны быть указаны, в частности, требования истца к ответчику со ссылкой на законы и иные нормативные правовые акты (подп. 4 п. 2 ст. 125 АПК РФ). А согласно п. «е» ч. 1 § 9 Регламента МКАС, утвержденного приказом ТПП РФ от 18 октября 2005 г.⁸⁴, в исковом заявлении должно содержаться, в частности, обоснование исковых требований с учетом применимых норм права.

Вывод о подразумеваемом выборе права делается отечественными судами и арбитражами также в тех случаях, когда

⁸¹ Решение МКАС при ТПП РФ от 26 февраля 1998 г. по делу № 242/1996 // Арбитражная практика МКАС за 1998 г. М., 2000. – С. 63–65; Решение МКАС при ТПП РФ от 17 февраля 2003 г. по делу № 167/2001 // Практика МКАС за 2003 г. М., 2005. – С. 46–51; Решение МКАС при ТПП РФ от 4 марта 2004 г. по делу № 45/2003 // СПС «Консультант Плюс».

⁸² Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. М.: Статут, 2015. – С. 194–195.

⁸³ Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации. Федеральный закон № 95-ФЗ от 24 июля 2002 г. (в ред. ФЗ № 435-ФЗ от 19 декабря 2016 г.) // Собрание законодательства РФ. 2002. № 30. Ст. 3012.

⁸⁴ Приказ ТПП РФ от 18 октября 2005 г. № 76 «О Регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при торговопромышленной палате Российской Федерации» (в ред. от 8 ноября 2013 г.) // СПС «Консультант Плюс».

истец основывает свои требования на нормах определенной правовой системы, а ответчик не представляет возражений на иск по вопросу применимого права⁸⁵. К аналогичным выводам приходит в своих решениях МКАС при ТПП РФ⁸⁶.

Соглашаясь с тем, что предшествующая деловая практика сторон (заведенный порядок) по ранее заключенным международным коммерческим договорам, содержащим указание на применимое право, которое отсутствует в данном договоре, ссылка сторон на документы, содержащие условия о применимом праве, использование стандартных форм, содержащих указание на конкретную правовую систему, которой должен регулироваться международный коммерческий договор, использование при формулировании прав и обязанностей сторон международного коммерческого договора выражений и терминов, свойственных определенной правовой системе, обмен процессуальными документами и обоснование сторонами своих требований на основе одного и того же права в целом могут расцениваться как подразумеваемый выбор сторонами права, применимого к их международному коммерческому договору, в то же время представляется, что выбор сторонами договора суда или арбитража не всегда означает выбор применимого к международному коммерче-

⁸⁵ Постановление ФАС Московского округа от 14 ноября 2000 г. № КГ-А40/5200-00; Постановление ФАС Восточно-Сибирского округа от 20 марта 2014 г. по делу № А19-20140/2012 //СПС «Консультант Плюс».

⁸⁶ Решение МКАС при ТПП РФ от 1 апреля 2005 г. по делу № 125/2004 // СПС «Консультант Плюс».

скому договору права.

В зарубежном и отечественном праве и доктрине на этот счет сложилось два правила. В соответствии с первым из них выбор суда необязательно означает выбор применимого к договору права. Подобное правило прямо закреплено в ст. 7 Межамериканской конвенции 1994 г., а также в ст. 4 Га-агских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г. Подобное правило отсутствует в отечественном законодательстве по международному частному праву, но является общепризнанным в отечественной доктрине. Как, например, пишет А.П. Сергеев, «выбор суда сам по себе не означает выбора права страны суда, хотя в ряде случаев влияет на выбор коллизионных норм, которыми будет руководствоваться суд»⁸⁷. Аналогичного мнения придерживаются и другие ученые⁸⁸.

Второе правило гласит следующее: «Кто выбирает суд, тот выбирает и право». Оно означает, что выбор сторонами суда, рассматривающего спор в той или иной стране, автоматически означает выбор применимого к их договору материального права страны суда. Подобного мнения придерживается У. Магнус, который применительно к немецкой практике отмечает, что «выражение “юрисдикция города Гамбурга”

⁸⁷ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий / Под ред. А.П. Сергеева. М.: Проспект, 2011. – С. 328.

⁸⁸ Например, Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 142; Богуславский М.М. Указ, соч. – С. 294.

означает молчаливый выбор немецкого права»⁸⁹. Аналогичную позицию занимает целый ряд других зарубежных ученых, таких как П. Майер, Б. Ауди, Дж. Чешир.⁹⁰ В Англии указанному правилу традиционно следуют не только английские суды, но и арбитражи, считая желание сторон провести арбитраж в Англии их желанием подчинить спор из международного коммерческого договора английскому праву⁹¹. Правило «Кто выбирает суд, тот выбирает и право» представляет собой ограничение применения принципа автономии воли сторон, связанное с *выбором суда / арбитража, предопределяющего lex contractus*.

В отечественной доктрине некоторыми учеными также высказывается мнение о том, что в тех случаях, «когда стороны прямо согласовали для разрешения споров юрисдикцию государственного суда, вполне разумно предположить, что они при этом имели в виду то право, которое такой суд применяет в своей обычной практике»⁹². Не соглашаясь с данной позицией, отметим, что в отечественной доктрине и

⁸⁹ КохХ., МагнусУ., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение/ Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М., 2001. – С. 144.

⁹⁰ Об этом: Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 131–132; КохХ., МагнусУ., Винклер фон Моренфельс П. Указ. соч. – С. 144; Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. – С. 255.

⁹¹ Дело Egon Oldendorff v. Liberia Corp. [1995]; Дело Tzortzis v. Monark Line A/B [1968] // Цит. по: Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 105–106.

⁹² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный). 4-е изд., испр. и доп. / Отв. ред. Н.И. Марышева и К.Б. Ярошенко. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ», 2014. – С. 531–532.

судебной практике давно сложилось правило, в соответствии с которым выбор сторонами суда, компетентного рассматривать возникший из международного коммерческого договора спор, не означает автоматического (молчаливого) выбора подлежащего применению права. На указанное обстоятельство неоднократно обращал внимание ВАС РФ, например, в п. 5 своего Информационного письма № 29 от 16 февраля 1998 г.⁹³, а также в п. 12 Информационного письма № 158 от 9 июля 2013 г.⁹⁴.

Что касается выбора международного коммерческого арбитража, то с его местонахождением, на наш взгляд, тем более не следует связывать выбор применимого права, поскольку международный коммерческий арбитраж руководствуется теми нормами, которые он находит подходящими и которые вообще могут не быть связанными с национальным правом какого-либо государства.

Таким образом, отечественное законодательство допускает как прямо выраженный, так и подразумеваемый выбор права, что находит подтверждение в отечественной судебной и арбитражной практике. При этом в тех случаях, когда условия о выборе применимого права не позволяют определить действительную волю сторон, суды и арбитражи исходят из

⁹³ Информационное письмо ВАС РФ № 29 «Обзор судебной-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» от 16 февраля 1998 г. // СПС «Консультант Плюс».

⁹⁴ СПС «Консультант Плюс».

отсутствия соглашения сторон о применимом праве⁹⁵.

В соответствии с законодательством по МЧП некоторых стран допускается только прямо выраженный выбор применимого к договору права (ГК Перу, ст. 24 Закона Турции о МЧП 1982 г.). Невозможность осуществить молчаливый выбор права может рассматриваться как одно из ограничений применения принципа автономии воли сторон, связанное с *формой выбора* применимого права. В отечественном законодательстве и законодательстве по международному частному праву многих других стран ограничение автономии воли, связанное с невозможностью осуществить молчаливый выбор права, отсутствует.

Одной из проблем применения принципа автономии воли сторон является определение *момента времени*, до которого стороны могут осуществить выбор применимого к международному коммерческому договору права, а также его *обратная сила* и возможность последующей *модификации*.

В законодательстве РФ, как и в законах многих других стран, устанавливается, что стороны договора могут выбирать применимое к нему право при заключении договора или в последующем (п. 1 ст. 1210 ГК РФ, п. 1 ст. 1224 ГК Республики Беларусь, п. 3 ст. 1284 ГК Республики Армения, п. 3 ст. 1198 ГК Кыргызской Республики и т. д.).

⁹⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. – С. 329; Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 197.

