

“РЕВЕРСИВНАЯ (ОБРАТНАЯ) КОДИФИКАЦИЯ” МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА В РУМЫНИИ¹

© 2014 г. Наталия Юрьевна Ерпылева²
Ирина Викторовна Гетьман-Павлова³

Краткая аннотация: в настоящей статье исследуется новое румынское законодательство по международному частному праву. В статье анализируются нормы, составляющие раздел I “Общие положения” книги VII “Положения о международном частном праве” ГК Румынии 2009 г.

Annotation: the present article is devoted to the research of new Romanian legislation on Private International Law. The rules contained in Section I “General Provisions”, Book VII “Provisions of Private International Law” of the Romanian Civil Code 2009 have been deeply scrutinized.

Ключевые слова: международное частное право, международный гражданский процесс, коллизионное регулирование, “реверсивная (обратная) кодификация”, комплексная автономная кодификация, межотраслевая кодификация.

Key words: private International Law, International Civil Procedure, conflict regulation, reverse codification, complex autonomous codification, inter-branch codification.

Начало третьего тысячелетия ознаменовалось активизацией кодификационных процессов в области международного частного права (далее – МЧП). С 2000 по 2012 г. были приняты новые законы в 16 странах – Азербайджане, Литве, Эстонии, России, Монголии, Республике Корея, Бельгии, Болгарии, Украине, Македонии, Турции, Китае, Польше, Нидерландах, Тайване и Чехии. Наличие эффективного акта кодификации МЧП является одним из обязательных условий формирования и развития внешнеэкономического оборота, имеющего определяющее значение для экономики любого государства. На современном этапе обнаруживается тесная связь между национальной кодификацией МЧП и его унификацией в системе международно-правового регулирования, особенно в праве Европейского Союза (ЕС). В процессе создания акта кодификации решается один из наиболее сложных в МЧП вопросов – имплементация в национальное законодательство международных унифицированных норм.

Современный этап развития МЧП представляется чрезвычайно благоприятным для научного

исследования кодификационных процессов в связи с наличием большого объема нового и малоизученного нормативно-правового материала. Сравнительный анализ современных актов кодификации отечественного и зарубежного МЧП имеет большое значение для российской юридической науки. Исследование кодификационных процессов в области МЧП и современного состояния его сущностных сторон в страновом аспекте можно расценивать как очередной шаг в обосновании необходимости автономной кодификации российского МЧП, потребность в которой с развитием международного оборота для России будет только возрастать. Выбор румынского законодательства в области МЧП для проведения сравнительного анализа был сделан не случайно. Именно специфика кодификационных процессов в данном государстве – члене ЕС позволила авторам прийти к выводу о появлении новой разновидности кодификации МЧП, которая была обозначена ими как “реверсивная (обратная) кодификация”. Указанные обстоятельства, а также новизна кодификации МЧП в румынском порядке свидетельствуют о несомненной научной актуальности и практической значимости исследования данного вопроса.

¹ В данной научной работе использованы результаты, полученные в ходе выполнения проекта “Кодификационные и унификационные процессы в международном частном праве” в рамках Программы “Научный фонд НИУ ВШЭ” в 2013 г., грант № 12-05-0020.

² Заведующая кафедрой международного частного права факультета права Национального исследовательского университета “Высшая школа экономики”, доктор юридических наук, профессор (E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru).

³ Доцент кафедры международного частного права факультета права того же университета, кандидат юридических наук (E-mail: getmanpav@mail.ru).

⁴ См.: Крутий Е.А. Современные кодификации международного частного права. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2012. С. 4, 5.

1) История развития кодификации румынского законодательства по международному частному праву

Международное частное право Румынии – как его доктрина, так и законодательное регулирование – насчитывает немногим более 150 лет. В первой половине XIX в. юристы Валахии знали и применяли на практике принципы выбора применимого права, разработанные во французской теории статутов и закрепленные в ст. 3 Французского гражданского кодекса (Кодекса Наполеона) (далее – ФГК). В 1849 г. в Бухаресте была опубликована книга И. Барбатеку “Курс румынского гражданского права или объяснение пунктов гражданских законов в соответствии с Кодексом Caragea”, в которой излагались принципы разрешения конфликтов законов, целиком и полностью основанные на учениях французских коллизонистов⁵: правоспособность и гражданский статус лица регулируются законом государства его гражданства; недвижимое имущество подчиняется праву места его нахождения; движимое имущество подчиняется праву места его нахождения в момент заключения сделки; форма юридических актов подчиняется праву государства места совершения акта; исполнение судебного акта или судебного решения регулируется законом государства, в котором такое исполнение должно иметь место.

Эти коллизионные принципы в румынской доктрине считались практически неоспоримыми и господствовали в течение почти всего XX в.⁶ На законодательном уровне они были зафиксированы в ст. 2 Гражданского кодекса Румынии 1864 г. (далее – ГК Румынии 1864 г.), содержащей положения, аналогичные ст. 3 ФГК⁷. Текст статей не являлся тождественным, но их сходство было вполне очевидным и узнаваемым⁸. Французское законодательство долгое время было главным ис-

точником румынского гражданско-правового регулирования. С 1830 г. проникновение французского права в законодательство Румынии приобрело массовый характер “либо в виде его адаптации, либо в виде общей рецепции”⁹. Французские законы в 1831–1847 гг. использовались при подготовке проекта Гражданского кодекса. В 1830 г. Французский торговый кодекс был переведен на румынский язык и в 1840 г. адаптирован в качестве национального закона Валахии. ГК Румынии 1864 г. (вступил в силу в 1865 г.) в значительной степени был основан на нормах ФГК¹⁰.

ГК Румынии 1864 г. оказался одной из самых устойчивых кодификаций гражданского права в Европе – он действовал более 150 лет¹¹. Кроме того, в румынской литературе отмечается, что “главными качествами нашего Гражданского кодекса, унаследованными от Кодекса Наполеона, наряду с прочностью основных принципов, являлись идеальная умеренность, баланс и гармония, которые стали фундаментом его устойчивости во времени и по отношению к социальным преобразованиям”. В соответствии с французской традицией он был основан на объективном подходе, что позволяло применять его нормы к любым юридическим отношениям независимо от социально-экономического устройства государства¹².

В русле французской традиции МЧП Румынии долгое время не подвергалось кодификации. Основное регулирование осуществлялось при помощи коллизионных норм ГК 1864 г., прежде всего ст. 2. Отдельные вопросы МЧП (иностранное усыновление, режим иностранцев) регламентировались в специальных законах¹³. В конечном итоге румынский законодатель отказался от французского подхода и принял Закон № 105/1992 применительно к регулированию отношений международного частного права (далее – Закон № 105/1992) – акт полномасштабной автономной комплексной кодификации МЧП (принят 22 сентября 1992 г., вступил в силу 1 декабря 1992 г.). “Говоря о МЧП Румынии, можно отметить: раз-

⁵ См. об этом: *Dariescu Cosmin*. Principii de drept international privat Valah din prima jumătate a secolului al XIX – lea // <http://ssrn.com/abstract=1396608>

⁶ См.: *ibid.*

⁷ “Только недвижимости, расположенные на румынской территории, подчиняются румынским законам, даже если их собственником является иностранец... законы, относящиеся к гражданскому состоянию и правосубъектности лиц, распространяются на румынских граждан, даже если они постоянно проживают за рубежом”. Цит. по: *Осояну Н.Г.* Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова. Москва – Кишинев, 2011.

⁸ Это подчеркивается и в современной доктрине МЧП. См.: *Осояну Н.Г.* Правовые доктрины как один из элементов процесса гармонизации права (На примере доктрин МЧП Франции, Российской Федерации, Республики Молдова и Румынии) // Актуальные проблемы российского права. 2008. № 3. См. также: *Popescu D.A., Harosa M.* Drept

international privat: Tratat elementar. Vol. I. Bucuresti, 1999; *Jacota M.V.* Drept international privat. Volum I. Iasi, 1997.

⁹ *Moroianu Zlatescu I., Magro Belu M.L.* La culture juridique et l'acculturation du droit // *Jorge A. Sánchez Cordero (ed.)* Legal culture and legal transplants / Reports to the XVIIIth International congress of comparative law. Washington, D.C., 2010 (electronic edition, 2011).

