

ТЕОРИЯ И ПРАКТИКА
МЕЖДУНАРОДНОГО ПРАВА

В. Л. Толстых

**МЕЖДУНАРОДНОЕ
ЧАСТНОЕ ПРАВО:
КОЛЛИЗИОННОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ**

ЮРИДИЧЕСКИЙ
ЦЕНТР

Теория и практика международного права

Владислав Толстых

**Международное частное право:
коллизийное регулирование**

«Юридический центр»

2004

УДК 341.9
ББК 67.412.2

Толстых В. Л.

Международное частное право: коллизионное регулирование /
В. Л. Толстых — «Юридический центр», 2004 — (Теория и
практика международного права)

В работе рассматривается коллизионное регулирование в международном частном праве. Автор анализирует основные доктринальные концепции, а также тенденции развития законодательства и судебной практики в данной области, исследует природу коллизионной нормы, дает анализ основных проблем ее применения, выдвигает новые общетеоретические решения, комментирует коллизионные нормы законодательства РФ, предлагает модели их наиболее эффективного толкования и применения, дает рекомендации по совершенствованию работы с иностранным правом. В работе широко использованы материалы зарубежной доктрины и судебной практики. Книга предназначена для научных работников, преподавателей и студентов юридических вузов, работников правоприменительных органов и практикующих юристов.

УДК 341.9
ББК 67.412.2

© Толстых В. Л., 2004
© Юридический центр, 2004

Содержание

Введение	6
Глава 1	18
1.1. Понятие и особенности международного частного права	18
1.2. Теоретические основания применения иностранного права	24
1.3. Понятие, структура и особенности коллизионных норм	36
Конец ознакомительного фрагмента.	39

Владислав Леонидович Толстых

Международное частное право: коллизионное регулирование

© В. Л. Толстых, 2004

© Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2004

* * *

Список сокращений

АПК РФ – Арбитражный процессуальный кодекс РФ
БМД – Бюллетень международных договоров
ВАС РФ – Высший Арбитражный Суд РФ
Ведомости ВС – Ведомости Верховного Совета СССР СССР
Ведомости СНД – Ведомости Съезда народных депутатов и ВС Верховного Совета (СССР, РСФСР, РФ)
Вестник ВАС РФ – Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации
Вестник КС РФ – Вестник Конституционного Суда РФ
ВС РФ – Верховный Суд РФ
ВТО – Всемирная торговая организация
ГК РФ – Гражданский кодекс РФ
ГПК РФ – Гражданский процессуальный кодекс РФ
КС РФ – Конституционный Суд РФ
КТМ РФ – Кодекс торгового мореплавания РФ
МКАС при ТПП – Международный коммерческий РФ арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ
НК РФ – Налоговый кодекс РФ
ООН – Организация Объединенных Наций
ОГЗ СССР – Основы гражданского законодательства СССР
РГ – Российская газета
СК РФ – Семейный кодекс РФ
СЗ РФ – Собрание законодательства РФ
СНГ – Содружество Независимых Государств
ТК РФ – Трудовой кодекс РФ
ЮНКТАД – Конференция ООН по торговле и развитию
ЮНСИТРАЛ – Комиссия ООН по праву международной торговли

Введение

Начиная с 90-х гг. происходят глобальные изменения политической и экономической системы России, сопровождающиеся изменениями практически всех надстроечных категорий. Этот процесс еще не завершен. Общественные идеалы и политические установки пока еще достаточно размыты, и их конкретное содержание пока еще не стабильно. Будучи основной формой регулирования общественных отношений, право также претерпевает качественные изменения, причем эти изменения носят скорее революционный, а не эволюционный характер.

Изменилась теория права. Марксистско-ленинская теория при всех ее недостатках создавала прочный фундамент для развития законодательства. С ее исчезновением отечественная правовая наука лишилась этого фундамента и пока еще не успела приобрести новый. Отчетливо проявляются тенденции отказа от попыток построения метафизической картины права и перехода на позиции обслуживания интересов законодателя. На смену правовому романтизму пришел правовой утилитаризм. Следствием обеднения концептуальной базы отечественной науки явилось возрастание интереса к сравнительному правоведению, которое представляет уже готовый, апробированный и не подлежащий естественно-правовым оценкам материал.

Произошло качественное изменение системы законодательства. Новые правовые институты не являются усовершенствованными моделями старых, а представляют собой качественно новые механизмы с точки зрения преследуемых социальных целей, предмета и метода правового регулирования. В области частного права господствующее положение занял институт частной собственности и обслуживающие его институты. Следствием усложнения форм взаимодействия субъектов предпринимательской деятельности явилась качественная диверсификация правового регулирования договорных отношений. Изменилась роль государства как субъекта экономических отношений. Изменились приоритеты регулирования имущественных отношений и юридические процедуры защиты частных интересов.

Эти процессы не могли не повлиять на международное частное право и на наиболее значимый его институт – коллизионное право, содержащее нормы, определяющие компетентный национальный правопорядок в случае, если отношение связано с несколькими правопорядками одновременно.

Основными факторами и тенденциями, повлекшими изменение нормативного массива международного частного права РФ и увеличение числа правоприменительных ситуаций в области международного частного права, явились:

- распад СССР и трансформация внутригосударственных хозяйственных связей в связи внешнеэкономические;
- миграционные процессы на территории бывшего СССР: массовая эмиграция граждан бывших республик СССР в РФ и массовая эмиграция граждан РФ в страны дальнего зарубежья;
- либерализация внешнеэкономической деятельности, количественное и качественное усложнение внешнеэкономических связей субъектов предпринимательской деятельности;
- общие интеграционные процессы в рамках Европейского Союза, в которые в силу своего географического положения вовлечена и Россия;
- реформа правоприменительных процедур защиты экономических интересов, принятие нового АПК РФ и нового ГПК РФ.

26 ноября 2001 г. принят раздел VI части третьей ГК РФ, закрепивший юридические основания применения норм иностранного права в рамках отечественного правопорядка и поставивший перед наукой международного частного права задачу построения новой теории коллизионного регулирования, отвечающей потребностям юридической практики и соответствующей современным общемировым тенденциям.

Целью настоящей работы является установление и исследование современных особенностей коллизионного регулирования, учитывающих особенности отечественной правовой системы и иностранный опыт.

Актуальность данного исследования определяется следующими основными факторами:

- изменениями правовой, политической и экономической систем РФ и вытекающей из этого необходимостью пересмотра места и роли коллизионного регулирования в правовой системе РФ;
- принятием раздела VI части третьей ГК РФ «Международное частное право», положения которого нуждаются в комментариях;
- увеличением числа правоприменительных ситуаций, связанных с необходимостью применения норм международного частного права;
- неразрешенностью до настоящего времени ряда важнейших теоретических и практических проблем коллизионного регулирования.

Теоретические основы. Первый раз коллизионная проблема была поставлена Магистром Алдриком в конце XII в. (1170–1200). Более системно международное частное право стало изучаться в итальянских университетах в XIII столетии – в начале эпохи Возрождения. Важными этапами в развитии международного частного права стали: первая половина XIV в. – период, в течение которого работал французский юрист Бартол, основатель теории статутов; XVI в., когда Ш. Дюмуленом была разработана концепция автономии воли; XVII в. – период расцвета голландской школы (Губер, Дж. Вут), исходившей из тезиса о территориальном действии норм национального права; XIX в., когда в Европе и США появились первые системные исследования по международному частному праву Д. Стори, П. Манчини и К. фон Савиньи.

В XX в. происходит дальнейшее развитие теории. Появляются новые концепции, вводятся новые институты, однако основной тезис К. фон Савиньи о необходимости поиска «центра тяжести» отношения остается неизменным. Верность и полезность этого тезиса и связанная с ним необходимость в применении норм иностранного частного права могут отпасть уже в недалеком будущем с ростом числа унифицированных материальных норм. Однако в настоящее время, когда большинство институтов Особенной части международного частного права требуют применения коллизионного метода регулирования, он сохраняет свое значение.

Правовая и политическая системы РФ отличаются существенным образом от правовых и политических систем стран европейского континента. И даже если предположить, что итогом интенсификации внешнеполитических отношений России с европейскими государствами станет принятие России в Европейский Союз, значимость российской культуры и правовой системы требуют не слепого копирования зарубежных моделей, а поиска и выработки самостоятельных схем правового регулирования.

Применительно к настоящему исследованию этот тезис может означать возможность пренебрежения в ряде случаев европейскими (и тем более, англосаксонскими) стандартами в области коллизионного регулирования в тех случаях, когда они кажутся неприменимыми к отечественным условиям. Нельзя не отметить и тот факт, что традиции коллизионного регулирования европейских государств отличаются друг от друга существенным образом, и только их объединение в Европейский Союз, а не некие имманентные международному частному праву процессы, обуславливает в настоящее время выработку единых коллизионных норм.

Россия достаточно поздно стала полноправным участником европейских международных отношений. С момента образования российского государства (Киевской Руси) международные отношения поддерживались главным образом с Византией и с окружающими Киевскую Русь кочевыми народами. Период феодальной раздробленности и татарское иго повлекли за собой еще большую изоляцию России от европейской культуры. Вследствие этого вплоть до

правления Петра I многие общественные процессы развивались независимо от внешних влияний.

Во второй половине XIX в. в России произошли крупные изменения социального строя: отмена крепостного права, принятие нового законодательства и зарождение демократического движения. Все это способствовало оживлению общественной жизни, внешнеполитической и внешнеэкономической активности, а также повлияло на развитие науки международного частного права, потребность к разработкам которой испытывалась как со стороны государства, так и со стороны общества. Появились первые работы по международному частному праву (Н. П. Иванова, К. Малышева, Ф. Ф. Мартенса, М. И. Бруна), отличавшиеся оригинальностью и своеобразием. В 1863 г. Д. И. Качановский отмечал: «Русскому человеку не трудно схватить последние результаты знания и передать их живым, ясным, выразительным языком... Я думаю, что русский человек по складу своего ума очень способен понимать международные вопросы и, если захочет, найдет в себе спокойствие, нужное для основательного их решения»¹. Вместе с тем коллизионное право Российской империи было неразвитым, и поэтому теория международного частного права носила сугубо академический характер.

Работы по международному частному праву советского периода основывались, как правило, на тех же законодательных решениях, что и работы иностранных авторов, однако объяснение этих решений было качественно иным. Основными выдвигаемыми методологическим постулатами являлись:

- превосходство отечественного материального права и коллизионного права над иностранным материальным правом и коллизионным правом;
- размежевание правовых систем социалистических и капиталистических государств;
- подчинение частных интересов интересам публичным;
- отрицание существования ряда проблем, связанных с применением иностранного права (обхода закона, императивных норм международного частного права), как не свойственных отечественной правовой системе и отечественному правосознанию;
- трансформация основных законов и принципов коллизионного регулирования под влиянием особенностей социалистических политической и экономической систем.

Несмотря на отсутствие большой потребности в разработке теории коллизионного регулирования, нельзя сказать, что отечественная наука в соответствующий период уступала зарубежной. Вершиной развития советской науки международного частного права является трехтомный курс международного частного права Л. А. Лунца, в большей своей части сохраняющий актуальность и по сей день.

Распад СССР и иные события, связанные с крушением советской системы, меньше повлияли на международное частное право, чем на другие отрасли права. Это связано прежде всего с тем, что коллизионные нормы относительно обособлены от содержания и идеологии материальных норм права и могут действовать в любой политической системе. Вместе с тем нельзя сказать, что международное частное право после 1991 г. продолжило свое поступательное развитие. Принятие раздела VI части третьей ГК РФ потребовало перехода доктрины на качественно иные позиции.

Приходится констатировать, что, несмотря на бурное развитие системы законодательства и системы юридического образования, наука права в настоящее время переживает кризис. Симптомами этого кризиса применительно к науке международного частного права являются:

- описательный характер научных произведений;
- бедность литературных форм, их усложненность и псевдонаучность;
- отсутствие единого стандарта и принципов построения научных теорий; отсутствие единого унифицированного научного аппарата;

¹ Качановский Д. И. Курс международного права. Харьков, 1863. С. XXXVI, XLIV.

- ориентация на зарубежные разработки в области международного частного права;
- отсутствие девиативных теорий и позиций в области международного частного права;
- обслуживание позитивного права без попыток его усовершенствования;
- концентрация науки международного частного права в нескольких научных центрах (Москве и Санкт-Петербурге);
- неразвитость близких к международному частному праву дисциплин (сравнительного правоведения, гражданского и торгового права иностранных государств);
- пассивная позиция государственных органов по отношению к потребностям развития науки международного частного права.