Считается, что моментом достижения сторонами соглашения о выборе права может быть как сам момент заключения договора, так и все последующие стадии развития правоотношений между сторонами: исполнение договора, возникновение спора, рассмотрение спора в судебном или третейском порядке⁹⁶. В любом случае выбор права, применимого к договору, должен быть осуществлен «до момента совершения сторонами первых заявлений по существу спора. Это объясняется хотя бы тем, что заявления сторон должны быть основаны на нормах права»⁹⁷. Таким образом, единственное временное ограничение выбора применимого права связано с тем, что такой выбор должен быть сделан до момента рассмотрения спора по существу, а точнее до момента совершения сторонами первых заявлений по существу спора.

В этой связи представляет интерес сформулированное Верховным судом КНР правило, приведенное в диссертации О.Ю. Малкина. В соответствии с этим правилом, «если стороны не избрали применимое право, то перед рассмотрением дела суд должен им предоставить возможность такого выбора»⁹⁸. В действительности подобное правило способно значительно облегчить деятельность суда или международ-

⁹⁶ Гражданский кодекс Российской Федерации. Часть третья (официальный текст от 26 ноября 2001 года): постатейный научно-практический комментарий / Под ред. А. Эрделевского. М.: «Библиотечка «Российской газеты», 2002. – С. 182.

⁹⁷ Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 125.

⁹⁸ Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 47.

ного коммерческого арбитража и могло бы быть взято на вооружение отечественным правоприменителем.

В отечественном законодательстве по МЧП норма о возможности «позднего» выбора применимого права и обратной силе такого выбора закреплена в п. 3 ст. 1210 ГК РФ. Подобная возможность используется сторонами международных коммерческих договоров, что находит отражение в практике МКАС при ТПП РФ⁹⁹.

Как отмечает О. Ю. Малкин, «ценность “поздних” соглашений о применимом праве с точки зрения их возможности служить в качестве ориентира для действий сторон, связанных с исполнением договора, потенциально ниже, но она компенсируется освобождением правоприменительного органа от процесса поиска применимой правовой системы на основании объективной привязки»¹⁰⁰. С указанным мнением следует согласиться.

Ряд международных и национальных правовых актов в области МЧП не только решают вопрос об обратной силе выбора применимого к международному коммерческому договору права без ущерба для прав третьих лиц и его формаль-

⁹⁹ Напр.: Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2006 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 2008. – С. 63; Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 151 /2011 от 6 июня 2012 г.; Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 106/2012 от 20 февраля 2013 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰⁰ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. – С. 329; Международное частное право: учебник/ Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 197.

ной действительности, но и говорят о возможности модификации ранее сделанного выбора права. Подобная норма содержится в ст. 8 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., п. 2 ст. 7 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., п. 2 ст. 3 Регламента «Рим I», п. 3 ст. 2 Гаагских принципов по выбору права к международным коммерческим договорам 2015 г., п. 3 ст. 116 швейцарского Закона о МЧП 1987 г., п. 3 ст. 1284 ГК Армении, п. 3 ст. 1198 ГК Кыргызской Республики.

Что касается возможности для сторон международного коммерческого договора изменить уже сделанный выбор права, то ст. 1210 ГК РФ не содержит специальных положений на этот счет, что представляется ее недостатком и в ряде случаев может служить ограничителем автономии воли сторон, связанной с невозможностью изменения ранее сделанного выбора применимого права. В то же время отечественная судебная практика¹⁰¹ и доктрина идут по пути поддержания подобной возможности для участников международных коммерческих договоров¹⁰².

С учетом изложенного можно заключить, что в соответствии с международными правовыми актами, зарубежным и

¹⁰¹ Напр.: Постановление ФАС Московского округа № КГ-А40/2425-99 от 10 августа 1999 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹⁰² Об этом, в частности: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. – С. 330.

отечественным МЧП выбор применимого к международному коммерческому договору права, как правило, не имеет временных ограничений за исключением того, что он должен быть сделан в любое время до рассмотрения спора по существу и имеет обратную силу без ущерба для прав третьих лиц и формальной действительности международного коммерческого договора. На наш взгляд, ст. 1210 ГК РФ нуждается в уточняющей норме, в соответствии с которой стороны международного коммерческого договора будут вправе модифицировать (изменить) ранее сделанный выбор применимого к нему права. Соответствующую норму предлагается также включить в международное соглашение ЕАЭС о международных коммерческих договорах.

Проблемой применения принципа автономии воли сторон в правовом регулировании международных коммерческих договоров является также определение содержания понятия «*применимое право*» как *lex contractus*¹⁰³.

Международные и национальные правовые акты по-разному подходят к решению данной проблемы. Например, некоторые из них прямо устанавливают, что договор регулируется каким-либо национальным (внутренним) правом (ст. 5 Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., ст. 5 Гаагской кон-

¹⁰³ Об этом, в частности: Новоселова А.А., Ломакина Е.В. Пределы свободы договора в международных коммерческих отношениях // Международное публичное и частное право. 2014. № 1. – С. 9–13.

венции о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г.). Другие содержат норму о том, что договор регулируется «правом, избранным сторонами», не определяя природу такого «права» (п. 1 ст. 7 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., п. 1 ст. 3 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., ст. 7 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., п. 1 ст. 3 Регламента «Рим I»). Не содержит специальных указаний на национальное право п. «е» ст. 11 Киевского соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., ст. 41 Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. и ст. 44 одноименной Кишиневской конвенции 2002 г.

В этой связи, например, положения ст. 7 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным коммерческим контрактам, 1994 г. позволяют некоторым ученым прийти к выводу о возможности для сторон международных коммерческих договоров избрать в качестве *lex contractus* источники *lex mercatoria*. В частности, к подобному выводу приходят Ф. Юнгер¹⁰⁴ и Ю.С. Лугинина¹⁰⁵. Про-

¹⁰⁴ Juenger F. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons // Juenger F. Selected Essays on the Conflict of Laws, New York, 1999. – P. 387–388; Цит. по: Асо-цков А. В. Указ. соч.

тивноположную позицию занимает Я. Долингер¹⁰⁶. Сказанное не позволяет сделать однозначный вывод о том, позволяется ли в соответствии с Межамериканской конвенцией 1994 г. избирать в качестве применимого права источники *lex mercatoria*.

Рассматривая вопрос о допустимости избрания сторонами договора в качестве применимого *lex mercatoria* в соответствии с Римской конвенцией о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., А.В. Асосков отмечает, что она не допускала подобного выбора. К аналогичному мнению, как отмечает ученый, приходила судебная практика западноевропейских стран (Швейцария, Англия). И несмотря на то, что некоторые суды Европы выносили решения, «близкие к признанию допустимости выбора вненациональных источников по соглашению сторон» (например, Франция, Нидерланды)¹⁰⁷, такие решения касались выбора сторонами в качестве применимого права норм международных договоров, а не средств негосударственного регулирования.

Не является однозначным подход законодателя и правоприменителя США к решению вопроса о допустимости вы-

¹⁰⁵ Лугинина Ю.С. Основные положения Конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, и Межамериканской конвенции 1994 г. о праве, применимом к международным договорам (сравнительный анализ) // Актуальные проблемы гражданского права: сб. статей. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского. М., 2002. – С. 390–421.

¹⁰⁶ Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁰⁷ Асосков А.В. Указ. соч.

бора средств негосударственного регулирования в качестве применимого права. Так, например, А.В. Асосков, анализируя § 187 Второго свода конфликтного права 1971 г. и § 1-105 ЕТК США, приходит к невозможности такого выбора. В то же время А. С. Комаров со ссылкой на комментаторов ЕТК США отмечает, что право США в целом допускает возможность выбора сторонами международных коммерческих договоров свода норм или принципов, применимых к коммерческим операциям, в частности Принципов УНИДРУА¹⁰⁸. Указанное мнение подтверждает и сам А.В. Асосков, отмечая подобную тенденцию в Луизиане и Орегоне (США)¹⁰⁹.

Тенденция к признанию средств негосударственного регулирования в качестве применимого права просматривается в Регламенте «Рим I», в п. 13 преамбулы которого сказано, что Регламент не запрещает сторонам включать посредством отсылки в свой договор негосударственное право или международное соглашение. Однако Регламент не определяет, может ли негосударственное право выступать в качестве *lex contractus* или имеется в виду исключительно его инкорпорация в договор.

По мнению М. Фоне, в соответствии с Регламентом «Рим

¹⁰⁸ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / Вступ. ст. А.С. Комарова. М., 2004. – С. X.

¹⁰⁹ Асосков А.В. Указ. соч.