¹⁰ *Малышев К.И.* Курс общего гражданского права России. Т. 1. СПб., 1878.

¹¹ См.: *Moroianu Zlatescu I., Magro Belu M.L.* Op. cit.

¹² См.: *ibid.*

¹³ См.: *Луц Л.А.* Курс международного частного права: В 3-х т. (По изданию 1973–1976 гг.). М., 2002.

витие данной отрасли права началось в конце XX – начале XXI вв.”¹⁴.

Есть основания полагать, что на румынскую кодификацию прежде всего повлиял швейцарский Федеральный закон о международном частном праве (1987) (далее – Закон о МЧП Швейцарии)¹⁵, по сей день являющийся крупнейшим специализированным законом по МЧП. Закон № 105/1992 вобрал в себя многое и из других предшествующих кодификаций (в частности, Венгрии)¹⁶. Этот акт содержал подробнейшее регулирование коллизий законов, в частности коллизионное регулирование векселей и чеков и одного из аспектов международного коммерческого арбитража (что в актах кодификации МЧП встречается достаточно редко)¹⁷. Кроме этого, Закон № 105/1992 включал вопросы международного гражданского процесса (далее – МГП) и закреплял целостную и достаточно детализированную систему процессуальных коллизионных норм. Совершенно справедливым представляется мнение, что в постановочном плане Румыния осуществила показательно радикальную реформу МЧП (учитывая и то, что Закон № 105/1992 – это первая кодификация румынского МЧП), и в целом Закон является очень интересным и достойным внимания образцом национальной кодификации МЧП¹⁸.

Однако в 2000-х годах в Румынии начался процесс, который представляется возможным назвать “реверсивной (обратной) кодификацией” МЧП/МГП. 17 июля 2009 г. был принят Закон № 287 о Гражданском кодексе Румынии, и 1 октября 2011 г. новый Гражданский кодекс (далее – ГК 2009 г.) вступил в силу (согласно Закону № 71/2011). Книга VII ГК 2009 г. “Положения о международном частном праве” (ст. 2557–2663) содержит новые правила выбора применимого права. Отдельные нормы МЧП можно найти и в других статьях ГК¹⁹. Новые правила МГП (которые заменили ст. 148–181 Закона № 105/1992)

закреплены в книге VII “Международный гражданский процесс” Гражданского процессуального кодекса (Закон № 134/2010), вступившего в силу с 1 февраля 2013 г. (согласно Закону № 44/2012)²⁰.

В настоящее время Румыния стала первой (и пока единственной) страной в мире, в которой произошел возврат от автономной комплексной кодификации МЧП к межотраслевой. Именно этот феномен мы полагаем возможным обозначить как “реверсивную (обратную) кодификацию”. Многие румынские ученые весьма неодобрительно отнеслись к подобному решению законодателя: “Такой подход является сомнительным в современной европейской среде, где мы наблюдаем тенденцию принимать уникальное регулирование правовых отношений в области международного частного права (например, Закон Эстонии о международном частном праве – 2002, Кодекс международного частного права Болгарии – 2005, Кодекс Бельгии – 2004)”²¹. Было бы предпочтительнее принять общие правила, регулирующие как материальные, так и процессуальные аспекты МЧП, в одном общем нормативном акте, хотя новые нормы МЧП, включенные в различные законы, сохраняют независимость этого правового комплекса как отдельной отрасли права в рамках национальной правовой системы²².

Следует подчеркнуть, что в румынской доктрине доминирует концепция “национальной” природы МЧП: “Международное частное право представляет собой совокупность юридически обязательных правил, в основном национального характера... Нормы, которые предназначены для решения конфликтов законов в гражданских делах, отражают сильные национальные особенности каждого государства, непосредственно заинтересованного в конкретном решении этих конфликтов”²³. Разумеется, все нации находятся во взаимосвязи и взаимозависимости, и глобализация оказывает серьезное воздействие на ориентацию национальной законотворческой деятельности (особенно в “малых” государствах). Однако тенденция к достижению унификации норм, принятых в области МЧП, оставляет *ложное впечатление* отсутствия содержания этой отрасли права на национальном уровне. На практике, даже если национальный законодательный орган

¹⁴ Осяну Н.Г. Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

¹⁵ См.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М., 2000. Все ссылки на Закон № 105/1992, ГК Квебека и Закон о МЧП Швейцарии даются по этому изданию.

¹⁶ См.: там же.

¹⁷ См.: там же.

¹⁸ См.: там же.

¹⁹ Например, ст. 4 о приоритете применения международных договоров в области прав человека, ст. 5 о приоритете применения права Европейского Союза, ст. 277 о запрете или ассимиляции некоторых форм сожительства в браке (см.: Nicoleta Diaconu. Contemporary Trends of Unification of Private International Law // Journal of European Studies and International Relations. Vol. III. Issue 2/2012).

²⁰ См.: Dana Neacșu. Doing Legal Research in Romania / Updated by Anamaria Corbescu. Bucharest, 2011 // <http://www.nyulawglobal.org/globalex/romania1.htm>; Nicoleta Diaconu. Op. cit.

²¹ Flavius G. Păncescu. Study “Romanian private international law. Tradition. Reform. Trends” / New Civil Code. Comments. Bucharest, 2011.

²² См.: Nicoleta Diaconu. Op. cit.

²³ Ibid.

хочет применять унифицированные правовые нормы в определенных областях частного права, общие принципы законодательства развиваются согласно определенным интересам национальных государств, основанным на их национальном суверенитете²⁴.

Румынская “реверсивная (обратная) кодификация” МЧП производит неоднозначное впечатление. Преимущества автономной комплексной кодификации всех норм, регулирующих частные имущественные и неимущественные отношения, связанные с иностранным правопорядком, давно признаны и в доктрине, и на практике. Принятие единого специального закона, регулирующего вопросы МЧП/МГП, является оптимальным способом кодификации этой отрасли права, в наибольшей степени соответствующим современным общемировым тенденциям. Автономизация МЧП позволяет расширить предметную сферу коллизионного регулирования в соответствии с экономическими потребностями современного общества²⁵. За последние 50 лет в 55 странах была произведена 61 кодификация МЧП²⁶. Некоторые кодификации – это новые или пересмотренные гражданские кодексы, но большинство – это отдельные, всеобъемлющие законы, охватывающие не только выбор права, но и правосудие, и приведение в исполнение иностранных решений. За первые 12 лет XXI в. 20 стран приняли разнообразные акты кодификации МЧП. Наибольшее количество подобных кодификаций имело место в Европе²⁷.

В XXI в. страны ЕС, принявшие новое регулирование по МЧП, продемонстрировали разнообразные способы и формы его кодификации: межотраслевая кодификация (Литва, Нидерланды); принятие автономного закона по МЧП, не включающего вопросы МГП (Польша); автономная комплексная кодификация МЧП/МГП (Бельгия, Болгария, Чехия, Эстония). Даже если брать только количественный показатель, безусловно доминирующей является тенденция принятия комплексных автономных законов по МЧП/МГП. Это естественно, поскольку правоприменителю намного удобнее работать с одним нормативным актом, охватывающим все основные блоки частных отношений, связанных с иностранным правопорядком. Многие страны

предпочитают межотраслевой способ, но ни одна страна, кроме Румынии, не возвращалась к межотраслевой кодификации МЧП после 20 лет действия его автономной кодификации.

Возможно, подобный подход законодателя связан с новой концепцией ГК Румынии, призванной решить одну из самых важных проблем, с которой пришлось столкнуться законодателю, правоприменителю и доктрине в рамках включенности в систему современных международных правоотношений²⁸. ГК 2009 г. основан на монистической концепции частного права, когда один нормативный акт регламентирует гражданско-правовые, семейные, торговые и международные частные отношения. В румынской юридической литературе отмечается, что унитарное регулирование гражданско-правовых отношений является традиционным для Румынии и соответствует современным подходам к кодификации частного права в европейских государствах²⁹.