Каждый из этих тезисов мог бы быть подкреплён массой примеров, но в этом нет необходимости – настолько они очевидны. К сожалению, каждая из перечисленных проблем должна быть решена определёнными методами. Общего решения и общего механизма, включение которого помогло бы преодолеть данные проблемы, – нет.

В этой связи представляется, что отечественная теория международного частного права может быть разработана только при соблюдении следующих условий:

- 1) признание оригинальности и самодостаточности отечественной правовой системы, предполагающее выверенное и осторожное использование зарубежных доктринальных и законодательных моделей;
- 2) согласование и гармонизация системы коллизионных норм с близкими институтами гражданского права, процессуального права и иных отраслей права;
- 3) учёт политических, экономических и культурных особенностей и интересов РФ;
- 4) создание прочной научно-догматической базы, определяющей действия законодателя и правоприменительных органов;
- 5) использование методов социально-правового прогнозирования при выработке моделей правового регулирования;
- 6) концентрация усилий доктрины не на обслуживании интересов законодателя, а на создании чётких, логичных и эффективных концепций установления и применения иностранного частного права.

Методологические основы. Автор попытался не только использовать все доступные и общепринятые методы исследования правовых явлений, но и выстроить определённую иерархию этих методов. Фактически это означает преимущественное использование в настоящей работе одних методологических принципов и меньшее использование других.

Выбор методов исследования зависит не только от предмета исследования, но и от заранее занятых общефилософских позиций. В этой связи общефилософской основой исследования послужили следующие исходные постулаты:

1. Существует идеальная модель правового регулирования (идеальная модель состояния общественных отношений), к которой должны стремиться законодатель и правоприменитель и от которой должна отталкиваться доктрина.

2. Эстетика (форма) решения проблемы является одним из наиболее определяющих критериев верности решения. Ценностями эстетического подхода к методологии являются: интуитивность поиска, простота логических цепочек, парадоксальность оценок. Автор широко использовал метод проекций и метафор, когда явление в сфере коллизионного регулирования сравнивается с явлением в быту или другой сфере.

3. Доктрина не должна подчиняться каким-либо внешним влияниям. Научный труд не должен ограничиваться комментированием нормы и приспособлением ее для нужд практики. Рассматривая явления, протекающие в цепочке правового регулирования, ученый вправе рассматривать вопрос о применимости идеи, а не нормы, к общественным отношениям. Позиция

законодателя и потребности правоприменителя обуславливают решение тех или иных коллизионных проблем, однако этим факторам не должно придаваться абсолютизирующее значение.

4. Часто возможны несколько вариантов решения проблемы. Следует учитывать существование различных критериев оценки правильности этих вариантов. Так, вариант, приемлемый с позиций формальной логики, может быть абсолютно неэффективным при его воплощении на практике, и наоборот. Многих проблем коллизионного регулирования можно было бы избежать, позволив суду во всех случаях руководствоваться *lex fori*. Однако при этом пострадали бы важнейшие принципы международного частного права. Исследователь не должен абсолютизировать ни свое собственное мнение, ни господствующую в доктрине позицию, ни мнение законодателя. Необходимо отказаться от черно-белой оценки правовых феноменов и увидеть мир международного частного права во всем разнообразии красок и позиций.

В работе использован весь комплекс специально-юридических методов исследования.

Догматический метод. Отечественное международное частное право в настоящее время развивается в кильватере европейской науки международного частного права и науки сравнительного правоведения. Этим обстоятельством можно объяснить тот факт, что доктрина отечественного международного частного права часто расходится с общими подходами, выработанными в рамках теории государства и права еще в советский период. Например, объект отношения определяется в рамках теории государства и права как благо, на достижение которого направлены действия участников отношения, а в отечественном международном частном праве объект отношения повсеместно отождествляется с имуществом. Структура коллизионной нормы права отличается от общей структуры нормы права. Такое несовпадение теории международного частного права и теории государства и права по ряду ключевых позиций затрудняет преподавание этого предмета и ведет к обособленности коллизионного права от других отраслей и институтов отечественного права.

Представляется, что при освещении и решении проблем коллизионного регулирования не следует ограничиваться научно-понятийным аппаратом международного частного права. Данная дисциплина ни в коем случае не должна восприниматься как самодостаточная. Необходимо привести научный аппарат международного частного права в соответствие с научным аппаратом теории государства и права, международного права, гражданского права, гражданского процессуального права и иных отраслевых наук. Попытка такой гармонизации предпринята в настоящем исследовании.

Сравнительно-правовой метод. В настоящем исследовании широко используются зарубежный законодательный опыт, судебная практика и работы иностранных авторов.

Международное частное право – единственная отрасль национального права, для которой сравнительное правоведение приобретает действительно практическое значение. От развития сравнительного правоведения напрямую зависит эффективность норм международного частного права. В настоящем исследовании сравнительно-правовой материал использовался для получения информации об опыте иностранных государств с целью его сравнения с отечественным опытом и для получения информации о материальном праве иностранных государств с целью разработки наиболее эффективных моделей действия отечественных коллизионных норм, отсылающих к иностранным правовым порядкам.

Представляется, что воздействие иностранного права на отечественную систему международного частного права должно в меньшей степени проявляться на этапе правотворчества, чем на этапе правоприменения. В любом случае оценка правильности законодательного или правоприменительного решения не должна осуществляться исключительно в зависимости от его соответствия или несоответствия зарубежным образцам.

Развитие любой правовой доктрины проходит как минимум два этапа. На первом этапе конструируются некие общие методологические принципы, определяется природа отношения, государственный интерес в его регулировании. Формулируются базовые идеи, определяющие позиции и законодателя, и правоприменителя. Второй этап заключается в том, что соответствующие идеи, представляющие скелет науки, начинают обрывать «мясом», «плотью позитивного права». Они адаптируются к конкретным отношениям, подкрепляются и конкретизируются судебной практикой, диверсифицируются в зависимости от ситуаций. Другими словами, теоретические концепции перерастают в науку о правоприменении. На определенном этапе теоретическая сфера (методология) науки полностью исчезает из поля зрения доктрины, которая начинает заниматься только поиском наиболее эффективных правоприменительных решений. Конечно, методологические принципы незримо присутствуют, но они уже не являются объектом дискуссий, как было на первом этапе. Для того чтобы поколебать сложившуюся систему, необходимы потрясения, как правило, внешнего по отношению к доктрине характера. Так, применительно к международному частному праву такие изменения были вызваны созданием ЕС и появлением коммуитарного права.

Российская наука международного частного права, к сожалению, еще не вышла из «колыбели» чистого доктринализма. Большинство работ по международному частному праву, опубликованных в России, представляют собой описание общей методологии в отрыве от новых законодательных решений и революции, произошедшей в общественных отношениях. Это тем более не интересно с учетом того, что большинство высказываемых постулатов уже были озвучены в советский период.

В этой связи развитие сравнительного правоведения может дать необходимый толчок для смещения доктрины в плоскость позитивизма. Внимательное изучение иностранных образцов показывает, что во многих случаях иностранный опыт предлагает примеры и решения, к которым отечественная доктрина зачастую не подходила даже близко. Учет этих образцов необходим как минимум по двум причинам. Во-первых, их можно заимствовать при возникновении аналогичных проблем в отечественном правовом порядке в будущем, а во-вторых, их можно использовать для более четкого определения отечественных позиций и их места в общемировом правовом пространстве.

Надо сказать, что относительная неразвитость отечественного международного частного права, с одной стороны, огорчает, но с другой стороны, вселяет большие надежды. Российская наука представляет собой своего рода юношу, жизненный путь которого зависит от изначально выбранного направления, и если это направление будет правильным, то путь будет легким и праведным. Соответственно, главной задачей отечественной доктрины сегодня является создание верных ориентиров для развития.

Исторический метод. Современный свод отечественных коллизионных норм не похож на предыдущие отечественные образцы. Современные общественные отношения в сфере международного частного права существенным образом отличаются от общественных отношений советского периода. Изменилось общее понимание институтов гражданского права и гражданского процессуального права. Раздел VI части третьей ГК РФ закрепляет ряд институтов, не свойственных традиционному российскому международному частному праву, слабо описанных в доктрине и неизвестных широкому кругу правоприменителей. К числу этих институтов относятся: институт юридической биотехнологии, институт взаимности и др.

В этой связи при создании современной теории вряд ли целесообразно опираться на опыт применения гражданских кодексов советского периода. В то же время это не означает отсутствия необходимости учета особенностей отечественной правовой и экономической систем.

В ряде случаев в настоящем исследовании доказываются необходимость отказа от вредных для механизма правового регулирования заимствований из иностранного опыта и необходимость возврата к предыдущим законодательным и правоприменительным решениям.

В некотором смысле исторический метод исследования применительно к вопросам установления и применения иностранного права в настоящее время несостоятелен. Новые кодификации международного частного права европейских государств обнаруживают все большее сходство, а принятие в Европе Конвенции 1980 г. о праве, применимом для регулирования договорных отношений, вообще снизило актуальность поиска внутренних индивидуальных правовых решений. Даже государства Азии и Африки (Тунис, Объединенные Арабские Эмираты и др.), настороженно относящиеся к любым иностранным интервенциям в свою правовую культуру, сегодня закрепляют в своих нормативных актах коллизионные нормы, разработанные на основе европейских моделей.

На некоторую оригинальность сегодня могут претендовать страны общего права (Великобритания и США), однако в настоящее время эта оригинальность в большей степени обусловлена стилем правовой системы, а не концептуально иными решениями. Сегодня наблюдается тенденция к всеобщей гармонизации коллизионных систем общего и романо-германского права. С одной стороны, это объясняется объективными причинами: ростом числа транснациональных корпораций, выходом хозяйствующих субъектов за национальные рамки, интеграционными процессами и пр. С другой стороны, отдельно можно наблюдать усиление склонности континентального юриста к индивидуализации регулирования, а юриста из государства общего права – к поиску шаблонных форм регулирования. В связи с присоединением Великобритании к Европейскому Союзу и усиливающейся критикой английской судебной системы в самой Великобритании делаются прогнозы о скором исчезновении самой главной английской достопримечательности – судебного прецедента.

Противоречия между традиционными конкурирующими началами (гражданство – domicilio, место регистрации юридического лица – место нахождения органа управления юридического лица) в настоящее время остались, однако связывать тот или иной вариант с историческими особенностями национальной правовой системы в большинстве случаев уже неверно (что было бы возможно еще в XIX в.). Современное законодательство стало более эклектичным и гибким: принцип гражданства в Великобритании является субсидиарным по отношению к принципу domicilia, а в романогерманских государствах – наоборот. Всеобщее признание получил принцип тесной связи, ставший нормой *jus cogens* международного частного права, принцип, позволяющий отказаться от использования любой коллизионной привязки, если она не отражает реальную связь отношения и правопорядка. Иными словами, юрист, занимающийся сравнительным правоведением, в настоящее время в меньшей степени учитывает историко-правовые особенности своего государства или близких государств, и должен ориентироваться, прежде всего, на методы формальной логики. При составлении национальных кодексов в сфере международного частного права необходимо работать с моделями отношений, оторванными от реальной правовой системы (кроме того, это требование вытекает и из международного характера коллизионного регулирования).

Грамматический метод. К сожалению, этот метод практически не работает в области коллизионного регулирования. Термин «коллизионная норма» в юриспруденции имеет значение, противоположное своему буквальному смыслу. Большой бедой международного частного права является обособление терминологического аппарата не только от общей грамматики, но и от грамматики иных отраслевых наук и грамматики теории государства и права.

В настоящем исследовании делается попытка выработки общего с отраслевыми науками и с теорией государства и права грамматического аппарата международного частного права и предлагается ряд новых научных терминов.

Серьезные проблемы вызывает стилистика раздела VI части третьей ГК РФ, изобилующая сложными языковыми конструкциями и специальными терминами, понятными только узким специалистам. Одной из задач настоящего исследования в этой связи явилась переформулировка соответствующих положений ГК РФ и передача их смысла при помощи более простых языковых форм. Делаются предложения *de lege ferenda*, направленные не только на изменение смысла положений ГК РФ, но и на совершенствование их грамматической конструкции.

Методы формальной логики. Методы формальной логики, пожалуй, наиболее применимы при исследовании явлений в области международного частного права. Представляется, что сам процесс выбора компетентного правопорядка – это исключительно логический акт, не подверженный влиянию политической целесообразности. Более того, материальные интересы субъектов правоотношения на этапе установления применимого права также в значительной степени обесцениваются или, во всяком случае, должны обесцениваться. Коллизионная проблема может быть решена без выхода за рамки формальной обобщенной структуры правоотношения.