I» допускается отсылка к национальному праву¹¹⁰, что исключает возможность выбора средств негосударственного регулирования в качестве применимого права. По мнению А. В. Асокова, наиболее распространенным толкованием положений преамбулы Регламента «Рим I» является возможность признания выбора в качестве применимого права только специального документа, посвященного унификации европейского обязательственного права, проектом которого в настоящее время являются Модельные правила частного права 2009 г.¹¹¹. В то же время в качестве таких документов в зарубежной доктрине не рассматриваются ни Принципы УНИДРУА¹¹², ни Принципы европейского договорного права (далее – Принципы ЕДП¹¹³)¹¹⁴.

Национальные законы по МЧП лишь некоторых стран содержат указание на то, что договор должен регулироваться

¹¹⁰ Fons M.P. Commercial Choice of Law in Context: Looking Beyond Rome // Brooklyn Journal of International Law. 2014. September. – R 242.

¹¹¹ Модельные правила европейского частного права / Науч. ред. Н. Ю. Рассказова. М.: Статут, 2013.

¹¹² Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА 2010 / Пер. с англ. А.С. Комарова. М.: Статут, 2013 // СПС «Консультант Плюс».

¹¹³ The Principles of European Contract Law 2002 (Parts I, II and III) // Режим доступа: URL: www.lexmercatoria.org (дата обращения: 16 декабря 2016 г.).

¹¹⁴ Dicey, Morris and Collins on the Conflict of Laws. 3rd Cumulative Supplement to 14th ed. Gen. ed. Lord Collins of Mapesbury. Sweet & Maxwell: Thomson Reuters. 2010. – P. 305; Bonomi A. The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations // Yearbook of Private International Law. 2008. Vol. 10. – P. 170; Цит. по: Асоков А.В. Указ. соч.

именно национальным правом, избранным сторонам. В частности, подобную норму содержит п. 1 ст. 1224 Модельного ГК СНГ и, соответственно, п. 1 ст. 1284 ГК Армении, п. 1 ст. 1112 ГК Казахстана, ст. 1198 ГК Кыргызской Республики. Большинство законов по МЧП других стран, например Швейцарии, Беларуси и т. д., подобного указания не содержат.

Учитывая то, что в ст. 1210 ГК РФ также говорится не о национальном праве какой-либо страны, а о праве, избранном сторонами, в отечественной литературе высказываются различные мнения относительно понимания термина «применимое право» в соответствии с ГК РФ. Так, например, некоторые ученые считают, что стороны договоров с иностранным элементом могут избрать в качестве применимого не только национальное право, но и систему права, имеющую наднациональный характер, например право Европейского союза, а также сослаться на *lex mercatoria*.¹¹⁵ С другой стороны, высказывается мнение о том, что термин «применимое право» должен пониматься как объективное право какого-либо государства и не включает в себя *lex mercatoria*.¹¹⁶

Полагаем, что решение вопроса о содержании категории «применимое право» должно проводиться сторонами международных коммерческих договоров и судом /арбитражем с

¹¹⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. – С. 328.

¹¹⁶ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 107, 109.

учетом подлежащих применению международных правовых актов, законодательства, правоприменительной практики и доктрины, действующей в том или ином государстве. Так, например, право и доктрина США допускает возможность выбора сторонами источников *lex mercatoria* для регулирования международных коммерческих договоров¹¹⁷. Подобная тенденция в признании источников *lex mercatoria* в качестве материального права, на наш взгляд, просматривается в п. 13 преамбулы Регламента «Рим I».

Несмотря на отсутствие в ст. 1210 ГК РФ прямого запрета на выбор источников *lex mercatoria* в качестве применимого права, отечественные суды «неохотно воспринимают выбор негосударственных инструментов в качестве применимого права»¹¹⁸. Такие «регуляторы» рассматриваются государственными арбитражными судами как нормы, инкорпорированные в договор. Вместе с тем с учетом содержания действующих источников *lex mercatoria* и роли, которую они играют в настоящее время, о чем было сказано в § 2 гл. 3 настоящего исследования, видится целесообразным допущение возможности для сторон международного коммерческого договора избирать в качестве применимого *lex mercatoria*, отразив соответствующее положение в ст. 1210 ГК РФ.

¹¹⁷ Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / Вступ. ст. А.С. Комарова. М., 2004. – С. X.

¹¹⁸ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. – С. 328.

В этой связи п. 1 ст. 1210 ГК РФ мог бы выглядеть следующим образом: «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору. В качестве применимого права стороны договора могут избрать материальное право любого государства и / или средство негосударственного регулирования, способное выступать в качестве применимого права». Аналогичное положение предлагается закрепить также в международном соглашении ЕАЭС о праве, применимом к международным коммерческим договорам, о чем будет сказано далее.

Именно из подобного широкого понимания «применимого права» при рассмотрении споров из международных коммерческих договоров исходит международный коммерческий арбитраж. В абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ содержится положение, согласно которому особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже. В силу ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»¹¹⁹ МКАС при ТПП РФ разрешает спор согласно тем нормам права, которые стороны избрали в качестве применимых к суще-

¹¹⁹ Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» № 5338-1 от 7 июля 1993 (в ред. от 3 декабря 2008 г., с изм. от 29 декабря 2015 г.) // Ведомости СНД и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

ству спора. Как отмечает О.Ю. Малкин, выражение «нормы права» «имеет более широкое содержание, чем “право” государства, позволяя сторонам оговаривать применение внешненациональных источников, т. е. документов, разработанных на международном уровне и не предполагающих одобрения государствами. К последним относятся, в частности, Принципы УНИДРУА 2010 г.»¹²⁰.

На возможность применения внешненациональных источников в качестве применимого права при обращении сторон в МКАС при ТПП РФ обращают внимание А.С. Комаров¹²¹ и А.Н. Жильцов¹²².

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что возможность сторон избирать в качестве *lex contractus* источники *lex mercatoria* зависит от органа, рассматривающего спор, признающего или не признающего подобную возможность. В целом же невозможность сторон международного коммерческого договора ссылаться в качестве применимого права

¹²⁰ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 193.

¹²¹ Комаров А.С. Применение трансграничных норм в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж: современные проблемы и решения: сб. статей к 80-летию Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации / Под ред. А.А. Костина; МКАС при ТПП РФ. М.: Статут, 2012 // СПС «Консультант Плюс».

¹²² Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2. – С. 10–29 // СПС «Консультант Плюс».

на источники *lex mercatoria* при обращении за разрешением спора в государственные арбитражные суды может рассматриваться как ограничение принципа автономии воли, связанное с *невозможностью избрать в качестве lex contractus источники lex mercatoria*.

Что касается выбора права какого-либо государства в качестве *lex contractus*, то по общему правилу стороны международного коммерческого договора могут избрать право любого государства для регулирования своих отношений. Данный вывод, в частности, следует из ст. 1210 ГК РФ, а также п. 4 ст. 2 Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г. В частности, согласно последним не требуется связи между избранным правом и сторонами или их договором. Между тем в соответствии с правом некоторых государств стороны могут свободно выбирать право, но только такое, которое связано с договором (ст. 1-105 ЕТК США, § 187 *Restatement Second of the Conflict of Law* США 1971 г.). Ограничение сторон международного коммерческого договора возможностью выбора в качестве применимого права правом связанного с договором государства может рассматриваться в качестве *пространственного ограничения* применения принципа автономии воли сторон. В отечественном законодательстве по МЧП подобное ограничение отсутствует.

Принцип автономии воли ограничен выбором *материального* права и не распространяется на коллизионные нор-

мы (ст. 1190 ГК РФ). Подобную норму содержит п. 1 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» и находит отражение в практике МКАС при ТПП РФ¹²³. Аналогичные положения содержатся в законодательствах по МЧП многих других стран. Например, соответствующая норма содержится в п. 1 ст. 1197 Модельного ГК СНГ, а также п. 1 ст. 1087 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 1096 ГК Республики Беларусь, ст. 1260 ГК Республики Армения, ст. 1170 ГК Кыргызской Республики.

Более либеральную норму на этот счет предусматривает ст. 8 Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г., согласно которой выбор права не относится к международному частному праву (т. е. коллизионному праву), если только стороны явно не выразили иное. Данная норма допускает возможность избрания сторонами международных коммерческих договоров коллизионных норм, однако она пока не нашла широкого применения.

Таким образом, даже при обращении сторон международного коммерческого договора за разрешением спора в международный коммерческий арбитраж его стороны в настоящее время вправе избрать материальное, но не коллизионное право (как национальное, так и *lex mercatoria*). Лишь неко-

¹²³ Например, Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 211 /2014 от 12 мая 2015 г.; Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 192/2014 г. от 20 апреля 2015 г. // СПС «Консультант Плюс».