Вряд ли можно согласиться с подобным мнением. Представляется, что в странах ЕС в настоящее время имеет место как раз обратная тенденция, т.е. отказ от монистической концепции частного права, разработка и принятие специальных кодексов, регулирующих различные блоки частноправовых отношений. В качестве примера можно привести хотя бы Семейный кодекс Франции 1997 г.³⁰ Что касается МЧП, то право большинства стран ЕС также демонстрирует неизбежный процесс его обособления как отдельной отрасли законодательства. В связи с этим “реверсивная (обратная) кодификация” МЧП Румынии вызывает серьезное недоумение (хотя с содержательной точки зрения новое регулирование, безусловно, является более квалифицированным и актуальным).

“Источниками вдохновения” при разработке и нового ГК Румынии в целом, и новых правил выбора применимого права являются Гражданский кодекс Швейцарии (1907) и Гражданский кодекс Квебека (1991) (далее – ГК Квебека) (это вполне официально подчеркивается в “Предварительных тезисах к проекту Закона о Гражданском кодексе”, утвержденных правительством Румынии)³¹.

²⁸ См.: *Moroianu Zlatescu I., Magro Belu M.L.* Op. cit.

²⁹ См.: *Gabriela Lupsan.* About the Dissolution of Marriage Settlement in the Context of Romania's Integration in the European Union // *European Integration – Realities and Perspectives. Legal Sciences.* 2012.

³⁰ Естественно, можно привести и противоположные примеры – монистическая концепция частного права явным образом закреплена в новом ГК Нидерландов 2012 г.

³¹ См.: Government Decision № 277 of March 11, 2009 // *Official Gazette* № 213 of April 2, 2009. Available in Romanian // <http://lucian-http://lucian-cosmin.blogspot.com/2009/04/tezele-prealabile-ale-proiectului.html>

²⁴ См.: *ibid.*

²⁵ См.: *Осоюну Н.Г.* Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

²⁶ См.: Цифры не совпадают по двум причинам: есть одна повторная кодификация и шесть частичных (см.: *Symeon C. Symeonides.* Codification and Flexibility in Private International Law // http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1945924).

²⁷ См.: *ibid.*

В юридической литературе отмечается влияние Гражданского кодекса Италии (1942) и Принципов УНИДРУА³². При этом румынский законодатель отнюдь не отказался от своего традиционного “франкофильского” подхода. В частности, многие нормы о расторжении брака фактически представляют собой перевод соответствующих статей ФГК (например, ст. 388, 390 и 391 ГК Румынии корреспондируют ст. 266, 270 и 271 ФГК). Кроме того, из ФГК позаимствованы некоторые тексты, уже утратившие силу, измененные или отмененные Законом Франции № 2004-438 от 26 мая 2004 г. о разводе, который произвел коренную реформу расторжения брака³³.

Положения ГК 2009 г. о выборе применимого права во многом дублируют положения Закона № 105/1992 (например, коллизионное регулирование оборота ценных бумаг практически не претерпело изменений). Новое румынское МЧП, естественно, восприняло основные положения европейского законодательства в этой сфере – регламентов Рим I, Рим II, Рим III, Регламента ЕС № 4/2009 от 18 декабря 2008 г. о юрисдикции, применимом праве, признании и исполнении решений и сотрудничества в вопросах, касающихся алиментных обязательств. В частности, румынские правила выбора правовых норм в области последствий брака были изменены под влиянием “Зеленой книги о конфликтах законов в вопросах, касающихся имущества супругов, в том числе вопросах юрисдикции и взаимного признания”³⁴.

Закон о МЧП Швейцарии и Кодекс Бельгии по международному частному праву (2004) (далее – Кодекс МЧП Бельгии)³⁵ румынские ученые называют “скрытыми источниками вдохновения”³⁶ для разработки новых коллизионных норм³⁷. Анализ нового МЧП Румынии позволяет согласиться с этой точкой зрения, но с одной ремар-

кой: Закон о МЧП Швейцарии 1987 г. в большей степени был непосредственным источником Закона № 105/1992, а нормы о применимом праве ГК 2009 г. находятся под прямым воздействием положений Кодекса МЧП Бельгии. В частности, исследование новых румынских правил выбора правовых норм, применимых к режиму брачного имущества, показывает, что законодатель использовал бельгийскую интерпретацию Гаагской конвенции о праве, применимом к имуществу супругов (1978)³⁸, воплощенную в ст. 49–54 Кодекса МЧП Бельгии. В итоге коллизионное регулирование последствий брака (ст. 2589–2596 ГК 2009 г.) представляет собой своеобразную адаптацию ст. 48–54 Кодекса МЧП Бельгии, ст. 3089.2 ГК Квебека и ст. 20.2 Закона № 105/1992³⁹. Кстати, “скрытые источники вдохновения” нового румынского МЧП также вызывают недоумение: и швейцарский, и бельгийский законы – это акты комплексной автономной кодификации МЧП/МГП. Почему же румынский законодатель, реципируя данное регулирование, отказался от кодификации вопросов МЧП/МГП в одном акте?

Такой подход вызывает удивление и в связи с традициями румынской судебной практики и доктрины МЧП. Не только законодательство Румынии, но и ее судебная практика в значительной степени основаны на ФГК и постановлениях французских судов. Румынские суды в соответствии с практикой французских судов всегда стремились подойти к решению проблемы эмпирическим путем, анализируя логические и причинно-следственные связи. В особо сложных случаях румынские судьи часто обращаются к мнениям выдающихся французских академических юристов⁴⁰.

Румынская доктрина МЧП исторически также всегда находилась и находится под прямым влиянием французской науки МЧП, что подтверждается даже общей системой терминов – “правовая коллизия”, “юрисдикционная коллизия”, “право иностранцев”. Несмотря на то что МЧП Франции не кодифицировано, французская доктрина придерживается точки зрения, что МГП является частью системы МЧП. Французская концепция “трехчленной” системы МЧП (коллизия права, конфликт юрисдикций, правовое положение иностранцев) была заимствована румынской литературой и по

³² См.: *Dana Neacșu*. Op. cit.

³³ См.: *Gabriela Lupsan*. Op. cit.

³⁴ См.: COM (2006) 400, SEC(2006) 952 final. Текст “Зеленой книги” см.: http://ec.europa.eu/civiljustice/divorce/docs/com_2006_400_en.pdf; http://ec.europa.eu/civiljustice/news/docs/summary_answers_com_2006_400_en.pdf

³⁵ См.: Закон Бельгии от 16 июля 2004 г. о Кодексе международного частного права // Журнал международного частного права. 2008. № 2(60). Все ссылки на этот документ даются по данному изданию.

³⁶ “Скрытыми”, в частности, потому, что ни Закон о МЧП Швейцарии, ни Кодекс МЧП Бельгии не упоминаются в “Предварительных тезисах к проекту Закона о Гражданском кодексе” как “источники вдохновения”.

³⁷ См.: *Dariescu C.* New Romanian choice-of-law rules on marriage effects // *Analele Stiintifice ale universitatii “Al.I.Cuza”*. 2012. Tomul LVIII. Stiinta Juridice. Nr. II.

³⁸ См.: Эта Конвенция Румынией не ратифицирована.

³⁹ См.: *Dariescu C.* Op. cit.

⁴⁰ См.: *Alexander Szakats*. Cross Border Pollution – Private International Law Problems in Claiming Compensation // http://www.victoria.ac.nz/law/NZACL/PDFS/Vol_6_2000/Szakats.pdf

сей день занимает в ней господствующее место⁴¹. Например, И. Филипеску подчеркивает, что МЧП – это совокупность норм, которые разрешают правовые и юрисдикционные коллизии, а также норм, регулирующих правовое положение иностранцев. Между правовым положением иностранцев и конфликтом законов существует неразрывная связь – только в той мере, в какой иностранец обладает определенным правом, может возникнуть проблема конфликта законов⁴². Д.А. Попеску, ссылаясь на бельгийского автора Н. Ватте, утверждает, что выражение “*conflits de juridictions*” (конфликт юрисдикций) обычно используется в широком смысле, тем самым включая в состав МЧП не только процессуальные нормы, направленные на определение подсудности, но и другие процессуальные нормы, в том числе определяющие юридическую силу иностранных судебных или арбитражных решений⁴³. Д.-А. Ситару определяет конфликт юрисдикций как совокупность процессуальных норм, применяемых при рассмотрении судебными инстанциями гражданских дел, осложненных иностранным элементом⁴⁴.