Отечественная доктрина. При освещении теоретических проблем коллизионного регулирования автор ориентировался на классические работы отечественных ученых: Л. А. Лунца, И. С. Перетерского, В. М. Корецкого и др. Достоинством данных работ является освещение вопросов установления и применения иностранного частного права вне связи с тем или иным конкретным законодательным решением. Современное международное частное право значительно изменилось по сравнению с серединой XX в., однако представляется, что общие принципы правового регулирования и сущность международного частного права остались теми же.

В работе широко использовались работы Л. П. Ануфриевой, М. М. Богуславского, В. П. Звекова, В. В. Гаврилова и другие работы по международному частному праву конца XX в. – начала XXI в.

Появившиеся после принятия раздела VI ГК РФ статьи и монографии отечественных авторов комментирующего характера (Г. К. Дмитриевой, И. В. Елисеева, Е. А. Суханова, Н. И. Марышевой, В. П. Звекова, А. И. Муранова и др.).

Без международно-правового материала невозможно раскрыть ряд вопросов коллизионного регулирования. В этой связи были рассмотрены позиции общепризнанных специалистов в области международного права: А. Фердросса, Л. Оппенгейма, Я. Броунли, Ф. Ф. Мартенса, Г. В. Игнатенко и др.

Предмет исследования требовал в ряде случаев рассмотрения проблем, решение которых осуществляется в рамках иных отраслевых юридических дисциплин: гражданского права, гражданского процесса, административного права и конституционного права. В таких случаях автор использовал в первую очередь общеизвестные работы Г. Ф. Шершеневича, О. С. Иоффе, М. А. Гурвича, Ю. К. Осипова, Т. Н. Нешатаевой и др.

Обзор иностранной доктрины. Проблемы, возникающие в сфере коллизионного регулирования, актуальны для всех государств. Предмет научных исследований в сфере международного частного права является общим, что позволяет отечественному ученому эффективно использовать разработки зарубежной доктрины.

В то же время международное частное право очень тесно связано с гражданским правом и гражданским процессом – отраслями, где национальная специфика выражена очень сильно. В этой связи дифференциация науки международного частного права в зависимости от национальной принадлежности так или иначе имеет место и ее следует учитывать при адаптации зарубежного опыта.

Дифференциация науки международного частного права объективно учитывает дифференциацию правовых семей. Можно говорить о существовании романо-германского, англосаксонского и религиозного международного частного права. Кроме того, для целей настоящего исследования уместно выделить международное частное право развивающихся государств.

Романо-германская правовая семья является колыбелью международного частного права, в итальянских университетах эта наука стала изучаться впервые. Принципы современного коллизионного регулирования также были заложены авторами, относящимися к этой семье (К. фон Савиньи, П. Манчини и др.).

Главная характеристика романо-германского международного частного права, определяющая все остальные, заключается в следовании общему принципу «близости права и отношения», сформулированному К. фон Савиньи, и в настороженном отношении к современным англосаксонским теориям в области коллизионного регулирования.

В рамках романо-германской правовой семьи в настоящее время наблюдается весьма четкое разделение доктрины на две «подсистемы». Одна имеет свой центр во Франции, другая – в Германии. Граница между французским (романским) международным частным правом и немецким (германским) международным частным правом фактически представляет собой границу между Западной и Южной Европой, с одной стороны, и Северной и Восточной Европой – с другой.

Под влияние французской концепции международного частного права в настоящее время попали такие европейские страны, как Бельгия, Италия, Испания, частично Швейцария и др.; под влияние немецкой концепции – страны Восточной Европы, Скандинавия, Дания, Австрия и др.

Главные характеристики романского международного частного права заключаются в следующем:

- факультативное применение коллизионной нормы и иностранного права;
- наличие оригинальных институтов: мобильный конфликт, обход закона и др.;
- независимое друг от друга развитие судебной практики и доктрины;
- «легкость» и рационализм научного стиля и научных аргументов; использование доказательств, основанных на утилитарной ценности отстаиваемой позиции.

Главные характеристики германского международного частного права заключаются в следующем:

- обязательное применение коллизионной нормы и иностранного права;
- наличие оригинальных институтов: предварительный вопрос;
- большая связь между судебной практикой и доктриной;
- научный стиль и научная аргументация, построенная на принципах жесткой формальной логики, оперирование категориями общей философии, обращение к междисциплинарным проблемам.

Отдельные замечания:

1. В рамках романо-германской правовой семьи существуют государства, международное частное право которых не может быть с определенностью отнесено к французскому или немецкому центру. Это, прежде всего, Швейцария, международное частное право которой представляет собой в определенном смысле слова «сплав» двух традиций. Это – Италия, международное частное право которой до недавнего времени отличалось резко выраженной национальной спецификой, в последнее время, правда, эта специфика исчезает под влиянием французской концепции международного частного права.

2. Романская концепция оказывает сильное влияние на развитие международного частного права на Севере Африки (в Алжире, Тунисе, Египте, Марокко и др.) и в Латинской Америке. Германская концепция воздействует на правовые семьи Восточной Европы.

3. РФ с точки зрения содержания основных институтов международного частного права в большей степени тяготеет к германской традиции. Опыт романской традиции практически не учитывается ни отечественным законодателем, ни отечественной доктриной.

4. И немецкая, и французская традиции имеют больше точек соприкосновения, чем отличий. Видение таких проблем, как первичная квалификация, обратная отсылка, публичный порядок, императивные нормы и пр., – достаточно унифицировано. И немецкая, и французская традиции имеют общие корни – учение К. фон Савиньи о близости права и отношения. В этой связи позиция французской доктрины всегда более близка к позиции немецкой доктрины, чем, скажем, к позиции английской доктрины.

Англосаксонская концепция международного частного права с недавнего времени представляет собой поле для разнообразных экспериментов в области коллизионного регулирования. Традиционная оригинальность этой концепции проявляется в следующем:

- восприятие иностранного права как факта;
- наличие оригинальных институтов (взаимность и др.),
- отрицание существования ряда проблем, свойственных романо-германской традиции (предварительный вопрос и др.);
- большое внимание аргументации процессуального характера, дескриптивный подход к ряду проблем (публичный порядок);
- большая, по сравнению с романо-германской традицией, дифференциация доктрины, связанная, очевидно, с отсутствием единой позиции законодателя и с дифференциацией судебной практики.

В последнее время в рамках англосаксонской традиции появились теории, которые вообще отрицают общие принципы коллизионного регулирования (теория «фактора суда» и др.).

Религиозная концепция международного частного права отличается следующими особенностями:

- наполнение ряда институтов международного частного права, имеющих связь с материальным правом, религиозным содержанием (публичный порядок, императивные нормы международного частного права и др.);
- специфическое отношение к традиционным институтам коллизионного регулирования (обратная отсылка, предварительный вопрос и пр.);
- наличие оригинальных институтов и проблем (применение интерперсональных коллизионных норм и др.).

Вместе с тем ряд государств с религиозной правовой системой в последнее время все в большей степени ориентируются на европейскую доктрину. ГК Туниса, например, представляет собой классический (и, возможно, лучший из существующих) свод коллизионных норм, построенный по романо-германской модели.

Некоторые развивающиеся государства (Китай, некоторые страны Латинской Америки, отчасти Россия и пр.) в настоящее время еще не сформировали собственную концепцию международного частного права. Поэтому нельзя с определенностью говорить об их относимости к той или иной правовой семье.

Практически полное отсутствие до недавнего времени судебной практики в области коллизионного регулирования в Китае и России, неразвитость сравнительного правоведения замедляют развитие доктрины. Пока эти препятствия не исчезли контуры будущей концепции международного частного права России или Китая угадать трудно. Вполне возможна дальнейшая ориентация России на германскую доктрину, а Китая – на романскую доктрину. Однако в равной степени можно предположить, что оригинальность правовых культур в данном случае

повлияет на выработку совершенно оригинальных концепций регулирования. Применительно к Китаю, конечно, это предположение имеет больше шансов для реализации.

В настоящем исследовании преимущественно использованы работы авторов, относящихся к романо-германской правовой семье. Основное внимание уделяется французской, итальянской и немецкой школам права.

Французская доктрина представлена работами А. Батиффолья, П. Майера, П. Курба, Б. Ауди, И. Луссуарна, Д. Гутмана и др.

Итальянская доктрина представлена работами П. Пикконе, Ф. Москони, И. Питталуги, А. Вивьяни и др.

Немецкая доктрина представлена работами Х. Шака, Л. Раапе, Э. Йайме, А. Макарова и др.

Также были использованы работы авторов Испании (К. Эсплугес-Мота, Х. Д. Гонсалес Кампос и др.), Венесуэлы (Гонзало Парра-Арангурен), Дании (Торбенн Свенн Шмидт), Японии (Нишитани), Китая (Догген Кеу), Бельгии (Р. Вандер Эльст, М. Везер и др.) и других стран.

Англосаксонская доктрина представлена работами М. Вольфа, А. Ф. Лоуэнфелда, Д. Макклина и др.

Нормативный материал. Нормативной основой исследования являются следующие акты: ГК РФ, СК РФ, ТК РФ, КТМ РФ, Закон РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. и др., закрепляющие коллизионные нормы. Помимо действующих нормативных актов, автор в ряде случаев обращался к положениям нормативных актов, утративших силу. В работе доказывается несостоятельность тезиса, в соответствии с которым коллизионные нормы ГК РФ принципиально отличаются от соответствующих норм ОГЗ СССР и качественно превосходят их. Представляется, что в ряде случаев раздел VII ОГЗ СССР 1991 г. предлагает более простое и элегантное решение коллизионной проблемы, чем раздел VI ГК РФ. ОГЗ СССР 1991 г. должны сохранить свое значение для доктрины в качестве акта, закрепившего состоятельную систему норм, которые могли бы достаточно эффективно регулировать общественные отношения и в настоящее время.

В работе использовался международно-правовой материал. Помимо международных договоров, закрепляющих коллизионные нормы, были использованы консульские конвенции, конвенции, закрепляющие материальные нормы международного частного права, международные договоры, посвященные различным аспектам правовой помощи, и пр.

В книге анализируются некоторые положения АПК РФ, ГПК РФ и других нормативно-правовых актов.

Помимо актов законодательства РФ, в работе использовались акты иностранного законодательства в сфере коллизионного регулирования. В качестве справочного пособия использовались недавно вышедший сборник «Международное частное право. Иностранное законодательство» (Составители А. Н. Жильцов и А. И. Муранов. М., 2001) и другие материалы.

Судебная практика. В работе рассматривались решения и иные акты Высшего Арбитражного Суда РФ, Верховного Суда РФ, Конституционного Суда РФ, Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ.

Отечественная судебная практика небогата примерами, иллюстрирующими некоторые сложные проблемы коллизионного регулирования. В этой связи в ряде случаев для освещения того или иного тезиса автор был вынужден самостоятельно моделировать правоприменительные ситуации.

Для иллюстрации ряда проблем коллизионного регулирования привлекалась практика международных юрисдикционных органов (Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций, Международного Суда ООН и др.).

В настоящем исследовании использовались два типа иностранных судебных решений: классические судебные решения, повлиявшие на формирование доктрины, и новейшие судебные решения, отражающее состояние международного частного права иностранных государств на современном этапе.

Наибольшее внимание уделено решениям французских, итальянских, испанских и немецких судов. В меньшей степени использовались решения судов англосаксонских государств и судов развивающихся государств. В основном рассматриваются решения высших судов (Кассационных судов Франции, Италии и Бельгии, Верховного суда Германии и пр.).

Законодательство некоторых европейских государств в сфере международного частного права является не кодифицированным (Франция, Великобритания, отчасти Германия и др.). Судебные решения высших судов в этой связи фактически приобретают характер судебного прецедента. Их значение, таким образом, превышает значение *иллюстрации* проблемы и близко к значению писаной нормы права.

При работе с судебными решениями следует учитывать специфику решений Кассационного суда Франции, которые весьма лаконичны по сравнению с решениями высших судов других стран. Решения Кассационного суда по объему не превышают, как правило, половины страницы и часто состоят из одного сложного предложения. В этих решениях позиция суда часто не высказывается с определенностью, поэтому задача ее уточнения ложится на доктрину. Решения французских судов публикуются с комментариями ведущих специалистов в области международного частного права.