торые законы по МЧП предусматривают правило, согласно которому отсылка к иностранному правопорядку охватывает и его коллизионные нормы (например, § 5(1) Федерального закона Австрии «О международном частном праве» 1978 г.). Однако подобное положение является скорее исключением из общепризнанного правила о том, что при выборе права стороны отношений с иностранным элементом, в том числе из международных коммерческих договоров, могут выбрать материальное, но не коллизионное право¹²⁴.

При выборе в качестве применимого права какого-либо государства стороны международных коммерческих договоров в качестве применимого права должны избирать действующее право существующего государства¹²⁵, притом в его изменяющемся виде. В качестве применимого права невозможно избрание отдельных норм какого-либо закона, исключая применение всего закона в целом. В качестве применимого, например, российского права возможно указание как на «право РФ», так и на «законодательство РФ». Последнее позволяет намеренно исключить из категории применимого права нормы международных соглашений, ограничиваясь внутренними источниками права РФ. Подобный вывод

¹²⁴ Об этом: Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право. Постатейный комментарий к разделу VI / Под ред. П.В. Крашенинникова. М.: Статут, 2014. – С. 102.

¹²⁵ Канашевский В А. Указ. соч. – С. 107.

был неоднократно сделан МКАС при ТПП РФ¹²⁶.

Заслуживает внимания вопрос о возможности для сторон сделать выбор применимого права и оградить свой выбор от изменений избранного права, т. е. «заморозить» выбранное право. По мнению А.П. Сергеева, такая возможность у сторон международного коммерческого договора имеется, но она ограничена принципами, изложенными в п. 2 ст. 422 ГК РФ. Анализ норм указанной статьи ГК РФ позволяет прийти к выводу о том, что такой возможности у сторон международного коммерческого договора нет. При «заморозке» выбранного права они инкорпорируют его нормы в свой международный коммерческий договор, однако в таком случае инкорпорированные в договор нормы не должны противоречить императивным нормам применимого права.

Позиция о необходимости выбора только «действующего» права и невозможности его «заморозить» разделяется доктриной, которая признает, что стороны международного коммерческого договора, осуществляя свой выбор права, не могут исключить будущие изменения в праве. Подобного мнения придерживаются, в частности, П. Най, Ф. Манн, Дж. Морис, П. Майер, П. Лагард, В.А. Канашевский и др.¹²⁷. По данному вопросу в ст. 8 Базельской резолюции об автономии

¹²⁶ Постановление МКАС при ТПП РФ по делу № 64/2007 от 12 марта 2008 г.; Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 35/2007 от 17 декабря 2007 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹²⁷ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 108.

воли, принятой Институтом международного права в 1992 г., также высказана позиция, отрицающая возможность для сторон «заморозить» выбранное право. Сказанное позволяет заключить, что стороны международного коммерческого договора не могут «заморозить» выбранное право, они выбирают право в его изменяющемся виде.

В ряде случаев стороны международного коммерческого договора выбирают не право какой-либо страны в целом, а ограничиваются избранием *отдельных норм* права того или иного государства. Как отмечает В.А. Канашевский, в этом случае избранные нормы права считаются инкорпорированными в договор и рассматриваются в качестве его условий. Соответственно, любые последующие изменения в законодательстве соответствующей страны не затрагивают инкорпорированный закон, поскольку он фактически перестает быть «законом», а рассматривается лишь в качестве договорного условия¹²⁸. Таким образом, при избрании сторонами отдельных норм права какой-либо страны указанные нормы следует считать инкорпорированными в договор, а выбор применимого права в целом следует считать несостоявшимся.

С другой стороны, наряду с избранием отдельных норм права стороны международных коммерческих договоров иногда пытаются *исключить* применение международных соглашений к своим договорам. В действительности стороны могут исключить применение к своим международным ком-

¹²⁸ Там же. – С. 109.

мерческим договорам тех или иных международных конвенций, распространяющих свое действие на них, но только в тех случаях, когда это предусмотрено указанными конвенциями. Например, согласно ст. 6 Конвенции УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г.¹²⁹ применение настоящей Конвенции может быть исключено только в случае, если каждая из сторон договора поставки и каждая из сторон лизинга даст на это согласие. Согласно ст. 6 Венской конвенции 1980 г.¹³⁰ стороны могут также исключить ее применение к своему международному коммерческому договору. Возможность исключения применения норм конвенций, носящих диспозитивный характер, служит проявлением принципа автономии воли сторон в негативном смысле и в целом должна оцениваться положительно.

В тех случаях, когда в международном коммерческом договоре в качестве применимого права указано «*право РФ*», к отношениям сторон применяются в первую очередь международные договоры РФ и затем внутреннее законодательство РФ. Подобный вывод был неоднократно сделан МКАС при ТПП РФ¹³¹. Однако в ряде случаев стороны международных коммерческих договоров указывают не «право Российской

¹²⁹ СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

¹³⁰ Конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (Вена, 1980 г.)//Вестник ВАС РФ. 1994. № 1.

¹³¹ Постановление МКАС при ТПП РФ по делу № 64/2007 от 12 марта 2008 г., Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 35/2007 от 17 декабря 2007 г. // СПС «Консультант Плюс».

Федерации», а «законодательство Российской Федерации». Как пишет П.В. Крашенинников, «такой подход иногда рассматривается в практике как применение только той части российской правовой системы, которая включает в себя нормативные акты, регулирующие гражданско-правовые отношения внутри страны, и не охватывает международные договоры РФ»¹³². К аналогичному мнению приходит А.П. Сергеев и М.М. Богуславский¹³³. Таким образом, складывается ситуация, при которой ссылка сторон на право РФ в качестве *lex contractus* должна рассматриваться как отсылка не только к внутреннему законодательству РФ, но и к ее международным соглашениям. При ссылке сторон в качестве *lex contractus* на законодательство РФ будет применяться только внутреннее гражданское законодательство РФ.

В ряде случаев стороны международных коммерческих договоров избирают применимое право путем указания не на право *конкретного* государства, а на «право страны ответчика», «право страны истца» или «право страны рассмотрения спора». Некоторые ученые относятся к подобному выбору положительно¹³⁴.

¹³² Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право. Постатейный комментарий к разделу VI/ Под ред. П.В. Крашенинникова. — С. 102.

¹³³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. — С. 328; Богуславский М.М. Указ, соч. — С. 295.

¹³⁴ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв.

Аналогичного мнения придерживается Президиум ВАС РФ, указав в п. 15 своего Информационного письма № 158 от 9 июля 2013 г. «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел с участием иностранных лиц», что в качестве применимого стороны вправе избрать право той стороны, которая в будущем при возникновении спора выступит ответчиком (истцом). Подобную позицию занимают отечественные арбитражные суды¹³⁵. В то же время позиция МКАС при ТПП РФ не является столь однозначной. Так, в одних решениях она соответствует позиции отечественных арбитражных судов¹³⁶, в то время как в других решениях МКАС при ТПП РФ не рассматривал указание на «право потерпевшей стороны» в качестве применимого права¹³⁷.

Разделяя в данном случае позицию МКАС при ТПП РФ, полагаем, что указание сторон международного коммерческого договора в качестве применимого права на «право страны истца» или «право страны ответчика» не должно считаться выбором применимого права. Данное мнение основа-

ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 196.

¹³⁵ Постановление Пятнадцатого арбитражного апелляционного суда по делу № 15 АП-13087/2015 от 26 августа 2015 г.; Постановление Девятнадцатого арбитражного апелляционного суда по делу № А08-807/2013 от 31 марта 2014 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹³⁶ Напр.: Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 90/2001 от 30 января 2002 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹³⁷ Напр.: Постановление МКАС при ТПП РФ по делу № 109/2008 от 15 мая 2008 г. // СПС «Консультант Плюс».

но на том, что избранный правопорядок вкупе с положениями самого договора должен регулировать международный коммерческий договор не после того, как возникнет спор, а изначально, желательно с момента его заключения. При указании в качестве применимого «права страны ответчика» или «права страны истца» подобное право установить невозможно. Что касается указания сторон в качестве применимого права на «право страны места рассмотрения спора», то выбор такового в качестве применимого права должен считаться свершившимся лишь в том случае, когда стороны в договоре конкретно определили такое место. В противном случае указание на применимое право (истца, ответчика или страны суда) выглядит лишь формальностью и не отражает потребностей правового регулирования международных коммерческих договоров, связанных в том числе с определенностью их правового регулирования.