Таким образом, румынская доктрина в своем подавляющем большинстве позиционирует МГП как часть системы МЧП. Вызывает удивление, почему в данном вопросе законодатель при разработке нового частноправового регулирования не посчитался с мнением ученых и закрепил соответствующие положения в разных нормативных актах. При этом необходимо подчеркнуть, что вообще в правовой системе Румынии доктрина всегда имела особое значение для интерпретации нормативных актов, а с другой стороны – в качестве элемента обратной связи – для совершенствования законодательной базы⁴⁵. Кроме того, при наличии пробелов в законе румынские суды и другие участники процесса постоянно и активно используют научные тексты (учебники и трактаты) как руководство для своей аргументации⁴⁶.

Книга VII ГК 2009 г. “Положения о международном частном праве” является довольно объемной – она составляет 106 статей (ст. 2557–2663)⁴⁷. При этом новое регулирование с точки зрения объема вроде бы уступает старому – в Законе № 105/1992 вопросам МЧП было посвящено 146 статей. Это не так, поскольку многие статьи книги VII более обширны и детализированы. Новое регулирование отличается подробностью, детальностью, актуальностью и высокой юридической квалификацией. Ввиду ограниченного объема настоящей статьи нет возможности дать полную характеристику всех норм нового румынского МЧП, поэтому представляется целесообразным остановиться только на вопросах общей части, имеющей наиболее важное значение для понимания основных подходов румынского законодателя (раздел I “Общие положения” книги VII).

2) Квалификация, обратная отсылка и оговорка о публичном порядке в румынском коллизионном праве

Предмет регулирования определен в ст. 2557 – в книге VII содержатся нормы, предназначенные для определения права, применимого к отношениям сферы МЧП. В свою очередь, отношения сферы МЧП представляют собой гражданские, коммерческие, а также иные частные правоотношения с иностранным элементом. Понятие “иностраннный элемент” законодатель употребляет, но не предлагает его определения. Возможно, это сделано намеренно, с тем чтобы максимально расширить содержание данного понятия, включив в него любую юридически значимую связь с иностранным правом порядком. В Законе № 105/1992 отношения МЧП определялись шире – как гражданские, торговые, трудовые, гражданско-процессуальные и другие частноправовые отношения с иностранным элементом (ст. 1). Исключение международных гражданско-процессуальных отношений из сферы действия книги VII ГК 2009 г. представляется естественным в связи с включением вопросов МГП в книгу VII ГПК 2010 г.

Нормы книги VII представляют собой *lex generalis* и действуют при отсутствии *lex specialis* – положений специальных законов (ст. 2557.3). Кроме того, румынский законодатель закрепляет примат международного и европейского права – установ-

⁴¹ См.: Осояну Н.Г. Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова. См. также: Popescu D.A., Harosa M. Op. cit.

⁴² См.: Filipescu I. Drept internațional privat. București, 1991. С этой точкой зрения согласны и другие румынские авторы, например: Pricopi A. Drept internațional privat. Note de curs. București, 1999; Fuerea A. Drept internațional privat. București, 2005. Цит. по: Осояну Н.Г. Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

⁴³ См.: Popescu D.A., Harosa M. Op. cit.

⁴⁴ См.: Sitaru D.-A. Drept internațional privat. Tratat. București, 2001. Цит. по: Осояну Н.Г. Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

⁴⁵ См.: Moroianu Zlatescu I., Magro Belu M.L. Op. cit.

⁴⁶ См.: Dana Neacșu. Op. cit.

⁴⁷ Перевод ст. 2557–2663 Кн. VII “Положения о международном частном праве” ГК Румынии 2009 г. с румынского языка на русский – Осояну Н.Г. Все ссылки на этот документ даны в переводе Н.Г. Осояну. На румынском языке текст доступен: http://www.dreptonline.ro/legislatie/codul_civil_republicat_2011_noul_cod_civil.php

ления книги VII применяются в той степени, в какой международные конвенции, участницей которых является Румыния, и право Европейского Союза не устанавливают иное регулирование. Как отмечается в румынской юридической литературе, «после десятилетий изоляции и приоритета национального права в делах с международным элементом наступило время непосредственного применения румынскими судами правил, отражающих “федерализацию европейской судебной области”»⁴⁸. Государство не может ссылаться даже на положения своего конституционного порядка, чтобы не применять норму ЕС⁴⁹.

В настоящее время практика румынских судов показывает, что положения международных договоров напрямую не применяются, хотя в процессах юристы постоянно на них ссылаются. Международные договоры активно используются судами для толкования национального законодательства⁵⁰. Что касается европейского права, то, по мнению румынской доктрины, его основные положения уже усвоены законодательной системой и судами, которые непосредственно применяют европейские акты, если национальное законодательство противоречит европейскому или в национальном праве отсутствует соответствующее регулирование⁵¹. При этом в румынской доктрине единодушно подчеркивается, что членство страны в ЕС предполагает прямое и непосредственное применение европейского законодательства, т.е. румынские физические и юридические лица в национальных судах могут непосредственно ссылаться на правовые положения, закрепленные в нормативных актах ЕС⁵².

Статья 2557 ГК 2009 г. устанавливает приоритет международных договоров в сфере МЧП, но перечень источников румынского МЧП законодательно не определяется. Интересно подчеркнуть, что, как пишет молдавский исследователь Н.Г. Осояну, в румынской литературе практически нет специальных исследований по теме источников МЧП, а в публикациях общего характера наличие двух категорий источников (международных и национальных) чаще всего утверждается как одна из

особенностей МЧП. Дуалистической концепции источников МЧП придерживаются многие румынские авторы⁵³. Однако при этом либо вообще не указывается, обладает ли какая-либо категория источников преимуществом, либо говорится о приоритете международных договоров. Довольно интересной представляется позиция Д.А. Попеску и М. Хароса, которые считают, что разделение источников МЧП на две группы может быть подвергнуто критике: ратифицированный международный договор становится частью внутренней правовой системы, ввиду чего источником МЧП является не сам по себе договор, а акт, посредством которого он был ратифицирован⁵⁴.

Проблема квалификации правовых понятий традиционно считается одной из сложнейших в МЧП. Новое румынское МЧП уделяет этому вопросу серьезное внимание (намного большее, нежели Закон № 105/1992). Статья 3 Закона закрепляла одно правило – во всех случаях имело место применение *lex fori* (“во внимание принимается правовая квалификация, установленная румынским законом”). Статья 2558 ГК 2009 г. устанавливает неизмеримо более детальное и подробное регулирование. Основным правилом остается квалификация по *lex fori* – “когда определение применимого права зависит от квалификации, которую необходимо дать правовому институту или правоотношению, принимается во внимание правовая квалификация, устанавливаемая румынским правом” (ст. 2558.1). Однако из этого правила предусмотрен целый ряд серьезных исключений.

В случае обратной отсылки квалификация осуществляется согласно иностранному праву, которое отсылает к румынскому праву (ст. 2558.2). Данная норма представляется чрезвычайно интересной. Если законодатель принимает обратную отсылку, то суд применяет, во-первых, отечественную коллизионную норму, во-вторых, иностранную коллизионную норму, в-третьих, свое материальное право⁵⁵. Обратная отсылка предпо-

⁴⁸ Gabriela Lupsan. Brussels II Bis Regulation and the Competence of the Romanian Courts in the Divorce Cases // Acta Universitatis Danubius. 2010. № 3 // <http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=Gabriela+LUPSAN>

⁴⁹ См.: Nicoleta Diaconu. Op. cit.

⁵⁰ См.: Reparation for Torture: Romania // <http://www.redress.org/downloads/publications/AuditReportText.pdf>

⁵¹ См.: Moroianu Zlatescu I., Magro Belu M.L. Op. cit.

⁵² См.: Comparative Study of “Residual Jurisdiction” in Civil and Commercial Disputes in the EU: National Report for Romania / Prepared by Simona Neagu & Madalin Niculeasa. Bucharest, 2008.

⁵³ См.: Осояну Н.Г. Правовые доктрины как один из элементов процесса гармонизации права (на примере доктрин МЧП Франции, Российской Федерации, Республики Молдова и Румынии). В подтверждение своей позиции Н.Г. Осояну ссылается на: Floander I. Drept internațional privat. Constanța, 2005; Fuerea A. Drept internațional privat. București, 2005; Sitaru D.-A. Drept internațional privat. Tratat. București, 2001; Ungureanu O., Juguștru E. Manual de drept internațional privat. București, 1999; Jacota M.V. Drept internațional privat (Volumul I). Iasi, 1997.