Наличие богатой судебной практики является мощным стимулом развития науки, стимулом, который, к сожалению, отсутствует в РФ применительно к проблемам международного частного права.

Глава 1

Коллизионная норма и автономия воли

1.1. Понятие и особенности международного частного права

Прежде чем рассмотреть вопросы, непосредственно связанные с особенностями коллизионного регулирования, целесообразно осветить некоторые общие особенности международного частного права, определяющие специфику данного исследования.

Понятие международного частного права. Международное частное право («разграничивающее право», «коллизионное право», «конфликт законов») – совокупность норм, регулирующих гражданские, семейные, трудовые и процессуальные отношения с участием иностранного элемента. Ф. Ф. Мартенс определяет международное частное право как «совокупность юридических норм, определяющих применение к данному правовому отношению заинтересованного лица, в области международных оборотов, права или закона отечественного или иностранного государства»².

Термин «международное частное право» предложил американский автор Дж. Стори в конце 1834 г. Этот термин устоялся, хотя буквальное его значение не совсем соответствует современному пониманию. Прежде всего, международное частное право не регулирует отношения между народами. Международное частное право не является исключительно частным правом, поскольку в его состав входит ряд норм публичного права, учитывающих интересы государства (например, оговорка о публичном порядке). И, наконец, международное частное право не является в полном смысле правом, поскольку коллизионные нормы, являющиеся основой международного частного права, не устанавливают права и обязанности субъектов материального правоотношения. В то же время при реализации международного частного права взаимодействуют несколько национальных правопорядков, процессуальные нормы международного частного права обслуживают нормы материальные, и применение коллизионных норм немислимо без применения норм материального права, к которому коллизионные нормы отсылают. Все это оправдывает использование этого термина.

До сих пор в доктрине не утихают споры относительно юридической природы норм международного частного права. Наиболее известные точки зрения: международное частное право – отрасль международного публичного права; международное частное право – институт гражданского права; международное частное право – самостоятельная система права, действующая наряду с национальным и международным публичным правом; международное частное право – самостоятельная отрасль национального права. Данный вопрос в ряде случаев приобретает практическое значение. С его решением связаны проблемы определения принципов международного частного права, толкования его норм, восполнения пробелов в международном частном праве и др. Не разбирая подробно все варианты, попытаемся привести доказательства в поддержку последней точки зрения, которая представляется наиболее убедительной.

• Нормы международного частного права реализуются главным образом в рамках национального правопорядка, их применение осуществляется национальными судами, следовательно международное частное право действует в рамках национального правопорядка. Большинство норм международного частного права по-прежнему закреплены в национальном законодательстве.

² Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. В 2 т. М., 1996. Т. 2. С. 170.

- Нормы международного частного права имеют общую особенность: все они направлены на регулирование отношений с участием иностранного элемента. Специфика этих отношений позволяет выделить их в особую группу. Таким образом, международное частное право имеет самостоятельный предмет регулирования. Как следствие, применение международного частного права, особенно применение норм коллизионного права, имеет ряд специфических особенностей, не имеющих аналогов в других отраслях национального или международного права, что позволяет говорить об обособленности норм международного частного права от норм других отраслей.

- Нормы международного частного права не могут рассматриваться как часть международного права только на том основании, что в круг источников международного частного права входят международные договоры. Сегодня международные договоры являются источником практически всех отраслей национального права. Несколько больший удельный вес международных договоров в Источниковой базе международного частного права является свидетельством методологической связи международного частного права с международным публичным правом, но не относимости первого ко второму.

- Международное частное право не может рассматриваться и как часть гражданского права, поскольку в его состав входят нормы, выходящие за пределы регулирования гражданского права: нормы семейного, трудового и процессуального права.

По мнению М. Иссада, «принимая во внимание его (международного частного права. – В. Т.) эклектический характер, заимствование из различных отраслей, учитывая национальные интересы, а также требования современного международного правопорядка, можно охарактеризовать международное частное право как “катеорию *sui generis*” или как “самостоятельную отрасль”»³.

В последнее время российская доктрина преимущественно признает за международным частным правом характер самостоятельной отрасли национального права⁴.

Предмет международного частного права. Традиционная советская, а теперь российская доктрина международного частного права выделяет три основных элемента структуры правоотношения, благодаря которым отношение входит в предмет регулирования международного частного права: субъект правоотношения, объект правоотношения и юридический факт. Учебник по международному частному праву 1940 г. описывал предмет регулирования международного частного права следующим образом: «Гражданско-правовое отношение должно быть признано международным при наличии одного из следующих признаков:

- а) когда в правоотношении участвует иностранец и
- б) когда правоотношение связано с территорией двух (или нескольких) государств»⁵.

Л. А. Лунц определяет международное частное право как отрасль права, регулиующую «область отношений гражданско-правового характера... возникающих в международной жизни»⁶. По мнению В. В. Гаврилова, «предмет правового регулирования международного частного права составляют международные немежгосударственные отношения невластного характера»⁷. Л. П. Ануфриева предметом регулирования международного частного права считает «разнообразные отношения определенного рода, которые возникают в сфере международного гражданского (хозяйственного) оборота в широком смысле слова... включающие личные,

³ Иссад М. Международное частное право. М., 1989. С. 13.

⁴ См. Дмитриева Г. К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. В. П. Мозолина. М., 2002. С. 187; Звеков В. П. Международное частное право. М., 1999. С. 8; Ануфриева Л. П. Международное частное право. В 3 т. М., 2000. Т. 1. С. 93 и др.

⁵ Международное частное право / Под ред. И. С. Перетерского и С. Б. Крылова. М., 1940. С. 6.

⁶ Лунц Л. А. Курс международного частного права. В 3 т. М., 1973. Т. 1. С. 12.

⁷ Гаврилов В. В. Международное частное право. Общая часть. Владивосток, 1997. С. 7.

имущественные и связанные с ними неимущественные отношения»⁸. Предмет регулирования международного частного права в отечественной науке не является объектом дискуссий.

Международное частное право регулирует отношение в случае, если оно (отношение) связано с территорией двух или нескольких государств. Такая связь является юридическим фактом, входящим в гипотезу коллизионных норм и других норм международного частного права. Наиболее часто за основу такой связи в коммерческих сделках берется место нахождения коммерческого предприятия субъекта правоотношения.

В зависимости от предмета регулирования и источника закрепления нормы международного частного права делятся на следующие группы:

- нормы международного права, определяющие подсудность;
- нормы национального права, определяющие подсудность;
- коллизионные нормы, содержащиеся в международных договорах;
- коллизионные нормы национального права;
- материальные специализированные нормы международного права (нормы международных договоров, направленные на регулирование отношений с участием иностранного элемента);
- материальные специализированные нормы национального права (нормы национального права, направленные на регулирование отношений с участием иностранного элемента);
- материальные неспециализированные нормы национального права (нормы национального права, не учитывающие специфику отношений с участием иностранного элемента, однако применяемые к этим отношениям, если коллизионная норма отсылает к национальному праву).

Регулирование любого отношения в сфере международного частного права проходит следующие стадии:

1. Установление подсудности, выбор юрисдикционного органа.
2. Определение применимого материального права при помощи коллизионных норм государства суда.
3. Применение норм материального права.

На первой стадии применяются нормы процессуального права. Часто используется обращение к третейскому способу разрешения споров. Наиболее специфичной для международного частного права является вторая стадия – стадия коллизионного регулирования, когда действуют законы, уникальные в своем роде. Третья стадия также имеет ярко выраженные особенности. В настоящей работе главным образом рассматриваются проблемы, возникающие при реализации второй и третьей стадий регулирования.

Метод международного частного права. В отечественной литературе называются два метода международного частного права: коллизионный и материально-правовой.

Классический (коллизионный) механизм регулирования международного частного права во второй половине XX в. был осложнен появлением норм международного права, регулирующих частноправовые отношения. А. Фердросс называет такие нормы правом международного сообщества, в международном частном праве иногда используется несколько ироничный термин «международное» международное частное право. Речь идет, например, о нормах Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров, Конвенции ЮНИДРУА по международной аренде оборудования 1988 г., Конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. и др.

Возникли две основные схемы регулирования отношений, осложненных иностранным элементом:

⁸ Ануфриева Л. П. Международное частное право. В 3 т. М., 2000. Т. 1. С. 47–48. Здесь же имеются достаточно интересные рассуждения о появлении самого термина «международное частное право» в научном обороте.

1) применение коллизионной нормы + применение норм национального материального права;

2) применение норм материального права, закрепленных в международных договорах.

Согласно общепринятой терминологии в первом случае имеет место коллизионный метод регулирования, а во втором – материальный метод регулирования.

Коллизионный метод – это метод косвенного регулирования отношения посредством выбора правовой системы в том случае, когда на регулирование отношения претендуют порядки двух или более государств; материально-правовой метод – это метод прямого регулирования отношения посредством установления прав и обязанностей его субъектов.

Второй метод не исключает субсидиарного использования первого в том случае, если международный договор не решает всех вопросов. Во втором случае коллизионная норма не действует либо ее действие является формальным, не имеющим практического значения. Какая разница, к какому праву, государства А или государства В, отсылает коллизионная норма, если оба этих государства подписали Венскую конвенцию о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.? Результат будет одинаков.

П. Майер справедливо считает, что материально-правовой метод так или иначе действует на основе метода коллизионного. Коллизионная норма в данном случае выглядит таким образом: «Каждый раз, когда существует французская норма, относящаяся к международным отношениям, эта норма должна быть применена французским судьей, как исключаяющая применение любой нормы иностранного права». В случае применения Венской конвенции 1980 г. она применяется как результат действия коллизионной нормы, отсылающей к праву страны суда в случае наличия международного договора. П. Майер считает, что «невозможно разрешить коллизионную проблему без помощи нормы, которая отсылает к одному закону среди прочих, прямое применение само по себе недостаточно, оно должно сочетаться с непрямым применением (коллизионно-правовым методом. – В. Т.), даже если последнее ограничивается автоматическим предоставлением компетенции праву страны суда»⁹.

В современной литературе традиционной является дискуссия о преимуществах и недостатках того или иного метода регулирования.

При реализации международных договоров обнаруживается интересный феномен, который уместно обозначить термином «национализация международного договора». Судья, применяя международный договор, воспринимает его как элемент отечественной правовой системы и, соответственно, привязывает нормы международного договора к отечественным нормам и дает им толкование в соответствии с отечественными стандартами. Таким образом, можно утверждать, что даже в тех случаях, когда международный договор создает условия для универсального регулирования, этот результат никогда не достигается в полной мере в силу мощного влияния национальных правовых систем на применение положений договора. Так, ст. 78 Венской конвенции 1980 г., предусматривающая взыскание процентов, воспринимается судами как бланкетная и влекущая в каждом случае взыскание процентов, установленных национальным законодателем¹⁰.

Международное частное право и международное публичное право. Международное частное право тесно связано с международным публичным правом. Эта связь объясняется следующими причинами.

Международное частное право регулирует отношения с участием иностранных субъектов права, являющихся объектом защиты иностранного государства. Международное частное право, регулируя отношения с участием иностранных лиц, не может не учитывать потребности

⁹ Mayer P., Heuze V. Droit international prive. 7-eme edition. 2001. P. 92–93.

¹⁰ См. решения МКАС при ТПП РФ от 17.09.2001, 18.02.1998 (последнее – в кн.: Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г.) и др.

международного общения, которые, так же как и в международном публичном праве, часто приобретают приоритет над национальными интересами.

В силу этого, отличаясь коренным образом (международное публичное право защищает и выражает интересы коллективных образований, международное частное право защищает интересы частных лиц), международное частное право и международное публичное право имеют много общих особенностей:

- международные договоры являются основным источником права;
- государство рассматривается как субъект права;
- третейские суды являются часто используемым механизмом разрешения споров;
- международные межправительственные организации оказывают большое влияние на формирование норм международного частного права;
- нормы «мягкого» права и справедливость выступают в качестве источников и др.

Следует подчеркнуть, что нормы международного публичного права в большинстве случаев не оказывают прямого влияния на содержание норм международного частного права. Попытки доказать такое влияние предпринимались в доктрине (Э. Цителъман, Франкенштейн), однако были признаны несостоятельными¹¹. Вместе с тем некоторые институты международного частного права очень тесно связаны с международным публичным правом (взаимность, реторсии и др.) и вполне могут рассматриваться как межсистемные. Применение или неприменение соответствующей нормы международного частного права в данном случае обусловлено нормой международного публичного права.