В ряде случаев стороны международных коммерческих договоров ссылаются одновременно на право сразу *двух государств*. Полагаем, что и в данных случаях выбор права, применимого к международному коммерческому договору, также следует считать несостоявшимся, поскольку не позволяет определить подлежащее применению право и урегулировать взаимоотношения сторон и не способствует определенности и предсказуемости правового регулирования международного коммерческого договора, из которой, как уже было сказано ранее, традиционно исходят страны рома-

но-германского права¹³⁸, включая РФ. К выводу о несогласованности выбора примененного права исходит в подобных случаях МКАС при ТПП РФ¹³⁹.

В некоторых случаях международный коммерческий договор может заключаться путем обмена сторонами типовыми проформами договоров, содержащих указания на право *различных* государств. В законодательстве по международному частному праву указанная ситуация не подлежит отдельному рассмотрению. В этой связи заслуживает внимания ст. 6 Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г., согласно которой в случаях «битв проформ» выбор сторонами права, применимого к договору, следует считать несостоявшимся. Аналогичным образом, несостоявшимся будет выбор, когда стороны не согласовали применимое к договору право, ссылаясь на право различных государств¹⁴⁰.

В некоторых случаях стороны международных коммерческих договоров в качестве применимого права ссылаются на

¹³⁸ Calleros Ch. R. Toward Harmonization and Certainty in Choice-of-Law Rules for International Contracts: Should the U.S. Adopt the Equivalent of Rome I // Wisconsin International Law Journal. 2010. Vol. 28. № 4. – R 642.

¹³⁹ Напр.: Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 118/2008 от 14 апреля 2009 г.; Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 205/2009 от 15 декабря 2010 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹⁴⁰ Напр.: Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 70/2013 от 26 ноября 2013 г. (не опубликовано) // Цит. по: Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2. – С. 7//СПС «Консультант Плюс».

нормы Венской конвенции 1980 г., нормы международного права, регулирующего ту или иную разновидность договора, либо международного и одновременно какого-либо национального права. Подобный выбор признается состоявшимся в международном коммерческом арбитраже. Так, в одном из своих дел МКАС при ТПП РФ признал, что правил Венской конвенции 1980 г. достаточно для вынесения решения и не требуется установления субсидиарного статута¹⁴¹. В том случае, когда стороны в качестве применимого выбирали нормы международного права, регулирующие договор купли-продажи, МКАС при ТПП РФ применил Венскую конвенцию 1980 г.¹⁴². В последнем случае МКАС при ТПП РФ ссылка сторон на нормы международной конвенции была оценена им в качестве основного статута, а ссылка на национальное право – в качестве субсидиарного статута международного коммерческого договора¹⁴³. Таким образом, в отличие от государственных судов ссылка сторон международного коммерческого договора на нормы *международного права* мо-

¹⁴¹ Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 124/2011 от 15 декабря 2011 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹⁴² Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 232/2009 от 2 сентября 2010 г. (не опубликовано) // Цит. по: Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2. – С. 8 // СПС «Консультант Плюс».

¹⁴³ Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 95/2012 от 15 января 2013 г.; Решение МКАС при ТПП РФ № 106/2012 от 20 февраля 2013 г. // СПС «Консультант Плюс».

жет рассматриваться в арбитражах в качестве применимого права. При этом возможно установление как *основного*, так и *субсидиарного* договорных статутов. В тех случаях, когда избранной сторонами международной конвенции было недостаточно для решения спорного вопроса из международного коммерческого договора, арбитраж нередко устанавливал субсидиарный статут международного коммерческого договора¹⁴⁴.

Стороны международных коммерческих договоров могут подчинить отдельные части договора праву различных государств, осуществив тем самым «*depegage*»¹⁴⁵, или «юридическую биотехнологию». Считается, что слово «*depegage*» имеет французские корни и означает возможность расщепления применимого права¹⁴⁶.

Подобная возможность предусмотрена ст. 8 Межамериканской конвенции 1994 г., п. 1 ст. 3 Регламента «Рим I», п. 2 ст. 1284 ГК Республики Армения, п. 2 ст. 1198 ГК Кыргызской Республики и т. д. Из указанной возможности исходит поди. «b» п. 2 ст. 2 Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г. Однако подобная возможность отсутствует в Модельном ГК СНГ и принятых на его основе гражданских кодексах Казахстана и

¹⁴⁴ Напр.: Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 210/2013 от 6 мая 2014 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹⁴⁵ «Депесаж» или «депекаж».

¹⁴⁶ Асосков А.В. Указ. соч.

Беларуси.

В советском законодательстве не допускалось подчинения отдельных частей договора праву различных государств. Согласно Основам гражданского законодательства (далее – ОГЗ) СССР 1991 г.¹⁴⁷, стороны могли выбрать только право одного государства. В настоящее время возможность *depegage* допускается п. 4 ст. 1210 ГК РФ и по-разному оценивается в отечественной доктрине. Впервые термин «юридическая биотехнология» был предложен А. А. Рубановым, который критически относился к расщеплению договорного статута и подчинению различных частей договора праву различных государств¹⁴⁸. В современной доктрине его позицию разделяет В. Л. Толстых¹⁴⁹. В то же время большинство других ученых в целом позитивно высказываются в отношении возможности для сторон международного коммерческого договора осуществить *depegage*¹⁵⁰, *хотя некоторые из них его допускают с определенными ограничениями, касающи-*

¹⁴⁷ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 г. (Утв. ВС СССР 31 мая 1991 № 2211-1). Утратили силу//Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

¹⁴⁸ Международное частное право. Современные проблемы. М., 1994. – С. 170.

¹⁴⁹ Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 127–128.

¹⁵⁰ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 200 (раздел подготовлен О.Ю. Малкиным); Кабатова Е.В. Новое коллизионное регулирование в проекте Гражданского кодекса РФ //Журнал международного частного права. 1996. № 4. – С. 11.

мися природы заключаемых сделок¹⁵¹.

В данном вопросе полагаем возможным разделить мнение М.М. Богуславского, считающего, что «одновременное применение права различных государств к договору таит в себе немалый риск возникновения противоречий в регулировании отношений сторон из-за несовпадения разнонациональных норм права и может привести к полному или частичному непризнанию юридической силы соглашения о выборе права ввиду наличия неустранимых пороков содержания»¹⁵². В этой связи полагаем, что *depegage* оправдан при заключении сложных договоров, содержащих различные части, отделимые друг от друга. При наличии противоречий в применимом праве, регулирующем отдельные части международного коммерческого договора, выбор применимого права должен считаться судом несостоявшимся, а право, применимое к договору, следует определять на основании коллизионных норм. Недопущение *depegage* законодательством ряда стран может рассматриваться как одно из *ограничений автономии воли сторон*, также *связанное с применимым правом*.

¹⁵¹ Комаров А.С. Внешнеэкономический договор: выбор контрагентами применимого права // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сб. Статей / Под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016. – С. 121; Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 110; Delaume G. Law and Practice of Transnational Contracts. N.Y: Oceana Publications, 1988. – P. 14; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева и К.Б. Ярошенко. М., 2014. – С. 535.

¹⁵² Богуславский М.М. Указ. соч. – С. 294–295.

С другой стороны, стороны международного коммерческого договора могут выбрать право, применимое только к части договора. Подобное положение следует из п. 1 ст. 3 Регламента «Рим I», ст. 8 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным коммерческим контрактам, 1994 г., п. 4 ст. 1210 ГК РФ, подп. «а» п. 1 ст. 2 Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г. и т. д. Указанное правило демонстрирует свою востребованность на практике, о чем свидетельствуют решения МКАС при ТПП РФ¹⁵³.

Возникающий в таких случаях вопрос о том, каким правом регулировать остальные части договора, должен поддерживаться тем, что «тот факт, что один аспект договора регулируется правом одной страны, вовсе не обязательно означает, что это право и есть право, свойственное договору в целом»¹⁵⁴. Сказанное означает, что вопрос о праве, подлежащем применению к остальным частям международного коммерческого договора, должен решаться судом на основании соответствующих коллизионных норм или арбитражем на основании норм, которые он сочтет применимыми. При этом вполне возможно, что право, которое будет избрано судом или арбитражем к остальным частям договора, будет совпа-

¹⁵³ Напр.: Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 151 /2011 от 6 июня 2012 г.; Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 106/2012 от 20 февраля 2013 г. // СПС «Консультант Плюс».

¹⁵⁴ Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. – С. 243.

дать с правом порядком, избранным сторонами к части договорных отношений сторон¹⁵⁵.