⁵⁴ См.: Popescu D.A., Harosa M. Op. cit.

⁵⁵ В доктрине по этому поводу высказывается и принципиально иная точка зрения: “Принимая обратную отсылку, мы применяем не иностранную коллизионную норму, а иностранную материальную норму, образованную в

лагает, что законом существа отношения является закон страны суда, законодательство которого принимает обратную отсылку, т.е. *lex fori* и *lex causae* совпадают. Согласно общим подходам квалификация правовых понятий производится либо по *lex fori*, либо по *lex causae*. Казалось бы, в ситуации обратной отсылки более логичным представляется законодательное закрепление квалификации по *lex fori*.

В литературе “единодушно признается, что подобная квалификация (после обратной отсылки) осуществляется по закону, где содержится обратная отсылка”⁵⁶. Необходимо отметить, однако, что никакого “единодушия” отнюдь не наблюдается. В доктрине по этому вопросу (как и по всем остальным вопросам МЧП) существуют прямо противоположные точки зрения. Представляется, что все-таки большинство исследователей придерживаются следующей позиции: если обратная отсылка признается, то суды, применяя иностранную коллизионную норму, должны осуществлять толкование ее привязки в контексте национальной системы права соответствующего иностранного государства, а не в соответствии с законом государства суда⁵⁷. Суд, принимая обратную отсылку, сначала устанавливает содержание иностранной нормы международного частного права. И далее: так как эта норма отсылает к его собственному праву, он применяет свое внутреннее право⁵⁸. В такой ситуации квалификация в соответствии с иностранным правом, безусловно, является более корректной.

Именно такой подход закреплен в ст. 2558.2 ГК 2009 г. Румынский законодатель выбрал оригинальное и на данный момент эксклюзивное решение, аналогов которому нет в кодификационных актах МЧП, действующих в других странах. Это решение полностью противоречит “утилитарной” концепции обратной отсылки (обратная отсылка принимается прежде всего потому, что это позволяет судье применять свое собственное право). К тому же следует подчеркнуть, что “выход на отечественное право после рассмотрения иностран-

ной коллизионной нормы в случае принятия обратной отсылки не сильно облегчает работу суда, поскольку работа по установлению содержания иностранного права частично уже проделана”⁵⁹. Безусловно, необходимость квалификации по иностранному праву усложняет работу судов и может замедлить процесс рассмотрения спора. Однако норма ст. 2558.2 ГК 2009 г. не позволяет суду отказаться от установления содержания иностранного права, стимулирует судей более внимательно относиться к законодательству других стран, способствует повышению профессионализма судейского корпуса и более корректному разрешению спора, связанного с иностранным правом порядком.

Возможность квалификации правовых понятий по *lex causae* представляет собой новеллу румынского МЧП. Такая квалификация может иметь место в двух ситуациях: 1) “движимая или недвижимая природа имущества определяется согласно праву страны, на территории которой оно находится или, в зависимости от ситуации, расположено” (ст. 2558.3); 2) “если румынскому праву неизвестен иностранный правовой институт или известен под другим наименованием либо с другим содержанием, может быть принята во внимание правовая квалификация, осуществленная согласно иностранному праву” (ст. 2558.4).

“Скрытые” источники формирования МЧП Румынии (Закон о МЧП Швейцарии и Кодекс МЧП Бельгии), кстати, вообще не содержат норм о квалификации правовых понятий. Ввиду этого можно предположить, что квалификация по *lex causae* воспринята румынским законодателем под влиянием ст. 3078 ГК Квебека, нормы которой содержат практически идентичные положения.

Чрезвычайно любопытным представляется установление ст. 2558.5 ГК 2009 г.: “если стороны самостоятельно определили содержание понятий, имеющих отношение к сделке, квалификация этих понятий осуществляется в соответствии с волей сторон”. Эта норма является уникальной, в актах кодификации МЧП других стран ее аналоги отсутствуют. Трудно дать однозначную оценку этому правоположению. С одной стороны, расширение автономии воли сторон – общая тенденция современного МЧП. В связи с этим стороны, пользуясь максимальной свободой договора, правомочны сами определять и содержание понятий, закрепленных в их соглашении. С другой стороны, квалификация правовых понятий всегда фиксируется законодательно, и частные лица вправе изменить ее только в случае диспозитивности соответствующей

результате взаимодействия иностранной коллизионной нормы с нормой отечественного права. Причем, данная иностранная материальная норма имеет предмет регулирования, отвечающий потребностям рассмотрения конкретного спора” (см.: Толстых В.Л. Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации. Дисс. ... доктора юрид. наук. М., 2006).

⁵⁶ Борисова А.Н. Доктрина обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2008.

⁵⁷ См.: Бирюкова Н.С. Квалификация правовых понятий в МЧП. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2007; Madl F., Vekas L. The Law of Conflicts and Foreign Trade. Budapest, 1987.

⁵⁸ См.: Вольф М. Международное частное право. М., 1948.

⁵⁹ Толстых В.Л. Указ. соч.

щего установления. В доктрине справедливо отмечается, что многие гражданско-правовые споры связаны с расхождением мнений сторон относительно правовой квалификации, но при вынесении решения суд не обязан учитывать их мнение по этому вопросу. Суд самостоятельно осуществляет поиск и применение относимой нормы права⁶⁰.

Серьезные изменения претерпела и норма румынского МЧП, регулирующая институт *renvoi*, хотя общий подход остался прежним – признается только обратная отсылка. При решении данного вопроса румынский законодатель, судя по всему, не руководствовался ни “явными”, ни “скрытыми” источниками своего вдохновения – все эти акты регламентируют данную проблему иначе⁶¹. Статьи 2559.1 ГК 2009 г. закрепляет общее правило: иностранное право включает и материальные, и коллизионные нормы. Общее правило предполагает принятие отсылки: если иностранное право отправляет обратно к румынскому праву или праву другого государства, применяется румынское право (ст. 2559.2)⁶². Таким образом, *renvoi* второй степени трактуется как обратная отсылка. Из общего правила установлены исключения (ст. 2559.3) – иностранное право не включает коллизионные нормы, если: стороны избрали его в качестве применимого права; иностранное право применяется к форме сделок и внедоговорным обязательствам; это особо предусмотрено международными конвенциями с участием Румынии, правом ЕС или законом.

Интерес представляет второе исключение (аналогов подобной нормы в других национальных кодификациях МЧП также не встречается). Запрет отсылки применительно к внедоговорным обязательствам, несомненно, установлен под влиянием европейского регулирования – ст. 24 Регламента Рим II прямо запрещает применение иностранных коллизионных норм. Запрет отсылки по вопросам формы юридического акта, как представляется, также связан с европейским законодательством и обусловлен положениями ст. 2639 ГК 2009 г. “Право, применимое к формальным

условиям юридического акта”, в которой практически исчерпывающим образом перечисляются компетентные законы⁶³. Кроме того, необходимо учитывать, что форма сделки во многих случаях должна соответствовать строго императивным предписаниям законодателя.

По общему правилу, формальные условия сделки определяются правом, регулирующим ее по существу (ст. 2639.1), т.е. правом, применимым к договору. Право, применимое к договорным обязательствам, определяется согласно положениям права ЕС (ст. 2640.1). Основное регулирование коллизионных вопросов договорных обязательств закреплено в Регламенте Рим I, ст. 20 которого прямо исключает обратную отсылку. Запрет отсылки, установленный румынским законодателем, в данном случае легко объясняется. Право существа отношения является генеральной коллизионной привязкой. Если право, применимое к существенным условиям сделки, под угрозой недействительности предусматривает определенную строгую форму, ни одно право, указанное в качестве субсидиарного, не может устранить это требование (ст. 2639.3).

Субсидиарные коллизионные привязки закреплены в ст. 2639.2: сделка считается действительной с точки зрения формы, если соответствует условиям, установленным согласно одному из следующих законов: а) закону места совершения сделки; б) закону гражданства или обычного места жительства лица, выразившего согласие на совершение сделки; с) закону, применимому в соответствии с международным частным правом органа власти, который проверяет действительность сделки.