Универсализация правовых понятий как характеристика международного частного права. Правовые категории международного частного права не совпадают по содержанию с аналогичными категориями национального частного права. В силу универсального характера коллизионной привязки категории международного частного права охватывают все или большинство однородных отношений, тяготеющих к различным правовым порядкам. Так, категория «купля-продажа», взятая в контексте ст. 1211 ГК РФ, является более объемной, чем категория «купля-продажа», предусмотренная главой 30 ГК РФ, поскольку вмещает в себя отношения, определяемые как купля-продажа по российскому, французскому, испанскому, английскому праву и т. д. То же касается всех иных категорий, закрепленных в объеме коллизионных норм¹².

Понятийный аппарат международного частного права отражает идею метаправа, или универсального правового порядка. Эта идея находит в международном частном праве свое практическое воплощение, правда, не в целях создания универсальной системы регулирования общественных отношений, а в целях разрешения конфликта между правовыми системами. Этот факт выносит международное частное право на принципиально иной уровень – уровень, по степени универсальности приближающийся к уровню международного публичного права.

Универсализация категорий в международном публичном праве является целью, в то время как в международном частном праве скорее способом решения специфичных проблем.

В рамках международного частного права универсализация категорий осуществляется *ad hoc* – для решения конкретной проблемы мы устраним национально-правовую окраску правоотношения и пытаемся понять его природу *ad ovo*. В рамках международного публичного права универсализация осуществляется как конечный итог интеграционных усилий.

Феномен универсализации в сфере международного частного права определяет многое:

¹¹ Из отечественных авторов нельзя не отметить Д. Ф. Рамазайцева, доказывавшего существование международных публично-правовых обычаев в сфере международного частного права (Рамазайцев Д. Ф. Договор купли-продажи во внешней торговле СССР. М., 1961).

¹² Г. К. Дмитриева указывает: «Коллизионная норма – это как бы мост, связывающий национальное право с иностранным...» (Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / Под ред. В. П. Мозолина. С. 193). Развивая эту метафору, можно сказать, что коллизионная норма – это неопределенное множество мостов между отечественным правовым порядком и иностранными. Чтобы коллизионная норма могла выполнять функции «моста», она должна быть способной охватить любые и отечественные, и иностранные материально-правовые феномены.

1. Прежде всего он диктует необходимость рассмотрения отношения в отрыве от его национально-правовых корней. Методология и международного публичного права, и международного частного права построена на поиске универсальных логических решений с целью получения универсально-эффективного результата.

2. Данный феномен определяет четко прослеживаемую тенденцию к универсализации самого коллизионного регулирования, как и тенденцию к универсализации доктрины международного частного права.

3. Феномен универсализации определяет совершенно самостоятельный и автономный характер международного частного права в системе национального права, обособленность международного частного права от иных отраслей национального права, в частности от «соблазнительно» близкого гражданского права.

4. Феномен универсализации предполагает возможность конструирования на основе норм международного частного права «общих принципов права цивилизованных наций»¹³, категории, используемой в рамках международного публичного права.

5. Феномен универсализации определяет естественную близость международного частного права к международному публичному праву, близость, основанную не на общности предмета правового регулирования, а на общей методологии, что проявляется в наличии близких по своей природе институтов (справедливость, арбитраж и пр.), общих институтов (дипломатическая защита, принцип наибольшего благоприятствования и пр.) и в чрезвычайной легкости (по сравнению с другими отраслями национального права), с которой международные договоры завоевали себе место в числе источников международного частного права.

Отечественное международное частное право и теория государства и права. Международное частное право в РФ развивалось и развивается в кильватере европейской науки международного частного права. Марксистско-ленинская идеология во времена СССР затронула и международное частное право, однако это влияние было незначительным в области коллизионного права. Этим обстоятельством можно объяснить тот факт, что доктрина отечественного международного частного права часто расходится с общими подходами, выработанными в рамках теории государства и права еще в советский период. Несколько примеров. Объект отношения определяется в рамках теории государства и права как благо, на достижение которого направлены действия участников отношения, а в отечественном международном частном праве объект отношения повсеместно отождествляется с имуществом. Структура коллизионной нормы права отличается от общей структуры нормы права. В качестве элемента отношения в сфере международного частного права выделяется юридический факт. В рамках отечественной теории государства и права юридический факт, как правило, не включается в структуру правоотношения¹⁴.

Такое несоответствие теории международного частного права общей теории государства и права затрудняет преподавание этого предмета, ведет к его обособлению от других отраслей и институтов отечественного права, хотя на практике вряд ли грозит серьезными негативными последствиями. Тем не менее, факт несогласованности необходимо устранить для того, чтобы облегчить дальнейшее развитие международного частного права.

¹³ Наиболее выпукло это проявилось при рассмотрении Международным Судом дела компании «Барселона Трекшн».

¹⁴ Обоснованной критике общепринятую терминологию международного частного права подверг А. А. Рубанов. См.: Теоретические основы международного взаимодействия национальных правовых систем. М., 1984. С. 91–93.

1.2. Теоретические основания применения иностранного права

Международное частное право и иностранное право. Основной задачей международного частного права является установление национального правопорядка, регулирующего отношение. Почему отечественный суд в ряде случаев применяет иностранное право? Не лучше ли, опираясь на концепцию суверенитета, применять исключительно отечественное право?

Многие авторы задавались целью выделить эссенцию международного частного права, некую общую идею, при помощи которой можно было бы решать многочисленные вопросы, возникающие в этой области. Предлагалось обосновывать действие норм иностранного права международной вежливостью, целью обеспечения универсальной гармонии судебных решений, некими общими принципами международного публичного права¹⁵. Будучи достаточно своеобразным явлением, международное частное право, конечно же, зависит в своем развитии и применении и от международного права, и от международной вежливости. Но основание действия норм иностранного права такое же, как и любых других норм. Целью их применения является наиболее эффективное и справедливое регулирование общественных отношений. Несправедливо регулировать форму брака, заключенного за рубежом между иностранными гражданами, отечественным правом, поскольку на момент заключения брака иностранные граждане не предполагали и не могли предполагать, что форма их брака будет предметом рассмотрения отечественного суда. Несправедливо регулировать договор купли-продажи между иностранными контрагентами отечественным правом, поскольку при его исполнении стороны руководствовались иностранным правом. Не эффективно регулировать правосубъектность иностранного юридического лица отечественным правом, поскольку отечественное право может не знать данной организационно-правовой формы. Не эффективно регулировать право частной собственности в отношении недвижимости, находящейся на территории иностранного государства, отечественным правом, поскольку действие отечественного права в этом случае на территории иностранного государства не будет допускаемо иностранным государством. Эффективность и справедливость регулирования в международном частном праве достигаются при помощи определенных инструментов и способов, разных в каждом государстве. Вместе с тем эти инструменты и способы имеют общую концептуальную основу, и прослеживается четкая тенденция к их унификации, во всяком случае, в рамках региональных систем права.

А. Б. Левитин совершенно справедливо пишет: «Для советского права выбор закона для регулирования общественных отношений является не самоцелью, а средством для наиболее целесообразного оформления этих отношений, для наилучшей защиты субъективных прав»¹⁶.

Ф. Вишер приходит к такому же выводу, отмечая, что главное основание применения иностранного права заключается в «необходимости адекватного регулирования отношений между частными лицами»¹⁷.

¹⁵ Эти вопросы рассматривает Ф. Вишер. По его мнению, международная вежливость или международное публичное право не являются основанием для применения иностранного права, так как нет международных санкций за неверное решение коллизионной проблемы. Международная гармония решений также не является таким основанием; ее невозможно достичь в условиях, когда исламские суды будут всегда выносить решения, отличающиеся от решений отечественных судов. И, наконец, интерес иностранного государства в применении его нормы также не имеет определяющего значения, потому что, как правило, в сфере частного права такие интересы не имеют большого значения (Vischer F. *Général Course on Private International Law. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1992. T. 232. P. 27–29).

¹⁶ Левитин А. В. Вопросы публичного порядка в международном частном праве // Проблемы международного частного права / Под ред. Л. А. Лунца. М., 1960. С. 209.

¹⁷ Vischer F. *Général Course on Private International Law. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1992. P. 30.

По словам английских авторов Дж. Чешира и П. Норта, «международное частное право... начинает действовать, когда рассматриваемый судом вопрос касается факта, события или сделки, находящийся в столь тесной связи с иностранной системой права, что возникает необходимость обратиться к этой системе»¹⁸. Существуют определенные законы взаимодействия национальных правопорядков, которые и обуславливают содержание международного частного права.

Понятие «близкого» права. Отношение должно регулироваться «близким» правом. Что такое «близкое» право? Этот вопрос имеет значение для законодателя, который формулирует коллизионные нормы, а также для правоприменителя, который осуществляет толкование этих норм или применяет «гибкую» коллизионную норму.

Вопрос не так прост. При ответе на него необходимо учитывать не только «внутренние» характеристики общественного отношения: субъекты, объект и содержание, но его «внешние» характеристики, а именно, регулируемость отношения правом.

Правоотношение является одновременно социальным феноменом и правовым феноменом. Для того чтобы отыскать «близкое» право, мы должны учитывать как связь отношения с территорией данного государства (территориальную локализацию элементов отношения), так и связь отношения с правопорядком данного государства (правовую локализацию элементов отношения).

Как определяется территориальная локализация? Субъект отношения может проживать на территории государства (и) или быть гражданином данного государства. Объект отношения (а правильнее сказать, материальная ценность, по поводу которой складывается отношение) может находиться на территории данного государства. Права и обязанности субъектов отношения могут осуществляться на территории данного государства.

Как определяется правовая локализация отношения? Реализация частноправового отношения может «включать» действие норм публичного права (исполнение договора международной купли-продажи связано с применением норм валютного и таможенного права). Осуществление публично-правовых отношений, возникших в связи с частноправовым отношением, на территории данного государства является характеристикой правовой связи. Государственные органы могут совершать акты, образующие юридический состав, необходимый для возникновения правоотношения (регистрация сделок с недвижимостью). Государственные органы могут обладать исключительной компетенцией по рассмотрению споров, связанных с данным отношением (исключительная подсудность).

Для установления «близкого» права необходимо учитывать и территориальную локализацию отношения, и его правовую локализацию. Территориальная локализация является объективной характеристикой отношения, правовая локализация – его субъективной характеристикой. Правовая локализация всегда зависит от желания государства воздействовать на отношение, подчинить его своему правопорядку.

Правовая локализация часто опосредует территориальную локализацию отношения. Так, сделки требующие регистрации в государственных органах, как правило, будут заключаться на территории соответствующего государства.

Правовая локализация отношения в одном государстве может погашаться правовой локализацией отношения в другом государстве. Например, таможенные пошлины, как правило, уплачиваются и в одном и в другом государстве.

Законодатель, как правило, подчиняет территориальную локализацию отношения его правовой локализации в своем государстве. Форма и порядок совершения брака в РФ независимо от гражданства супругов определяются по праву РФ.

¹⁸ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1982. С. 19–20.

В основе формулирования некоторых коллизионных норм положен принцип правовой локализации отношения, в основе формулирования других коллизионных норм – принцип территориальной локализации. Принцип правовой локализации отношения наиболее часто отражается в односторонних коллизионных нормах (ч. 3 ст. 1197, ст. 1200, ч. 2 ст. 1213 ГК РФ и пр.). Использование принципа правовой локализации часто ведет к хромым отношениям, так как для иностранного законодателя привязанность отношения к отечественным публичным отношениям, как правило, не имеет значения, и наоборот. Принцип территориальной локализации отношения отражается в двусторонних коллизионных нормах (ст. 1208, ст. 1211 ГК РФ). Возможны исключения из этого правила, когда принцип правовой локализации отражается в двусторонней коллизионной норме (ст. 1207 ГК РФ).

При рассмотрении вопроса о территориальной локализации отношения обнаруживается проблема выбора между локализацией субъектов отношения, локализацией их действий и локализацией объектов гражданских прав. Для «привязывания» обязательственных и трудовых отношений за основу, как правило, берется локализация субъектов. Для семейных отношений и в некоторых других случаях используется локализация субъектов отношения и объектов гражданских прав. В целях коллизионного регулирования вещных прав учитывается локализация имущества.

Природа применимого иностранного права: обзор основных теорий.

1. В соответствии с теорией «приобретенных прав» («vested rights») иностранное право применяется в качестве критерия оценки действительности прав, возникших за границей¹⁹. Эта теория, таким образом, сводит роль иностранного права до юридического факта. Судья должен определить наличие или отсутствие этого юридического факта и, соответственно, наличие или отсутствие правоотношения²⁰.