Возможность применения иностранного права, избранного сторонами для регулирования международного коммерческого договора, равно как и установленного органом, рассматривающим спор, на основании коллизионных норм, может быть ограничена указанным органом. Подобное ограничение допускается путем неприменения судом избранного сторонами иностранного права на основании *оговорки о публичном порядке*¹⁵⁶.

В международных соглашениях и национальном праве оговорка о публичном порядке, как правило, закреплена в негативной форме (ст. 18 Межамериканской конвенции 1994 г., ст. 21 Регламента «Рим», § 90 Restatement США 1971 г., английской судебной практике¹⁵⁷, п. 1 ст. 1200 Модельного ГК СНГ, п. 1 ст. 1900 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 1258 ГК Республики Армения, п. 1 ст. 1173 ГК Кыргызской Республики, ст. 1099 ГК Республики Беларусь, ст. 1193 ГК РФ). Подобные нормы включены в ст. 17 и 18 Закона Швейцарии о МЧП 1987 г.

Применение судом или арбитражем оговорки о публич-

¹⁵⁵ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 199.

¹⁵⁶ Об этом, в частности: Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. М.: Волтере Клувер, 2004; Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁵⁷ Мосс Д.К. Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. – С. 30.

ном порядке, не допускающей или ограничивающей применение иностранного права, является ограничением применения принципа автономии воли сторон международного коммерческого договора, связанным с *интересами правопорядка страны суда / арбитража*. Важно при этом отметить, что многие международные коммерческие арбитражи склонны придавать значение не публичному порядку какой-либо правовой системы, в том числе избранной сторонами, а так называемому общему международному публичному порядку, состоящему из основополагающих принципов¹⁵⁸.

Помимо оговорки о публичном порядке, исключаящей или ограничивающей применение иностранного права и ограничивающей применение принципа автономии воли в целом, суд может применить *особые императивные нормы* (нормы непосредственного применения, или «сверхимперативные» нормы), которые также могут устранить или ограничить действие избранного сторонами иностранного права. «Сверхимперативные» нормы, не являясь частью публичного порядка, вместе с тем подлежат обязательному применению судом, практически устраняя применение иностранного права¹⁵⁹.

Как правило, международные соглашения и национальные законы по МЧП содержат норму об обязательном применении «строго императивных норм» (норм непосред-

¹⁵⁸ Там же. – С. 30.

¹⁵⁹ Об этом, в частности: Кудашкин В.В. Указ, соч.; Асосков А.В. Указ. соч.

ственного применения) страны суда (ст. 11 Межамериканской конвенции 1994 г., п. 1 ст. 9 Регламента «Рим I», п. 1 ст. 1201 Модельного ГК СНГ, а также п. 1 ст. 1091 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 1100 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 1259 ГК Республики Армения, п. 1 ст. 1174 ГК Кыргызской Республики, п. 1 ст. 1192 ГК РФ).

Помимо этого, суд имеет право принимать во внимание «строго императивные» нормы других стран. В соответствии со ст. 11 Межамериканской конвенции 1994 г., законодательством стран ЕЭАС, включая РФ (п. 2 ст. 1192 ГК РФ), такими нормами являются нормы права страны, с которым договор имеет наиболее тесную связь. Иное правило сформулировано в ст. 9 Регламента «Рим I»: в соответствии с ним суд вправе принимать во внимание положения права страны, где договор подлежит исполнению в той мере, в которой эти положения делают исполнение договора незаконным.

В доктрине отмечается, что «сверхимперативные» нормы должны учитываться и соблюдаться как органом, рассматривающим спор, так и самими сторонами договора¹⁶⁰. Указанные нормы, имеющие обязательный характер, предпочтительно включать в текст договора и исполнять. Однако в литературе неоднократно указывалось на неоднозначность определения круга норм, относимых к «нормам непосред-

¹⁶⁰ Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к гражданско-правовым сделкам, осложненным иностранным элементом // Актуальные проблемы международного частного права. – С. 371.

ственного применения», или «сверхимперативным» нормам, в соответствии с законодательством того или иного государства, включая Россию¹⁶¹. Определенные разъяснения на этот счет были даны в Информационном письме Президиума ВАС РФ № 158 от 9 июля 2013 г., в котором, в частности, было отмечено, что нормы об исковой давности к нормам непосредственного применения не относятся.

С учетом изложенного представляется, что «нормы непосредственного применения», равно как и оговорка о публичном порядке, могут рассматриваться в качестве *ограничителей* применения иностранного права, в том числе избранного сторонами, а следовательно, и автономии воли сторон в целом, обусловленных *интересами правопорядка страны суда / арбитража либо иного государства, нормы которого суд / арбитраж может учитывать*.

Помимо этого, автономия воли сторон международных коммерческих договоров подлежит существенному ограничению в тех случаях, когда в момент выбора сторонами права все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной. В силу п. 5 ст. 1210 ГК РФ в подобных случаях выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся суще-

¹⁶¹ Международное частное право: учебник для вузов / Под ред. Н.И. Марышевой. М.: Юридическая фирма «КОНТРАКТ»: «ИНФРА-М», 2000. – С. 85; Канашевский В.А Указ. соч. – С. 117.

ства отношений сторон обязательства. Подобные нормы содержит п. 4 ст. 3 Регламента «Рим I».

При определении подобных императивных норм господствующей в отечественной доктрине позицией является то, что упоминаемые, в частности в п. 5 ст. 1210 ГК РФ, императивные нормы касаются императивных норм в целом, а не только сверхимперативных положений¹⁶². При этом приводятся примеры «иностранных» элементов, указывающих на связь международного коммерческого договора с правом только одной страны¹⁶³, которые не исчерпывают всего многообразия подобных гражданско-правовых договоров.

В литературе обращается внимание на то, что моделью для п. 5 ст. 1210 ГК РФ и п. 4 ст. 3 Регламента «Рим I» послужила ст. 3 (3) Римской конвенции 1980 г., главной целью которой являлось предотвращение «интернационализации» внутренних контрактов (С. Morse)¹⁶⁴. Однако раздел VI «МЧП» ГК РФ изначально не направлен на регулирование внутренних гражданско-правовых отношений.

¹⁶² Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. – С. 328.

¹⁶³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный) / Отв. ред. Н.И. Марышева и К.Б. Ярошенко. М., 2014. – С. 535; Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2017. – С. 309; Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право. Постатейный комментарий к разделу VI / Под ред. П.В. Крашенинникова. М., 2014. – С. 108.

¹⁶⁴ Цит. по: Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 120.

Более того, международный коммерческий договор априори имеет связь более чем с одним государством хотя бы потому, что его участниками, как правило, являются коммерсанты, происходящие из различных государств, либо предмет договора находится за границей. Иные договоры не являются международными и не предусматривают возможности выбора применимого к ним права. Между тем в некоторых случаях, следуя Г. К. Дмитриевой, международный коммерческий договор действительно может иметь связь только с правом одного государства, несмотря на то, что его сторонами являются коммерсанты из разных стран. Полагаем, что в данном случае следует вести речь о том, что с правом данной страны международный коммерческий договор связан наиболее тесным образом.

Подчиняя такой договор, связанный, по мнению суда, с правом только одной страны, праву другого государства, стороны действительно могут стремиться обойти нежелательные императивные нормы объективно применимого права. В то же время, учитывая то, что договор является «международным», подобная возможность у сторон должна иметься.

В этой связи видится достаточным положение, в соответствии с которым при наличии связи международного коммерческого договора только с одной страной правоприменительный орган будет применять не все императивные нормы данной страны, а лишь «сверхимперативные» нормы, т. е. «нормы непосредственного применения» права страны, с

которым договор имеет указанную связь. Подобное мнение, на наш взгляд, соответствует принципу автономии воли сторон и способствует либерализации правового регулирования международных коммерческих договоров.

Тем не менее, анализ действующей редакции п. 5 ст. 1210 ГК РФ показывает, что в тех случаях, когда все касающиеся существа договорных отношений стороны обстоятельства связаны только с одной страной, стороны не могут обойти своим выбором императивные нормы данной страны. Следовательно, в подобных случаях стороны могут действовать только в рамках диспозитивных норм, имея возможность выбрать диспозитивные нормы любого правопорядка. При этом на практике может сложиться ситуация, при которой нормы, которые в одной правовой системе являются императивными, будут диспозитивными в другой, и наоборот, что на практике усложнит деятельность суда по совмещению таких норм. В целом же подобное положение выступает специальным ограничителем принципа автономии воли сторон, связанным с *невозможностью осуществить полный выбор применимого права*, поскольку он ограничен возможностью избрания лишь его диспозитивных норм.