Подпункт “с” представляет собой интереснейшее правоположение (и снова исключительно румынский “эксклюзив”!)⁶⁴. Если действительность сделки проверяет румынский орган власти – никаких вопросов не возникает. Если же в румынском суде компетентным проверять действительность сделки признается иностранный орган власти, то может получиться, что румынский судья будет обязан применять иностранные коллизионные нормы (отсылающие, возможно, не к румынскому праву, а к праву третьего государства). В итоге мы

⁶⁰ См.: там же.

⁶¹ См.: ст. 14 Закона Швейцарии о МЧП, ст. 3080 ГК Квебека, ст. 16 Кодекса МЧП Бельгии. Европейское законодательство по-разному регулирует этот вопрос – ст. 11 Регламента Рим III запрещает *renvoi*, а ст. 34 Регламента ЕС № 650/2012 от 4 июля 2012 г. “О компетенции, применимом праве, признании и исполнении решений, принятии и исполнении нотариальных актов по вопросам наследования, а также о создании европейского сертификата о наследовании” разрешает.

⁶² В Законе № 105/1992 отсылка к праву третьего государства была прямо запрещена – “отсылка, производимая иностранным законом к праву другого государства, последствий не имеет” (ст. 4).

⁶³ Ст. 2639 ГК 2009 г. практически без изменений воспроизводит текст ст. 71 и 72 Закона № 105/1992.

⁶⁴ Отдаленную (но очень отдаленную!) аналогию можно найти в ст. 124.3 Закона о МЧП Швейцарии: “В тех случаях, когда правом, применимым к договору, в целях охраны интересов одной из сторон предусмотрена строго определенная форма, форма договора подчиняется исключительно праву, применимому к договору, если только этим правом не допускается применение другого права”.

рискуем получить классическую отсылку второй степени, которая запрещена как по общему правилу ст. 2559.1, так и по специальному исключению согласно ст. 2559.3 ГК 2009 г. Представляется, что норма п/п. “с” ст. 2639.2 явным образом противоречит положениям ст. 2559 ГК 2009 г. К сожалению, оценок данной ситуации в румынской литературе найти не удалось.

По мнению румынских авторов, общий законодательный подход к регулированию института *renvoi* сужает сферу применения обратной отсылки. В частности, в области режимов брачного имущества отсылка первой степени будет происходить редко (только тогда, когда супруги еще не выбрали применимое право) и будет исключена в случае с законом, применимым к формальным условиям брачного договора, или оговорки супругов по применимому праву⁶⁵.

Вопрос применения права страны с множественностью правовых систем в ст. 2560 урегулирован более подробно, чем это было в ст. 5 Закона № 105/1992. Общее правило осталось прежним: если иностранное право является правом государства, в котором существуют несколько правовых систем, применимые правовые нормы определяются в соответствии с внутренним правом этого государства. Новелла заключается в том, что теперь “при отсутствии необходимых положений применяется та из действующих в соответствующем государстве правовых систем, с которой у правоотношения имеется наиболее тесная связь”. Данное положение добавлено, несомненно, под влиянием нормы, содержащейся в ст. 3077 ГК Квебека. Понятие “множественность правовых систем” охватывает любые внутренние коллизии. Специального регулирования интерперсональных коллизий румынский законодатель (в отличие от бельгийского, канадского и европейского⁶⁶) не устанавливает.

Румынские нормы о коллизионной взаимности изменений не претерпели – текст ст. 2561 ГК 2009 г. практически полностью совпадает с текстом ст. 6 Закона № 105/1992. То же самое можно сказать и об институте установления содержания иностранного права (ст. 2562 ГК, ранее – ст. 7 Закона). Единственное дополнение закреплено в ст. 2562.3 – в случае невозможности в *разумный срок* установить содержание иностранного права применяется румынское право. Трудно сказать, насколько добавление условия “в разумный срок” является целесообразным. Понятие “разумный

срок” отличается каучуковым характером. Его трудно определить точным и исчерпывающим образом. Условие “в разумный срок” может спровоцировать необоснованный отказ судей от применения иностранного права. Во всяком случае ни в Законе о МЧП Швейцарии, ни в Кодексе МЧП Бельгии такого условия нет.

Важной новеллой является ст. 2563 “Толкование и применение иностранного права” – иностранное право толкуется и применяется в соответствии с правилами толкования и применения, существующими в правовой системе, которой оно принадлежит. Правило “иностранное право применяется так, как его на родине применил бы родной судья” является общепризнанным постулатом доктрины МЧП. В законодательстве по МЧП подобная норма закрепляется не всегда: в частности, в Законе Швейцарии ее нет, а в Кодексе Бельгии она присутствует (ст. 15). Возможно, румынский законодатель ввел эту норму под влиянием бельгийского регулирования.

Институт оговорки о публичном порядке также претерпел серьезные изменения. Общий подход (ст. 2564.1 ГК 2009 г.) реципирован из ст. 8 Закона № 105/1992: иностранное право не применяется в случаях, если его применение нарушает публичный порядок в румынском международном частном праве или если иностранное право стало применимым в результате обхода румынского закона. В случае неприменения иностранного права применяется румынский закон. По мнению румынской доктрины, в ст. 2564.2 объясняется концепция нарушения публичного порядка в румынском МЧП. Это нарушение заключается в том, что “применение иностранного права нарушает публичный порядок в румынском международном частном праве в той степени, в которой оно может привести к результату, несовместимому с фундаментальными принципами румынского права или права ЕС, либо с основными правами человека”⁶⁷.

Институт оговорки о публичном порядке значительно расширен за счет включения в книгу VII ГК 2009 г. двух статей: ст. 2565 “Исключительные случаи неприменения иностранного права” и ст. 2566 “Нормы прямого действия”. Статья 2565 предусматривает, что в порядке исключения применение права, определенного на основании румынских коллизионных норм, может быть устранено, если в соответствии с обстоятельствами дела отношение имеет с этим правом очень отдаленную связь. В этом случае применимым является право, с которым отношение наиболее

⁶⁵ См.: *Dariescu C. Op. cit.*

⁶⁶ См.: ст. 17 Кодекса МЧП Бельгии; ст. 3077 ГК Квебека; ст. 14 и 15 Регламента Рим III.

⁶⁷ *Dariescu C. Op. cit.*

тесно связано. Данное исключение не применяется к законам о гражданском состоянии или правоспособности лиц, а также если стороны сами выбрали применимое право.

“Источниками вдохновения” ст. 2565 явным образом выступают ст. 19 Кодекса МЧП Бельгии, ст. 3082 ГК Квебека, ст. 15 Закона о МЧП Швейцарии, ст. 4.3 Регламента Рим II, ст. 4.3 и 4.4 Регламента Рим I. При этом все “источники вдохновения” по-разному определяют случаи неприменения “правила об исключении” (“условия об изъятии”, если оперировать языком европейского законодателя). В Квебеке “правило об исключении” не действует в случаях, когда компетентное право установлено в юридическом акте; в Швейцарии – в случае выбора права сторонами; в Бельгии – “если стороны выбрали право в соответствии с положениями настоящего закона или если определение применимого права основано на его содержании”. Румынский законодатель воспринял бельгийский и швейцарский подходы, добавив к ним норму о неприменении “правила об исключении” к законам о гражданском состоянии или правоспособности лиц.

Статья 2566 ГК 2009 г. “Нормы прямого действия” закрепляет институт сверхимперативных норм, или позитивный вариант оговорки о публичном порядке. По мнению румынских авторов, ст. 2566.1 предусматривает обязательные правила: “Императивные нормы, предусмотренные румынским правом для регулирования правоотношений с иностранным элементом, применяются на приоритетной основе. В соответствующих случаях положения настоящей книги об определении применимого права не подлежат применению”⁶⁸.