Однако иностранное право может служить не только средством оценки уже существующего правоотношения; оно может применяться отечественным судом и тогда, когда на основании судебного решения возникает новое отношение (преобразовательные иски).

А. Батиффоль считает, что когда речь идет о создании новой юридической ситуации (например, при вынесении решения о разводе), эта концепция неуместна.²¹ Глупо представить себе ситуацию, когда человек, заключивший брак в государстве, которое не признает разводы, имеет приобретенное право на расторжение брака, даже если в дальнейшем он меняет гражданство и местожительство²². По мнению Л. Раапе, «признание права, возникшего в соответствии с иностранной нормой, не представляет собой чего-то особого, отличного от применения самой нормы, но составляет самую сущность ее применения»²³. Другими словами, применимое иностранное позитивное право не может рассматриваться как свойство права субъективного.

Подобные построения, даже если они и имеют разумные обоснования у себя на родине (англосаксонские страны), совершенно не применимы к отечественным условиям. Действительно, если доверять этой теории, тогда можно утверждать и то, что каждый раз, когда судья рассматривает иск о признании, он не применяет право.

2. По мнению большинства англоязычных авторов, иностранное право – это факт.²⁴

¹⁹ Holland. Jurisprudence. 9 ed. P. 398; Goodrich. Handbook on the conflict of laws. 1927. P. 10.; Quelques remarques sur le concept de droit acquis en droit international prive angloaméricain. Revue critique de droit international prive. 1986. P. 425.

²⁰ Концепция приобретенных прав имеет много общего с англо-американской и романской концепциями «фактической» природы иностранного права.

²¹ Batiffol H., Lagarde P. Droit international prive. T. 1.8-eme edition. Paris. 1993. P. 526.

²² Ibid. P. 517.

²³ Раапе Л. Международное частное право. М., 1960. С. 17.

²⁴ См., например, классическое сочинение: Dicey and Morris. The conflict of Laws. 11-th ed. Vol. 1. London. 1987. P.217.

Во Франции некоторые авторы (И. Луссарн и П. Буррель) также утверждают, что иностранное право применяется в качестве факта. Этот вывод они обосновывают ссылками на решения Кассационного суда Франции, в соответствии с которыми:

- обязанность по установлению иностранного права лежит на сторонах;
- судья не обязан применять иностранное право *ex officio*, а должен это делать только по заявлению сторон;
- Кассационный суд не контролирует правильность применения иностранного права нижестоящими инстанциями²⁵.

Эта концепция неприемлема для отечественного правопорядка по следующим причинам:

- нормы отечественного права (ст. 1191 ГК РФ, ч. 5 ст. 13 АПК РФ и др.) не признают за иностранным правом характер факта (это выражено в терминологии этих норм и более косвенно – в других вещах, например, в перераспределении бремени доказывания). Российский судья должен сам предпринимать меры по установлению содержания иностранного права, он должен применять его независимо от позиции сторон, и вышестоящие суды в РФ, очевидно, осуществляют контроль за правильностью применения иностранного права²⁶;

- принятие в англосаксонских странах этой концепции объясняется оригинальными чертами англосаксонской правовой системы в целом (прецедентный характер источников, признание приоритета процессуального права над материальным и пр.), которые, естественно, отсутствуют у правовой системы РФ;

- признание за иностранным правом характера факта повлечет сомнительные процессуальные результаты, связанные, прежде всего, с полным переложением бремени доказывания его содержания на стороны;

- признание за иностранным правом характера факта вызовет к жизни ряд сложнейших теоретических вопросов, ответ на которые найти будет трудно, если не невозможно (например, если иностранное право – это факт, то какие нормы права регулируют общественное отношение, рассматриваемое судом);

- с общеметодологических позиций понятно, что иностранное право – это не факт, так как оно не отражается в реальной действительности как действие или событие, а существует как норма.

3. Ряд итальянских авторов (Аго, Анцилотти, Пачьони) полагают, что результатом действия коллизионной нормы является инкорпорация материальных норм иностранного права в отечественную правовую систему²⁷. Так, по мнению Р. Аго, любой правопорядок «исключает юридический характер всего того, что в него не входит»²⁸. Таким образом, нормы иностранного права применяются в качестве норм права отечественного. А. Батиффоль считает, что это неверно, потому что иностранное право, действуя в рамках отечественного правопорядка, не теряет собственной природы; оно даже толкуется в соответствии с собственными критериями.

Неожиданную близость с итальянской доктриной обнаруживает американский автор Эренцвейг, разработавший оригинальную теорию действия публичного порядка, получившую название теория «*moral datum*». Эренцвейг отталкивается от дуализма источников права в США и Англии (справедливость и закон). Он пишет, что абсурдно требовать от судьи применения стандарта справедливости, несовместимого с его собственным стандартом. Любой юридический текст должен читаться с собственных позиций о ценностях, на основании норм о добром порядке и пр. Э. Найме не согласен с этой теорией, полагая, что, действуя в рам-

²⁵ Loussouarn Y. et Bourel P. *Droit international privé*. 7 ed. 2001. P. 275.

²⁶ В своих информационных письмах ВАС РФ подвергает вопросы применения иностранного права оценке, из чего следует, что они являются объектом его внимания.

²⁷ Цит. по: Batiffol H., Lagarde P. *Op. cit.* P. 527.

²⁸ Ago R. *Règles générales des conflits de lois* // *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*. 1936. P. 302.

ках правового поля, не следует обращаться к квазиправовым источникам. Он же приводит любопытный пример воплощения этой теории. К немецкому туристу, находящемуся на Карибских островах, подошел коммивояжер и предложил заключить договор о таймшере. Немецкий гражданин подписал договор. Впоследствии немецкий суд признал договор недействительным, сославшись на то, что он противоречит добрым нравам²⁹. В данном случае иностранное право воспринято как инкорпорированное в отечественную систему права.

Относительно механизма рецепиирования существует определенная полемика. По мнению Анцилотти, иностранная норма подвергается своего рода национализации и полностью включается в отечественный механизм правового регулирования³⁰. Предполагается, что итальянская правовая система содержит норму, идентичную иностранной норме, к которой отсылает коллизионная норма. Основные недостатки такого подхода заключаются в том, что в случае, если мы рассматриваем иностранную норму, как полностью инкорпорированную в отечественный правопорядок, тем самым мы связываем себя при решении ряда вопросов коллизионного регулирования. В частности, мы обязаны применять иностранное право в соответствии с отечественными приемами толкования, мы не можем исключить его действие путем применения оговорки о публичном порядке или императивных норм международного частного права.

Кроме того, очевидно, что абсолютная инкорпорация не осуществляется еще и потому, что норма иностранного права не становится регулярно применимой нормой, она не служит материалом для развития законодательства и пр.

Более органична концепция, авторство которой приписывается Р. Аго, получившая название «концепция формальной рецепции иностранного права». По его мнению, будучи инкорпорированной в отечественный правопорядок, иностранная норма «сохраняет смысл и ценность, которыми она наделена в той системе, в которой она была создана»³¹. Такой подход исключает некоторые недостатки «полной инкорпорации». Тем не менее, многие авторы критикуют его за искусственность, утверждая, что правопорядок суда превращается в «*boa constrictor*». По мнению Леребурга-Пижоньера, «иностранное право остается велением иностранного правопорядка и не трансформируется в право французское»³².

4. Оригинальная теория природы применимого иностранного права, близкая к концепции Р. Аго, разработана А. Батиффолем. По его мнению, «в праве есть императивный фактор и есть рациональный фактор». При применении иностранного права учитывается только рациональный фактор. А. Батиффоль пишет: «Разделение мира на правовые системы влечет совершенно особый контраст. Он не означает отсутствие всякой правовой системы вне права страны суда, но означает привилегированный характер последнего в глазах судей... Речь идет не об отрицании за иностранным законом правовой природы на той территории, на которой он действует. Речь идет только о том, что *vis-a-vis* судье, который рассматривает дело, иностранный закон не представляется как императив, исходящий от властей, которым подчинен судья. Это вопрос видения, а не природы»³³.

При некоторой модификации эту теорию можно принять.

Любая норма имеет форму и содержание (то, что А. Батиффоль называет императивным и рациональным факторами). Формой нормы права является закон, который воспринимается как таковой, только если он исходит от национального законодателя. Содержанием нормы права являются установленная в ней модель поведения.

²⁹ Решение Окружного суда Детмонда от 29 сентября 1994 г. // *Praxis des internationalen Privat- und Verfahrensrechts*. 1995. P. 234.

³⁰ Anzilotti. *Corso di diritto internazionale privato*. 1925.

³¹ Ago R. *Teoria del diritto internazionale privato*. P. 111.

³² Lerebourg-Pignonier. *Precis de droit international prive*. Dalloz. 1954. P. 392.

³³ Batiffol H., Lagarde P. *Op. cit.* P. 529–530.

Иностранная норма права действует в рамках отечественного правопорядка не потому, что она исходит от иностранного законодателя, а потому, что к ней отсылает отечественная коллизионная норма. Иными словами, форма иностранной нормы, применяемой отечественными судами, неотделима от формы отечественной коллизионной нормы. По словам П. Майера, «...применяя норму иностранного права, судья ей не подчиняется, а использует ее для разрешения спора, *поскольку это приказывает ему его собственная норма международного частного права* (курсив мой. – В. Т.)»³⁴.

Коллизионная норма является бланкетной и в идеальной проекции может быть представлена как ординарная материально-правовая норма, диспозиция которой наполняется содержанием, закрепленным в иностранных нормах. Гипотеза и санкция такой идеальной нормы выражены в самой коллизионной норме.

Причины применения иностранного права основаны не на его собственной нормативно-правовой природе, а на нормативно-правовой природе отечественной коллизионной нормы.

Возражения против позиции А. Батиффолья выдвинул аргентинский автор В. Голдшмидт. По его мнению, императивное начало иностранного права также подлежит учету, так как «имитация иностранного права зависит от того, является ли оно эффективным в государстве своего происхождения... Императивный элемент иностранного права, таким образом, является условием “*sine qua non*” его имитации»³⁵.

Это верное соображение не делает построения А. Батиффолья дефектными.

Нельзя забывать, что отсутствие эффективности иностранного права в глазах отечественного судьи влечет устранение не только его императивного фактора (формы), но и его рационального фактора (содержания).

Отечественная коллизионная норма придает юридическую силу иностранному праву только тогда, когда оно обладает юридической силой у себя на родине. Коллизионная норма во многом «слепа»; за исключением случаев противоречия публичному порядку и случаев действия альтернативных коллизионных норм, она не реагирует на содержание иностранной нормы права. Однако презумпция ценности иностранного права возможна, только если оно действительно, в противном случае коллизионная норма на него не реагирует и не придает ему юридическую силу в рамках отечественного правопорядка.

Не нужно понимать Батиффолья буквально. «Включение» иностранного права в отечественный правопорядок – процесс, логически состоящий из двух стадий:

1) анализа иностранного права и признания за иностранным правом характера права в случае его действительности;

2) придания иностранному праву юридической силы при помощи отечественной коллизионной нормы.

Иностранное право является правом, однако его юридическая сила в рамках отечественного правопорядка определяется отечественной коллизионной нормой.

Если предположить, что юридическая сила у иностранного права присутствует независимо от нашей коллизионной нормы, сфера его применения должна быть такой же, как и у себя на родине. Однако иностранное право применяется в отечественном правопорядке только в единственном возможном случае – когда к нему отсылает отечественная коллизионная норма.

Рецепция иностранного права в отечественный правопорядок с точки зрения своей природы не является уникальной для международного частного права. Схожие процессы мы

³⁴ Mayer P., Heuze V. Op. cit. P. 60.

³⁵ Goldschmidt W. Jaque Maury et les aspects philosophiques de droit international prive. Melanges offerts a Jaque Maury. Paris. Dalloz. T. 1. P. 159.

можем наблюдать и в других ситуациях, когда для целей правового регулирования привлекаются иные социальные регуляторы (мораль, международное право, обычай).

Рассмотрим эту проблему в общем виде.

Двойственность природы социальных регуляторов. Любой социальный регулятор состоит из двух элементов. Первый – рациональный элемент, представляющий собой содержание нормы. Второй – императивный элемент, характеризующий форму закрепления нормы и механизм обеспечения ее действия.

Императивный элемент нормы представляет собой ее *бытие*, в то время как рациональный элемент – есть *идея*, которая может существовать и на уровне абстракции.