§ 2. Основные проблемы соглашения о применимом праве

Соглашение сторон международного коммерческого договора о выборе применимого к нему права (далее – соглашение о применимом праве) выражает вонне согласованную сторонами волю по выбору права, регулирующего международный коммерческий договор, то есть выступает той объективной формой, в которой находит свое выражение коллизионный принцип автономии воли сторон.

В национальном законодательстве вопросы правового регулирования соглашения о применимом праве специально практически не затрагиваются. Например, в законодательстве стран ЕАЭС, включая РФ, единственными нормами, связанными с указанным соглашением, являются нормы о форме выбора применимого права (например, п. 1 ст. 1210 ГК РФ). Вопросы, касающиеся материальной действительности указанного соглашения, остаются за пределами специального национального правового регулирования.

В правовой науке соглашение о применимом к договору праву являлось предметом исследования Л. Раапе¹⁶⁵, А.Б. Покровской¹⁶⁶, П. Ная¹⁶⁷, Н.В. Тригубович¹⁶⁸, О.Ю. Малки-

¹⁶⁵ Раапе Л. Указ. соч. – С. 424–437.

¹⁶⁶ Покровская А.Б. Соглашение о праве, применимом к частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом: дис... канд. юр. наук. М., 2006.

на¹⁶⁹, М.Г. Розенберга¹⁷⁰, А.В. Асоскова¹⁷¹ и других.

Исследование соглашения о применимом к международному коммерческому договору праве ставит вопрос относительно его *правовой природы* и возможности отнесения к разновидности гражданско-правовой сделки.

В отечественной доктрине выделяют следующие элементы гражданско-правовой сделки: внутренняя воля, волеизъявление, существо, правовой результат¹⁷². Указанные элементы присутствуют в соглашении о применимом праве. Так, внутренняя воля в соглашении о применимом праве представляет собой намерение его сторон реализовать автономную волю и осуществить согласованный выбор применимого к международному коммерческому договору права. Волеизъявление в соглашении о применимом праве представляет собой выраженную вовне указанную волю, которая реализуется в определенных формах, установленных законом для соглашения о применимом праве. Существо соглашения о применимом праве представляет собой правовую при-

¹⁶⁷ Nygh P. *Autonomy in International Contracts*. Oxford: Clarendon Press, 1999.

¹⁶⁸ Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 49–54.

¹⁶⁹ Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 36–58.

¹⁷⁰ Розенберг М.Г. *Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда*. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Статут, 2000.

¹⁷¹ Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁷² Андреев В.К. Сделка и ее недействительность // Юрист. 2014. № 1 / СПС «Консультант Плюс».

роду, которая является коллизионной, поскольку отражает коллизионно-правовой принцип автономии воли сторон и содержит отсылку к применимому праву. Правовой результат, т. е. цель соглашения о применимом праве, заключается в том, чтобы урегулировать избранным правом отношения, возникающие из заключенного сторонами международного коммерческого договора. Как и другой договор, соглашение о применимом праве может заключаться путем оферты и акцепта.

Вместе с тем соглашение о применимом праве не направлено на установление гражданских прав и обязанностей за исключением тех, которые связаны с исполнением сторонами обязательств, связанных с подчинением международного коммерческого договора избранному праву. Данная особенность существенно отличает соглашение о применимом праве от других гражданско-правовых сделок (договоров). Следовательно, соглашение о применимом праве может рассматриваться как особая частноправовая сделка, целью которой является не установление прав и обязанностей сторон, а согласованный выбор применимого к международному коммерческому договору права, то есть в определенном смысле «обслуживание» международного коммерческого договора.

В связи с тем, что соглашение о применимом праве направлено на «обслуживание» международного коммерческого договора, в литературе нередко ставится вопрос о при-

знании его зависимым от международного коммерческого договора или, наоборот, *автономным* по отношению к нему.

В правовой науке сформировалось две основные позиции относительно автономности соглашения о применимом праве по отношению к международному коммерческому договору. В соответствии с первой из них, сформулированной А.Б. Покровской, соглашение о применимом праве не является автономным от частноправового договора, осложненного иностранным элементом¹⁷³. Однако большинство других отечественных и зарубежных ученых придерживаются позиции, признающей автономный характер соглашения о применимом праве¹⁷⁴. На автономность соглашения о применимом праве указывают положения ст. 7 «Отделимость» (*Severability*) Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г., согласно которым выбор права не может быть оспорен на том основании, что международный коммерческий договор, к которому избрано право, признан недействительным. Мнение об автономности соглашения о применимом праве по отношению к международному коммерческому договору находит

¹⁷³ Покровская А.Б. Указ. соч. – С. 6–7.

¹⁷⁴ Rabel E. *The Conflict of Laws: A Comparative Study*. 2nd ed. / Prep. by U. Drobnig. Vol. 2. Foreign Corporations: Torts: Contracts in General. Michigan, 1960. P. 369; Рубанов А.А. Институт «автономии воли» в международном частном праве как теоретическая проблема. – С. 216; Nygh P. *Op. cit.* P. 86; Малкин О. Ю. Указ. соч. – С. 52–54; Асосков А.В. Указ. соч.

поддержку в отечественном арбитраже¹⁷⁵.

Ученые, признающие автономность соглашения о применимом праве по отношению к международному коммерческому договору, объясняют свою позицию, как правило, тем, что признание определенных юридических последствий в отношении одного из них не всегда означает аналогичные юридические последствия в отношении другого¹⁷⁶. Соглашаясь с данным мнением, в то же время полагаем, что автономность соглашения о применимом праве не означает его полной изолированности от международного коммерческого договора. Говоря об автономности соглашения о применимом праве, речь следует вести о его относительной самостоятельности, относительной независимости по отношению к международному коммерческому договору. Самостоятельность соглашения о применимом праве по отношению к международному коммерческому договору проявляется прежде всего в том, что недействительность одного из них не означает недействительности другого. Связанность соглашения о применимом праве и международного коммерческого договора проявляется в том, что первое направлено на «обслуживание», установление применимого права для второго. Признание соглашения о применимом праве автономным,

¹⁷⁵ Напр.: Решение МКАС по делу № 66/2001 от 5 ноября 2001 г. // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2001–2002 гг. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2004. – С. 148–153.

¹⁷⁶ Напр.: Асосков А.В. Указ. соч. // СПС «Консультант Плюс».

на наш взгляд, может означать, что указанные договоры не обязательно должны подпадать под регулирование нормами права одной и той же правовой системы.

В своей работе А.Б. Покровская указывает на то, что соглашение о применимом праве является частноправовой сделкой, содержащей иностранный элемент¹⁷⁷. Признание соглашения о применимом праве сделкой, осложненной иностранным элементом, к тому же имеющей автономный характер, ставит вопрос о возможности избрания для такого соглашения собственного права, его регулирующего.

Соглашение о применимом праве действительно содержит иностранный элемент, который проявляется не только и не столько в том, что его сторонами являются коммерсанты из разных стран, а в том, что оно содержит положение о выборе применимого к основному международному коммерческому договору права, которое может иметь иностранный характер для одного или обоих участников сделки либо вообще являться субправом, то есть в последнем случае не носить государственного характера.

Сам иностранный элемент в соглашении о применимом праве происходит (является производным) от международного коммерческого договора, для «обслуживания» которого указанное соглашение заключается. Другими словами, отсутствие в основном гражданско-правовом договоре, в том числе договоре коммерческого характера, иностранного эле-

¹⁷⁷ Покровская А.Б. Указ. соч. – С. 6, 16.

мента не позволяет избрать применимое к такому договору право и делает недействительным заключенное соглашение о применимом праве. Следовательно, особенность иностранного элемента в соглашении о применимом праве проявляется в том, что он происходит из заключенного сторонами международного коммерческого договора. Сказанное, на наш взгляд, свидетельствует против возможности избрания права, применимого к самому соглашению о применимом праве. Более того, при признании возможности выбора права к соглашению о применимом праве может возникнуть проблема какому праву подчинить соглашение, на основании которого определяется право к самому соглашению о применимом праве, – и так до бесконечности.

Что касается возможности признания соглашения о применимом праве разновидностью международного коммерческого договора, то ранее подобный вопрос уже поднимался в отечественной правовой науке и было высказано мнение о том, что соглашение о применимом праве не является внешнеэкономической сделкой¹⁷⁸, хотя некоторые ученые высказывались о необходимости совершения соглашения о применимом праве обязательно в письменной форме, как того требовали в то время внешнеэкономические сделки с участием российских лиц¹⁷⁹. На сегодняшний день указанный вопрос лишен практического смысла, поскольку указанная

¹⁷⁸ Напр., Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 37.