До принятия Закона о МЧП Швейцарии 1987 г. национальные акты по МЧП содержали только один вариант оговорки о публичном порядке (в подавляющем большинстве случаев – негативный). Швейцарский законодатель первым закрепил оба варианта. С начала 1990-х годов его примеру последовали другие законодатели, но в Законе № 105/1992 оговорки о применении сверхимперативных норм права страны суда не было. ГК Квебека (ст. 3076)⁶⁹ и Кодекс МЧП Бельгии содержат такую оговорку (ст. 20.1). Современный румынский законодатель воспринял это регулирование.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ Статья 3076 ГК Квебека сформулирована достаточно своеобразно: “Нормы, содержащиеся в настоящей Книге, подлежат применению с учетом тех норм права, действующих в Квебеке, которые применимы в силу их особой цели”.

В п. 2 ст. 2566 предусматривается прямая применимость иностранных императивных норм на факультативной основе⁷⁰, если правоотношение с иностранным элементом находится в тесной связи с законодательством данного государства и этого требует соблюдение законных интересов сторон. Иностранные императивные нормы оцениваются в соответствии со своими целями и задачами, а также последствиями, проистекающими из их применения либо неприменения. Аналогичное правило закреплено в ст. 3079 ГК Квебека, ст. 20.2 Кодекса МЧП Бельгии, ст. 19 Закона о МЧП Швейцарии. Все эти акты также декларируют применение иностранных императивных норм на факультативной основе.

Текст ст. 2567 ГК 2009 г. “Признание приобретенных прав” полностью дублирует ст. 9 Закона № 105/1992: “Права, приобретенные в иностранном государстве, признаются в Румынии, за исключением случаев, когда они противоречат публичному порядку в румынском международном частном праве”. Данное правоположение опять-таки представляет собой румынский “эксклюзив” и, судя по формулировке, отражает теорию “приобретенных прав” (автор – голландский юрист XVII в. Ульрих Губер⁷¹), воспринятую англо-американской судебной практикой. Кстати, в других национальных кодификациях аналогичной нормы найти не удалось. Некие отдаленные аналогии можно обнаружить в отдельных нормах книги 10 “Международное частное право” ГК Нидерландов 2011 г.⁷²

⁷⁰ См.: *Dariescu C.* Op. cit.

⁷¹ См.: Гетьман-Павлова И.В. Наука международного частного права: Ульрик Губер // Вопросы правоведения. 2012. № 4; Ее же. Понятие “вежливость” в коллизионной доктрине Ульрика Губера // Право. Журнал ВШЭ. 2013. № 1.

⁷² Статья 9 “Недопустимое нарушение обоснованной уверенности сторон и юридической определенности”: “Если факт имеет определенные правовые последствия в соответствии с законодательством, применимым в связи с международным частным правом иностранного государства, голландский суд может, даже если закон этого иностранного государства не применяется по голландскому международному частному праву, наделить теми же правовыми последствиями этот факт, поскольку неприменение этих правовых последствий было бы недопустимым нарушением обоснованной уверенности сторон и юридической определенности”.

Ст. 16 “Лица без гражданства”: “2. Права, приобретенные таким лицом в прошлом и которые вытекают из его гражданского статуса, в частности права, следующие из брака, должны быть соблюдены.

Ст. 17 “Правовое положение иностранных граждан”: “2. Права, приобретенные таким лицом в прошлом и которые вытекают из его гражданского статуса, в частности права, следующие из брака, должны быть соблюдены”.

3) Личный закон физических и юридических лиц в румынском коллизионном праве

Раздел I “Общие положения” включает 15 статей (в Законе № 105/1992 их было значительно меньше – всего 10). Однако увеличение этого раздела связано не только с более детальным регулированием непосредственно общих, основополагающих аспектов МЧП, но и с включением в общие положения норм о национальном законе физических и юридических лиц. Такое решение румынского законодателя, несомненно, принято под влиянием как Закона о МЧП Швейцарии, так и Кодекса МЧП Бельгии. Глава I обоих нормативных актов (“Общие положения”) включает специальный раздел “Определение гражданства, местожительства и местонахождения”. Одновременно следует оговориться, что глава I “Общие положения” Закона № 105/1992 содержала ст. 2, устанавливавшую национальный режим для иностранных физических и юридических лиц. Книга VII ГК 2009 г. подобной нормы не содержит.

Можно также предположить, что более подробное регулирование коллизионных аспектов личного статуса индивидов и включение этих вопросов в раздел I “Общие положения” обусловлены влиянием румынской доктрины МЧП на законодательный процесс. Румынский ученый Д.А. Попеску уточняет, что “право иностранцев” состоит из материально-правовых норм, поскольку правовое положение иностранцев может быть подчинено только материальному праву, определенному согласно *lex fori*, или праву страны, на территории которой находится иностранец. Однако, хотя правовое положение иностранца и регулируется исключительно материальными нормами страны суда, эту область нельзя выделить из сферы действия МЧП⁷³.

В свою очередь, румынская правовая наука по данному вопросу всегда была и остается подверженной французскому влиянию. Точка зрения, включающая в сферу действия МЧП “право иностранцев”, традиционно свойственна французской доктрине. Так, И. Люссуарн и П. Бурель отмечают особую важность “права иностранцев” для Франции – “страны иммигрантов”, – правовое положение которых оптимальным образом может быть урегулировано именно с помощью МЧП. В настоящее время подобный подход воспринят в большинстве “латинских стран” (Италия, Испания, Бельгия,

Португалия страны Южной Америки)⁷⁴. К этому перечню следует добавить и Румынию⁷⁵.

При этом возникает вопрос: насколько регулирование “права иностранцев” в рамках МЧП является корректным для современной Румынии? Если на территорию Франции действительно идет постоянный приток мигрантов, то для Румынии более острой является прямо противоположная проблема – проблема эмиграции граждан Румынии в страны Западной Европы, прежде всего в целях трудоустройства. Приток иммигрантов в Румынию (в основном из Молдовы и Украины) является незначительным⁷⁶. Именно отсутствием мощного притока иммигрантов объяснялась незаинтересованность румынского законодателя регулировать личный статут иностранца при помощи закона места проживания: “Использование... привязки к закону места жительства для иностранцев, проживающих на... территории... Румынии... экономически нецелесообразно”⁷⁷. В Законе № 105/1992 безусловно приоритетной формулой прикрепления, определяющей правовой статус физического лица, его правоспособность и дееспособность, выступал закон страны гражданства.

Новое румынское законодательство по МЧП прямо утверждает “право иностранцев” в качестве одного из основных элементов системы МЧП. В ГК 2009 г. закреплены специальные нормы: ст. 2569 “Установление и доказывание гражданства” и ст. 2570 “Установление и доказывание обычного места проживания”. В Законе № 105/1992 г. присутствовало правило выбора права для установления и доказывания гражданства (ст. 12), но эта коллизионная норма не выделялась как отдельное самостоятельное правовое положение, как специальная статья. Содержание самого правила при этом не изменилось – установление и доказывание гражданства осуществляются в соответствии с правом государства, на гражданство которого ссылается лицо.

Специальное коллизионное правило для установления и доказывания обычного места проживания представляет собой новеллу румынского регулиро-

⁷³ См.: Popescu D.A., Harosa M. Op. cit.

⁷⁴ См.: Loussouarn Y., Bourel P. Droit international privé. 7-e édition. Paris, 2001.

⁷⁵ Осояну Н.Г. Правовые доктрины как один из элементов процесса гармонизации права (на примере доктрин МЧП Франции, Российской Федерации, Республики Молдова и Румынии).

⁷⁶ Ежегодно в Румынию иммигрирует от 5000 до 7000 человек (см.: Информация о миграции в Румынии // Национальный институт статистики // URL: <http://www.insse.ro/cms/files/statistici/Statistica%20teritoriala%202012/rom>).

⁷⁷ Осояну Н.Г. Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

вания, обусловленную, несомненно, вступлением Румынии в ЕС и приматом европейского права. Аналогичные нововведения или изменения в акты кодификации МЧП вносят в настоящее время и многие другие страны Европы⁷⁸. Понятие “место жительства” (domicile) в ст. 2570 (п. 1, 2, 5) ГК Румынии 2009 г. заменено на “повсеместно приветствуемое понятие “обычное место проживания””⁷⁹ (habitual residence), которое одинаково определяется и в странах общего права, и в странах романо-германского права⁸⁰. Здесь мы опять-таки сталкиваемся не только с европейским, но и с французским влиянием – понятие “обычное место проживания” было определено в решении Кассационного суда Франции от 15 декабря 2005 г. как место, где лицо осознанно намерено установить свое стабильное, постоянное и обычное жилье⁸¹.