Императивный элемент у разных социальных регуляторов – различен и фактически предопределен статусом субъекта нормотворчества. Императивный элемент норм морали выражен в общественном сознании (нарушение норм морали влечет общественное осуждение). Императивный элемент обычая выражен в отношениях, складывающихся в рамках определенной социальной группы (нарушение обычной нормы влечет за собой исключение из числа ее членов). Императивный элемент права – закон (или иной источник права) как *властное* веление государства.

Рациональный элемент – это всегда правило. Рациональный элемент не уникален для каждого социального регулятора, поскольку правило является содержанием любого из них. Общность рационального элемента различных регуляторов объясняется и единым их источником – естественным законом или справедливостью. На уровне сознания и, возможно, в метафизической проекции отсутствует деление норм на различные типы. Все они – суть одно. Вполне можно представить себе человека, для которого и правовые предписания, и требования морали *одинаково* обязательны. Более того, таких людей – большинство.

С общностью рационального элемента связана и его возможная мобильность. Этот процесс имеет различные формы. Наиболее четко он выражен в нормотворческом процессе. Законодатель при разработке нормативно-правовых актов может заимствовать правила поведения из различных источников, например из обычая, морали, религиозных норм. Эти правила не теряют своей природы – они по-прежнему являются обычаями, требованиями морали и пр., однако государство обеспечивает им дополнительную защиту, и они становятся одновременно еще и правом. Мобильность рационального элемента возможна не только на уровне «право – иные социальные регуляторы», но и на уровнях «мораль – обычай», «обычай – корпоративная норма» и пр.

Связь права с обычаями и моралью важна по следующим причинам:

– авторитет неправовых регуляторов часто более основателен, чем авторитет права (особенно в современную эпоху, когда право лишено той теологической ауры, которой оно обладало ранее), поэтому для обеспечения действия права необходимо, чтобы соответствующая норма обеспечивалась с привлечением гарантий иных социальных регуляторов;

– в некоторых сферах законодатель некомпетентен (сфера частного права, прежде всего), и поэтому он должен в большей степени доверять иным социальным регуляторам. Эффективность права в данном случае напрямую зависит от его близости к другим социальным регуляторам³⁶;

– наконец, существует метафизическое обоснование этой ценности, которое состоит в том, что изначально все правила берутся из одного источника.

Таким образом, связь права с иными социальными регуляторами необходима для того, чтобы обеспечить справедливость и эффективность правовых норм.

³⁶ Это является дополнительным объяснением того факта, что в сфере публичного права применение норм иностранного права по общему правилу невозможно.

Особенностью заимствования рационального элемента иных социальных регуляторов в рамках нормотворческого процесса является то, что сформулированная норма права становится жесткой и уже не меняется, в то время как обычай, мораль не утрачивают возможностей своего развития. В итоге, возможно, правило, некогда заимствованное из обычая, перестает отражать обычай *действующий*. Поэтому нормотворческий процесс не является достаточным и безупречным способом обращения права к иным социальным регуляторам. В ряде случаев необходима большая степень доверия права по отношению к морали или иным социальным регуляторам. Иные социальные регуляторы должны полностью включаться в механизм правового регулирования. Их модификация должна немедленно влечь модификацию созданной на их основе нормы.

Рецепция рационального элемента. Решение этой задачи возможно в рамках процесса рецепции. Это явление имеет место тогда, когда законодатель делегирует иному социальному регулятору возможность конструировать рациональный элемент правовой нормы. Суть процесса рецепции состоит в том, что право заимствует рациональный элемент из иного социального регулятора. Возникает своего рода комплексная норма – ее рациональный элемент относим к морали, а императивный (в том числе механизм обеспечения) – к праву. В таких случаях непосредственно в норме права делается ссылка на данный социальный регулятор. Этот прием достаточно удобен, поскольку с его помощью преодолевается «застылость» норм права.

Примеры правового делегирования (рецепции) – достаточно многочисленны.

Рецепция норм международного права. Часть 4 ст. 15 Конституции РФ закрепляет общую норму, позволяющую нормам международного права действовать в рамках отечественного правопорядка. Спорен вопрос относительно того, обязательна ли данная норма для обеспечения прямого действия международного права или же она факультативна. Так или иначе, очевидно, что в настоящее время в отечественной доктрине данная норма оценивается, прежде всего, как *разрешающая* нормам международного права действовать в рамках правовой системы РФ. Статьи 355 и 356 УК РФ, закрепляя составы преступлений, делают ссылки на международные договоры РФ (часть 1 ст. 356: «Жестокое обращение с военнопленными или гражданским населением, депортация гражданского населения, разграбление национального имущества на оккупированной территории, применение в вооруженном конфликте средств и методов, запрещенных международным договором Российской Федерации...»).

Рецепция обычаев делового оборота предусмотрена ст. 5 ГК РФ: «1. Обычаем делового оборота признается сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе.

2. Обычаи делового оборота, противоречащие обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договору, не применяются».

Примеров рецепции норм морали очень много. Пункт 8 ст. 81 ТК РФ допускает расторжение трудового договора по инициативе работодателя в случае совершения работником, выполняющим воспитательные функции, аморального проступка, несовместимого с продолжением данной работы. Пункт 3 ст. 61 УК РФ признает в качестве обстоятельства, смягчающего наказание, аморальность поведения потерпевшего, явившегося поводом для преступления. Нормы УК РФ, закрепляющие ответственность за хулиганство или иные преступления, совершенные из хулиганских побуждений (п. «и» ч. 2 ст. 105; п. «д» ч. 2 ст. 111; п. «д» ч. 2 ст. 112; ч. 2 ст. 116; ст. 213 УК РФ и др.), так или иначе ориентированы на привлечение для квалификации норм морали. Статья 22 СК РФ, закрепляя общую формулировку: «Расторжение брака в судебном порядке производится, если судом установлено, что дальнейшая совместная жизнь супругов и сохранение семьи невозможны», по сути, требует от суда оценки нравственного климата в семье. В международном частном праве на мораль в какой-то мере ориентирован институт публичного порядка.

Возможны более сложные схемы рецепции. Так, ст. 15 Конституции делает отсылку к международным договорам, а Венская конвенция 1980 г. о договорах международной купли-продажи рецепирует обычаи делового оборота (ст. 9)³⁷.

Таким образом, мы видим, что национальное право в целях достижения наибольшей справедливости и эффективности правового регулирования вынуждено обращаться практически ко всем социальным регуляторам. Аналогичный процесс имеет место и при применении норм иностранного права, к которым отсылает коллизионная норма или соглашение сторон.

Концепция трансформации. В отечественной науке проблема рецепции является предметом пристального внимания. Обычно она обсуждается применительно к нормам международного права. Дискуссии разворачиваются главным образом по поводу механизма трансформации норм международного права в нормы права национального. Одни авторы отстаивают существование феномена трансформации, другие – его отрицают.

К числу первых относятся И. И. Лукашук, С. В. Черниченко, Э. М. Аметистов, А. С. Гавердовский, Е. Т. Усенко, В. Г. Буткевич³⁸ и др. Суть концепции трансформации сводится к следующему. Нормы международного права имеют своей целью регулировать межгосударственные отношения и не направлены на регулирование отношений, складывающихся в рамках внутригосударственного правопорядка. Чтобы нормы международного права регулировали данные отношения, необходима их трансформация, т. е. придание им статуса нормы внутреннего права. Процедура трансформации осуществляется при помощи специальных механизмов, элементами которого являются ч. 4 ст. 15 Конституции РФ, законы о ратификации международных договоров, нормы национального законодательства, отсылающие к нормам международного права и пр.

«Сама по себе норма международного права создает права и обязанности лишь для его субъектов, то есть прежде всего для государств... Официальные органы государства, его юридические и физические лица непосредственно нормам международного права не подчиняются. Чтобы обеспечить фактическую реализацию норм международного права на внутригосударственном уровне... осуществляются меры по трансформации международно-правовых норм в национальные законы и правила», – указывает профессор Ю. М. Колосов³⁹.

По мнению И. И. Лукашука, «чтобы регулировать отношения с участием физических и юридических лиц, содержащееся в международно-правовой норме правило должно войти в правовую систему страны в установленном порядке. Иначе говоря, стать нормой внутреннего права. Этот процесс именуют “трансформация”... Имеет место явление осуществления международной нормы при помощи внутренней, т. е. имплементация международной нормы»⁴⁰.

С. В. Черниченко отмечает: «Трансформация... происходит во всех случаях, когда внутригосударственное право приводится в соответствие с международным, даже и тогда, когда формулировки того или иного международного договора могут породить иллюзию о непосредственном применении его положений для регулирования внутригосударственных отношений».⁴¹

³⁷ Чтобы усложнить картину, отметим, что обычай делового оборота, в свою очередь, может отсылать к иным социальным регуляторам, например, к корпоративным нормам.

³⁸ См.: Аметистов Э. М. Международное право и труд. М., 1982; Буткевич В. Г. Соотношение внутригосударственного и международного права. Киев, 1981; Гавердовский А. С. Имплементация норм международного права. Киев, 1980; Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997; Мюллерсон Р. А. Соотношение международного и национального права. М., 1982; Черниченко С. В. Международное право: современные теоретические проблемы. М., 1993; Усенко Е. Т. Теоретические проблемы соотношения международного и внутригосударственного права // Советский ежегодник международного права. 1977. М., 1979. С. 57–86.

³⁹ Международное право / Под ред. Ю. М. Колосова, В. И. Кузнецова. М., 1995. С. 12.

⁴⁰ Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 11–12.

⁴¹ Черниченко С. В. Указ. соч. С. 129.

Если в отношении основы концепции трансформации особых разногласий не наблюдается, то трансформирующие механизмы описываются и классифицируются разными авторами по-разному.

Критика теории трансформации стала заметна относительно недавно. Одним из наиболее активных защитников принципа «прямого действия» норм международного права является Г. В. Игнатенко. По поводу концепции трансформации он пишет: «Неприемлемость подобных умозаключений станет предельно ясной, если принять во внимание, во-первых, что трансформация означает прекращение существования “трансформируемого” предмета, явления, но международным договорам такая судьба неприсуща; во-вторых, что на стадии правоприменения взаимодействие двух правовых систем, если принять данные суждения, заменяется единоличным действием правовой системы государства, “поглотившей” международные нормы; в-третьих, что традиционно в ряде отраслей национального права допускается применение норм иностранного законодательства, однако не высказывается предположение о “трансформации” и этих норм в российское законодательство»⁴².

С. Ю. Марочкин также является противником теории трансформации. По его мнению, однако, для обеспечения правильного применения международных договоров во внутригосударственном правовом порядке норма, отсылающая к международному праву, тем не менее, необходима.⁴³

Представляется, что, несмотря на «предельную ясность» данных умозаключений, они направлены главным образом не на критику самой сути концепции трансформации, а на критику слабых мест в ее изложении. Таким образом, дискуссия сводится к обсуждению технических деталей и вопросов правильности логических построений. Аргументы, изложенные Г. В. Игнатенко, несмотря на их верность, могут быть опровергнуты. И такое опровержение уже имеется.

1. Первый аргумент основан на действительно неудачном использовании термина. Действительно, трансформация, если рассматривать буквальное значение этого слова, предполагает преобразование одного феномена в другой. При этом первоначальные свойства феномена исчезают. Этого, конечно, не происходит с нормами международного права, как и с нормами иностранного частного права. С. В. Черниченко, подробно исследовавший эту проблему, пишет: «Термин “трансформация” может породить представление о том, что нормы международного права претерпевают какие-то изменения и превращаются в нормы внутригосударственного права, хотя в действительности это совсем не так: нормы международного права... с момента их принятия действуют только в сфере межгосударственных отношений и ни во что не преобразуются, свою природу не меняют и изменить не могут, но во их исполнение, точнее, с целью обеспечить их осуществление государства, которые этими нормами связаны, принимают, если это необходимо, соответствующие внутригосударственные правовые нормы»⁴⁴. «На самом деле никакого преобразования нормы международного права не происходит, например, норма договора так и остается нормой договора. А вот содержащемуся в ней правилу придается статус нормы внутреннего права», – пишет И. И. Лукашук⁴⁵.

2. Вторым аргумент Г. В. Игнатенко может быть устранен замечанием, в соответствии с которым взаимодействие правовых систем не исчезает в случае признания того, что нормы внутригосударственного права в свою очередь не могут регулировать международные отношения. Кроме того, почему бы национальной правовой системе и не «поглощать» нормы международного права? Если они будут реализованы, то независимо от особенностей их реализации

⁴² Международное право / Под ред. Г. В. Игнатенко, О. И. Тиунова. М., 1999. С. 153.