¹⁷⁹ Покровская А.Б. Указ. соч. – С. 10.

отечественная норма отменена. Тем не менее, соглашение о применимом праве можно отнести к международным сделкам некоммерческого характера, поскольку оно, в отличие от международных коммерческих договоров, не направлено на извлечение прибыли, не заключается в отношении объекта гражданских прав, находящегося в международном коммерческом обороте, хотя и может быть заключено между коммерсантами.

При заключении соглашения о выборе права, регулирующего международный коммерческий договор, первоочередной проблемой становится определение права, на основании которого должен решаться вопрос о *допустимости* заключения соглашения о применимом праве.

В доктрине существуют различные позиции относительно самой постановки вопроса о допустимости заключения соглашений о применимом праве. Так, например, некоторые ученые, не выделяя допустимость в качестве отдельной проблемы соглашения о применимом праве, включают ее в спектр проблем, связанных с действительностью соглашения о применимом праве¹⁸⁰. Другие ученые рассматривают вопрос о допустимости в качестве отдельной проблемы¹⁸¹. При этом в трактовке одних признание судом заключения соглашения о применимом праве недопустимым влечет призна-

¹⁸⁰ Напр.: Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 55 и сл.; Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 49 и сл.; Покровская А.Б. Указ. соч. – С. 136.

¹⁸¹ Асосков А.В. Указ. соч.

ние такого соглашения недействительным¹⁸², в то время другие говорят о его неисполнимости¹⁸³.

Представляется возможным согласиться с мнением тех ученых, которые считают, что недопустимость заключения соглашения о применимом праве является одним из проявлений его недействительности. Так, недействительным ввиду недопустимости может являться соглашение о применимом праве в тех случаях, когда оно не предусмотрено для определенных видов договоров либо для договоров с участием определенных лиц. Следовательно, признание соглашения о применимом праве недопустимым влечет его недействительность, но не неисполнимость.

Сама же проблема допустимости заключения соглашения о применимом праве, на наш взгляд, непосредственно связана с вопросом о возможности применения принципа автономии воли сторон, который был рассмотрен выше. С учетом раннее изложенного решением данной проблемы служит применение судом или арбитражем *lex fori / lex arbitri* с учетом международных соглашений, применимых к существу спора и содержащих нормы о выборе права. Кроме того, при определении допустимости автономии воли, а следовательно, и допустимости заключения соглашения о применимом праве в конкретных международных коммерческих договорах определенную роль может сыграть также право страны

¹⁸² Покровская А.Б. Указ. соч. – С. 20–231.

¹⁸³ Асосков А.В. Указ. соч.

участника сделки, которое ограничивает или вовсе не допускает автономию воли в договорах с участием указанных лиц.

В тех случаях, когда применимое право допускает заключение соглашений о применимом праве, возникает проблема определения права, регулирующего соглашение о применимом праве, в том числе вопросы о его наличии и материальной действительности.

Как известно, действительность любой гражданско-правовой сделки зависит от соблюдения четырех следующих условий:

- 1) соответствие сделки закону (применимому праву);
- 2) наличие право- и дееспособности у участников сделки;
- 3) совпадение воли и волеизъявления участников сделки;
- 4) соблюдение установленной формы сделки.

Наличие соглашения о применимом праве означает его заключенность. Отсутствие в указанном соглашении пороков содержания и воли свидетельствует о его материальной действительности. Порок содержания соглашения о применимом праве состоит в том, что оно не соответствует праву, его регулирующему. Основанием для признания недействительным соглашения о применимом праве с точки зрения порока его содержания, на наш взгляд, является превышение пределов применения принципа автономии воли сторонами, которые в первую очередь связаны с категорией «применимое право», за исключением некоторых случаев (например, когда каждая из сторон ссылается на разное право, речь нуж-

но вести не о недействительности, а о несогласованности выбора, который влечет незаключенность соглашения, то есть его отсутствие).

В законодательстве и доктрине предлагается несколько основных вариантов решения проблемы определения права, применимого к действительности соглашения о применимом праве с точки зрения соответствия его закону, которые во многом созвучны способам решения проблемы допустимости заключения указанного соглашения или допустимости применения принципа автономии воли сторон. Так, в разное время указанную проблему предлагалось решать путем отсылки к объективно применимому праву, праву, регулирующему договор, праву страны заключения договора, праву страны суда, *lex voluntatis* и т. д., подробно исследованных в работе А.В. Асоскова применительно к договорным обязательствам с иностранным элементом в целом¹⁸⁴.

Наибольшую популярность среди указанных отсылок имеют отсылка к объективно применимому праву (А. Страйкен, А. Шнитцер, Дж. Чешир, П. Норт, Р. Бауэрфилд)¹⁸⁵, а также отсылка к праву, регулирующему договор (В. Хаудек, К. Рюль, Н.В. Тригубович, С.В. Третьяков, А.В. Асосков)¹⁸⁶.

¹⁸⁴ Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁸⁵ Напр.: Struyken A. Op. cit. P. 358; Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. – С. 252; Bauerfil R. Effectiveness of Choice-of-Law Clauses in Contract Conflict of Law: Party Autonomy or Objective determination?//Columbia Law Review. 1982. № 8. P. 1667; Цит. По: Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 51–52, Асосков А. В. Указ. соч.

¹⁸⁶ Haudek W. Die Bedeutung des Parteiwillensim international Privatrecht. Berlin,

Отсылка к объективно применимому праву выглядит не совсем удачной, поскольку усложняет деятельность суда или арбитража, вынужденного с помощью коллизионных привязок отыскивать применимое право лишь для того, чтобы решить вопрос о действительности соглашения о применимом праве. К подобному мнению приходят также Н.В. Тригубович¹⁸⁷ и А.В. Асосков¹⁸⁸. Помимо этого, поиск объективно применимого к договору права в данной связи нивелирует значение принципа автономии воли и вряд ли соответствует реальному намерению сторон, по всей видимости, желающих уйти от правового регулирования своего договора и, скорее всего, соглашения о применимом праве с помощью норм объективно применимого права.

Гораздо большей популярностью среди коллизионистов пользуется подход, в соответствии с которым действительность соглашения о применимом праве определяется на основании права, регулирующего основной договор. В настоящее время указанный подход воспринят некоторыми международными соглашениями, в которых РФ не участвует (ст. 2 Гагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., п. 3 ст. 10 Гагской конвенции о праве, применимом к договорам междуна-

1931; Цит. по: Асосков А.В. Указ, соч.; Lando O. Op. cit. – P. 44–45; Тригубович Н. В. Указ. соч. – С. 55; Третьяков С. В. Указ. соч. – С. 43–44.

¹⁸⁷ Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 52–53.

¹⁸⁸ Асосков А.В. Указ. соч.

ной купли-продажи товаров, 1986 г., п. 5 ст. 3 Регламента «Рим I»), а также национальным законодательством по МЧП некоторых государств (например, п. 2 ст. 116 Закона о МЧП Швейцарии). Как пишет А.В. Асосков, указанный подход был принят всеми странами ЕС начиная от ст. 3 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. и в настоящее время закреплён в п. 5 ст. 3 Регламента «Рим I»¹⁸⁹. Аналогичное правило закреплено в ст. 12 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным коммерческим договорам, 1994 г.

При всей своей привлекательности рассматриваемый подход имеет недостаток, на который в отечественной литературе обращает внимание, в частности, А.В. Асосков. Как отмечает ученый, указанный подход наталкивается на логическую проблему: договорный статут (включая вопросы наличия и действительности основного договора) необходимо определять на основании выбранного сторонами в соглашении права, но проверить наличие и действительность самого соглашения о выборе применимого права нужно на основании договорного статута. Среди достоинств указанного подхода А.В. Асосков указывает на то, что отсылка к договорному статуту для определения действительности соглашения о применимом праве обеспечивает для них единое правовое регулирование. Однако указанного единства не будет в той связи, что вопросы допустимости заключения соглашения о

¹⁸⁹ Там же.

применимом праве необходимо определять по *lex fori*

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

Прочитайте эту книгу целиком, [купив полную легальную версию](#) на ЛитРес.

Безопасно оплатить книгу можно банковской картой Visa, MasterCard, Maestro, со счета мобильного телефона, с платежного терминала, в салоне МТС или Связной, через PayPal, WebMoney, Яндекс.Деньги, QIWI Кошелек, бонусными картами или другим удобным Вам способом.