⁴³ Марочкин С. Ю. Юридические условия действия норм международного права в правовой системе Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1998. № 2. С. 52–63.

⁴⁴ Черниченко С. В. Указ. соч. С. 127.

⁴⁵ Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 11.

основания для международной ответственности будут отсутствовать и государство сохранит верность своим международно-правовым обязательствам.

3. Что касается «трансформации» в области международного частного права, то здесь вполне можно построить соответствующую концепцию, исходя из того, что в качестве «трансформирующего» механизма можно рассматривать коллизионные нормы отечественного международного частного права.

По мнению С. В. Черниченко, если мы встанем на позицию сторонников монистической теории, то придется признать, что единственное отличие международного права от внутригосударственного права состоит в способе образования, «в том, что оно создается на основе соглашения между участниками межгосударственных отношений и что только в этом заключается его специфика»⁴⁶. Автор считает, что это неправильно, поскольку различие между правовыми системами должно основываться на предмете правового регулирования, а не на способе создания норм права. «Если бы в каком-либо международно-правовом акте содержалось прямое или косвенное утверждение о его непосредственном применении к внутригосударственным отношениям, этого все равно бы не могло произойти в действительности, и для регулирования соответствующих внутригосударственных отношений потребовался бы процесс трансформации, поскольку объективные границы международного права исключают возможность упомянутого непосредственного применения даже при желании достигнуть этого сторонами, принявшими указанный международно-правовой акт».⁴⁷

К сожалению, отечественная наука международного права рассматривает вопрос о трансформации вне общей теории права и философии права и вне отраслевых дисциплин. Результатом является то, что взаимная критика сторонников и противников теории трансформации в основном направлена на неверное изложение материала, а не на оценку выводов по существу.

Представляется все же, что сторонники трансформации более правы в своих рассуждениях, чем их противники. Международное право (как и иностранное право) создано для действия в рамках определенного правопорядка. Этот правопорядок характеризуется определенным кругом субъектов, определенными источниками, определенным механизмом юридической ответственности и пр. Атрибуты и свойства правопорядка международного отличаются от атрибутов и свойств правопорядка национального. Действительно, при реализации нормы международного права в национальном правопорядке она не обеспечивается международно-правовыми гарантиями. Она обеспечивается гарантиями национально-правовыми. Эти гарантии, и институциональные и судебные, являются волевым (императивным) компонентом международного права как социального регулятора, и они не заимствуются. Заимствуется, таким образом, только рациональный элемент норм международного права (содержание), который действует с опорой на национально-правовые механизмы ответственности.

Следовательно, при применении норм международного права в национальном правопорядке происходит то же, что и в случае применения норм иностранного частного права, а именно – заимствование рационального элемента, т. е. рецепция.

Таким образом, сторонники концепции трансформации правы, однако выбор термина представляется явно неудачным.

О его грамматических недостатках уже упоминалось. Кроме того, этот термин предполагает активность самого трансформирующегося феномена, т. е. международного права. При применении же и норм международного права, и норм иностранного частного права первичной является активность национального правопорядка (национального законодателя), заимствующего рациональный элемент иных социальных регуляторов. Следовательно, правильнее было бы вести речь о рецепции или заимствовании.

⁴⁶ Черниченко С. В. Указ. соч. С. 124.

⁴⁷ Там же. С. 130.

Из сказанного можно сделать следующий вывод: природа действия иностранного частного права в рамках отечественного правопорядка близка к природе действия в этой же среде норм международного права.

Методологические особенности проблемы. Следует отметить, что любые рассуждения относительно природы действия иностранного частного права в отечественном правопорядке не должны целиком основываться на умозрительной аргументации. Помимо этого следует учитывать еще и особенности национальной правовой системы международного частного права, которая может быть обусловлена факторами, лежащими за пределами собственно коллизионного регулирования. Действительно, правило, в соответствии с которым обязанность по установлению иностранного права лежит на судье, обуславливается не только принципами коллизионного регулирования, но и более общими принципами процессуального права, берущими начало в римском и средневековом праве.

С учетом специфики отечественной системы международного частного права вполне уместно рассуждать о рецепции иностранного права. В других правовых системах картина может быть иной.

1.3. Понятие, структура и особенности коллизионных норм

Коллизионная норма представляет собой ядро всей системы международного частного права. Как бы ни пытались исключить всякую локализацию отношения, пытаясь отыскать *better law*, как бы не ссылались на *lex mercatoria*, находящееся вне всякой системы позитивного права, как бы не применяли материальные нормы международных конвенций, как бы не ссылались на *loi de police* и публичный порядок, основная проблема, которую необходимо решить, всегда состоит в привязке международного (т. е. выходящего за пределы одного национального правового порядка) отношения к норме права, которая должна его регулировать.⁴⁸

Природа коллизионных норм. Коллизионная норма – норма, устанавливающая, право какого государства регулирует отношение с участием иностранного элемента. В переводе с латыни «коллизия» означает «столкновение». Таким образом, буквальным переводом словосочетания «коллизионная норма» будет «сталкивающая норма». Название предмета в данном случае противоречит его функции, поэтому более уместное название данной категории норм – «антиколлизионные нормы», поскольку их целью является предотвращение столкновения национальных правовых систем.

Коллизионные нормы являются нормами публичного права. Они устанавливают обязанность государственных органов (чаще всего органов юрисдикционных) применить определенное право. А. Батиффоль указывает, что коллизионные нормы являются публичными в той степени, в какой они отсылают к праву страны суда⁴⁹. Поэтому коллизионные нормы являются также нормами процессуальными, несмотря на то, что они содержатся чаще всего в источниках материального гражданского права⁵⁰. Хотя действие коллизионных норм связано прежде всего с процессом, они могут рассматриваться также в качестве норм, регулирующих отношения сторон. На допроцессуальном этапе развития правоотношения эти нормы служат ориентиром для сторон правоотношения, позволяя им установить право, применимое к их отношению, чтобы затем этим правом руководствоваться. Б. Ауди справедливо говорит о наличии у коллизионной нормы двух функций: 1) отнесение спорной ситуации к определенному правовому порядку; 2) регулирование частных интересов.⁵¹ «Вопросы о выборе права возникают и в тех случаях, когда заинтересованное лицо хочет получить юридическое заключение о своих правах, возможно, и без намерения начать судебный процесс...»⁵², – отмечает М. Вольф.

Тем не менее, значение коллизионной нормы как нормы, установленной для субъектов материального отношения, в значительной степени обесценивается потенциальной возможностью обращения за защитой в иностранный суд, что влечет бездействие отечественной коллизионной нормы. Кроме того, реальное состояние отечественной судебной практики, сложность реализации коллизионной нормы, защитные оговорки в пользу *lex fori* и многое другое делают реализацию коллизионной нормы не само собой разумеющимся процессом. Другими

⁴⁸ Brogini G. La nouvelle loi fédérale sur le droit international privé (considérations comparées). *Annuaire suisse de droit international*. 1988. XLIV. P. 136.

⁴⁹ Batiffol H., Lagarde P. *Op. cit.* P. 566.

⁵⁰ Относимость коллизионных норм к нормам процессуальным подтверждается в какой-то мере формулировкой ст. 1190 ГК РФ: «Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны...» В тексте статьи не признается принадлежность коллизионных норм к нормам материальным и, следовательно, признается их процессуальный характер. Следует отметить, что публичность коллизионных норм вытекает не из их императивности, а из субъектного состава отношений, регулируемых коллизионными нормами. Обязательным субъектом отношений здесь является суд или другой правоприменительный орган. Размещение этих норм в гражданских, а не процессуальных кодексах может быть объяснено сложившейся традицией.

⁵¹ Audit B. *Droit international privé*. Paris. Economica. 3-eme edition. 2000. P. 82.

⁵² Вольф М. *Международное частное право*. М., 1948. С. 23.

словами, предположения сторон о коллизионном регулировании своих отношений настолько часто опровергаются (или потенциально могут быть опровергнуты) судом, что это влечет необходимость оставления без внимания значения коллизионной нормы как ориентира для сторон, для определения природы коллизионной нормы.

Вопрос об относимости коллизионных норм к нормам частного или публичного права возникает при решении проблем обратной отсылки, побочного вопроса и др. В принципе можно рассматривать любую коллизионную норму как «двойную»: регулирующую поведение суда и поведение сторон. В любом случае при возникновении спора стороны не смогут ссылаться на коллизионную норму для своей защиты, поскольку в самой коллизионной норме нет никаких положений, касающихся конкретных прав и обязанностей сторон. Как уже отмечалось, целью коллизионной нормы является нахождение правопорядка, при помощи которого отношение было бы урегулировано наиболее справедливо и эффективно. При этом неважно, чьи конкретно частные интересы будут защищены. Эта цель, конечно же, публично-правовая⁵³.

Структура. Коллизионная норма состоит из объема и привязки. В объеме содержится указание на общественное отношение, на регулирование которого претендуют правопорядки двух и более государств. В привязке указывается право, регулирующее данное отношение, либо закрепляется способ его определения.

О. Н. Садиков предлагает помимо объема и привязки выделять гипотезу коллизионной нормы, отмечая, что она закрепляет указание на отношение с участием иностранного элемента.⁵⁴ При этом автор упускает, что реализация коллизионной нормы происходит в случае, если имеется юридический факт, предусмотренный объемом. В этом смысле объем и представляет собой гипотезу коллизионной нормы. Все обстоятельства, которые предшествуют выбору права и предопределяют его, могут рассматриваться только как составные части гипотезы коллизионной нормы, которая, конечно же, может быть сложной.

В структуре коллизионной нормы можно выделить три традиционных элемента: гипотезу, диспозицию и санкцию. Гипотеза указывает на отношение с участием иностранного элемента, в диспозиции содержится предписание для суда применить право определенного государства. Санкция коллизионной нормы может проявляться как результат неправильного определения или применения права, которое должно регулировать отношение. Субъект материального отношения несет ответственность только в том случае, если неправильное применение коллизионной нормы вызвало нарушение материальных прав другого субъекта отношения. Санкция коллизионной нормы в этом случае совпадает с общими санкциями гражданского права (возмещение убытков, недействительность сделки и пр.). В то же время санкция коллизионной нормы может носить процессуальный характер, выражающийся в отмене процессуального акта, не основанного на правильном применении коллизионной нормы. Вопрос о санкциях коллизионной нормы обусловлен реализацией коллизионной нормой двух функций: ориентация сторон отношения на выбор верного права и обязывание правоприменительного органа применить определенное право.

Принципы конструирования коллизионных норм. Основным принципом, используемым при конструировании коллизионной нормы, является принцип связи государства и правоотношения. Отношение должно регулироваться правом того государства, в котором оно в наибольшей степени локализовано, к которому оно наиболее сильно тяготеет. Задачей коллизионной нормы является как бы определение национальной окраски отношения. Традиционная концепция международного частного права исходит из того, что отношение будет лучше урегули-

⁵³ В законах иностранных государств в сфере международного частного права, как правило, отсутствует определение коллизионной нормы (по принципу «определения вредны для закона»). Исключение представляет Кодекс международного частного права Туниса 1998 г., определяющий коллизионную норму как норму публичного порядка (Международное частное право. Иностранное законодательство / Сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001. С. 565).

⁵⁴ Международное частное право: современные проблемы / Отв. ред. М. М. Богуславский. М., 1994. С. 155–156.

ровано правом того государства, с которым оно в наибольшей степени связано. При наличии близких по содержанию материальных норм национальных систем права подчинение отношения правопорядку того или иного государства часто не оказывает существенного влияния на защиту интересов сторон и на эффективность правосудия. Так или иначе, нарушенное право будет восстановлено. Привязка отношения к «близкому» государству может также определяться требованиями государственного суверенитета и практической необходимости. В любом случае «адрес» отношения должен быть установлен.

В области обязательственного права коллизионное законодательство РФ является сегодня достаточно противоречивым. Части 2, 3 ст. 1211 ГК РФ в качестве основной коллизионной привязки используют право стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Под таким исполнением традиционно понимается исполнение, которое идентифицирует сделку в качестве сделки определенного рода (по договору купли-продажи – это исполнение продавца, по договору аренды – исполнение арендодателя и т. д.). Другая сторона только оплачивает услугу или товар, что не может рассматриваться как идентифицирующее действие. В то же время договоры, заключенные в рамках СНГ, например, Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности от 20 марта 1992 г.⁵⁵

⁵⁵ Вестник ВАС РФ. 1992. № 1.

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.