Одновременно в ст. 87 ГК Румынии 2009 г. по-прежнему используется понятие “место жительства” (domicile) физического лица – то место, где человек обычно проживает. Сопоставив ст. 87 со ст. 2570, можно утверждать, что румынский законодатель изменил только терминологию и только для целей МЧП. По сути понятие “обычное место проживания” является синонимом понятия “место жительства”. Для целей румынского МЧП обычным местом проживания физического лица является государство, в котором это лицо в основном проживает, независимо от выполнения юридических формальностей по регистрации. Обычным местом проживания индивида, занимающегося профессиональной деятельностью, является место его основного делового обзаведения. Для определения основного места проживания принимаются во внимание личные и профессиональные обстоятельства, указывающие на устойчивые связи с соответствующим государством или на намерение установить подобные связи. Доказательство места

проживания может осуществляться с использованием любых очевидных фактов.

В традициях романо-германского подхода румынский законодатель всегда определял и определяет национальный закон индивида как закон страны его гражданства. Для лиц, не обладающих никаким гражданством, отсылка к национальному закону понимается как отсылка к праву государства обычного места проживания (п. 1 и 3 ст. 2568). По-новому регулируется определение личного закона лиц с множественным гражданством. Ранее личным законом иностранца, имеющего гражданство нескольких государств, являлся закон того государства, в котором иностранец имел свое место жительства (при отсутствии такового – место пребывания). Личным законом румынского гражданина, имеющего гражданство иностранного государства, являлся румынский закон (ст. 12 Закона). В соответствии со ст. 2568.2 ГК для определения национального закона лица, “имеющего несколько гражданств, применяется право того государства, с которым у этого лица имеется наиболее тесная связь, в особенности в виде обычного места проживания”.

Критерий тесной связи для установления личного закона бипатридов закреплен в праве большинства европейских государств и представляет собой оптимальное решение, признанное в настоящее время на глобальном уровне. Румынский законодатель закрепил в своем новом регулировании более современный и актуальный подход. Кроме того, национальный закон румынских бипатридов теперь также определяется на основе принципа наиболее тесной связи. Если, скажем, гражданин Румынии, являющийся одновременно французским гражданином, обычно проживает во Франции, то румынский суд, применив норму ст. 2568.2, должен определять национальный закон такого лица по французскому праву. Данное решение, несомненно, принято под влиянием права ЕС, связано с вступлением Румынии в ЕС и ее участием в Шенгенском соглашении.

Одна из основных новелл, касающихся выбора применимого права к вопросам личного статуса индивидов, закреплена в ст. 2568.4: для определения национального закона беженцев применяется право обычного места проживания “согласно особым нормам и международным конвенциям, участницей которых является Румыния”. В Законе № 105/1992 г. подобная норма отсутствовала. В доктрине высказывалась точка зрения, что для Румынии проблема беженцев в настоящее время не является особо актуальной (число беженцев и лиц, обратившихся с просьбой о предоставлении

⁷⁸ См., например, ст. 12-а, внесенную в 2010 г. в Закон Македонии о международном частном праве 2007 г.: Закон за изменување и дополнување на 30 ноември 2010 година на Законот за меѓународно приватно право // Службен весник на Република Македонија. 2010. 6 дек. При этом Македония изменила свое МЧП, являясь только кандидатом (с 2005 г.) в члены ЕС.

⁷⁹ *Dariescu C. Op.cit.*

⁸⁰ См.: *Audit B. Droit international privé. Paris, 2006; Clarkson C.M.V., Hill J. The Conflict of Laws. Oxford University Press, 2006; L.I. de Winter. Nationality or Domicile? The Present State of Affairs // Recueil des Cours de L'Academie de droit international de La Haye. 1969. Vol. 128.*

⁸¹ См.: *Gabriela Lupsan. Brussels II Bis Regulation and the Competence of the Romanian Courts in the Divorce Cases // Acta Universitatis Danubius. 2010. № 3 // <http://www.google.ru/url?sa=t&rct=j&q=Gabriela+LUPSAN>*

убежища, на начало 2009 г. составляло чуть больше 900 человек). Именно по этой причине вопрос их личного статуса в Законе № 105/1992 не регулировался⁸².

Учитывая, что новое законодательство по МЧП разрабатывалось в 2008 – 2009 гг., нельзя предположить, что проблема беженцев приобрела для Румынии большую актуальность. Введение специального коллизионного правила для определения личного закона таких лиц обусловлено влиянием международного и европейского права. Представляется, что вообще говорить об актуальности коллизионного регулирования каких-либо отдельных вопросов в принципе нецелесообразно. Одна из основных тенденций современных кодификаций МЧП – максимальная детализация объема коллизионных норм. Закрепление специальных коллизионных привязок для самого широкого круга отношений обусловлено не актуальностью, а стремлением современного законодателя разработать наиболее подробное и детальное регулирование, учитывая потребности *de lege ferendae*.

Коллизионное регулирование конкретных вопросов личного статуса физических лиц закреплено в “особенной части” книги VII: раздел II “Правовые коллизии”, глава I “Лица”, часть 1 “Физическое лицо” (ст. 2572–2579). Точно так же, опять-таки по примеру бельгийского и швейцарского законодательств⁸³, генеральная норма об определении национальности юридических лиц помещена в раздел I “Общие положения” (ст. 2571), а конкретное коллизионное регулирование – в раздел II “Правовые коллизии”, глава I “Лица”, часть 2 “Юридическое лицо” (ст. 2580–2584).

Для определения национальности юридического лица в румынской литературе предлагается широкий перечень критериев⁸⁴: 1. волеизъявление его учредителей; 2. место расположения административного центра; 3. место регистрации учредительных документов; 4. центр экономической деятельности; 5. контроль над деятельностью юридического лица; 6. “смешанный” критерий – произвольная комбинация первых пяти критериев. В румынской доктрине этот критерий имеет искусственный, синтетический характер и объ-

единяет все случаи, когда точная классификация в рамках приведенной системы затруднительна⁸⁵.

Критерий “волеизъявления учредителей юридического лица” представляет собой разновидность автономии воли сторон. Ни в одном законодательстве по МЧП для определения правоспособности юридического лица не предусматривается применения *lex voluntatis*. При создании юридического лица всегда необходимо соблюдать довольно много формальностей, достаточно обременительных для коммерсантов. Применение *lex voluntatis* в данном вопросе может повлечь за собой обход закона или его прямое нарушение. Румынские ученые это признают, но все равно включают волеизъявление учредителей в классификацию критериев определения *lex societatis* юридического лица⁸⁶.

Как и ранее в Законе № 105/1992, в ст. 2571 ГК 2009 г. для определения национальности юридических лиц используется критерий статутарной (формальной) оседлости – юридическое лицо обладает национальностью того государства, на территории которого согласно учредительному документу находится его уставное место расположения. Если юридическое лицо имеет места расположения во многих государствах, применяется критерий эффективной (реальной) оседлости – определяющим является реальное место расположения юридического лица. Под реальным местом расположения понимается место, где находится главный орган управления уставной деятельностью, даже если его решения принимаются в соответствии с указаниями, полученными от акционеров или участников из других государств.

Последующие положения закрепляют возможность применения критерия инкорпорации – если компетентное иностранное право отсылает к праву государства, в котором юридическое лицо было учреждено, применимым будет право этого государства. Можно утверждать, что для определения личного закона юридического лица румынский законодатель использует смешанный критерий – комбинацию теории оседлости как основной и теории инкорпорации как субсидиарной.

Книга VII “Международное частное право” ГК Румынии 2009 г. – это интереснейший правовой документ, безусловно, заслуживающий самого детального и подробного анализа и изучения.

⁸² См.: *Осояну Н.Г.* Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

⁸³ См.: ст. 4.3 Кодекса МЧП Бельгии, ст. 20–24 Закона о МЧП Швейцарии.

⁸⁴ См.: *Filipescu I.* *Op.cit.*; *Dumitrache S.* *Op. cit.*

⁸⁵ См.: *Осояну Н.Г.* Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

⁸⁶ См.: *Filipescu I.* *Drept internațional privat.* București, 1991; *Dumitrache S.* *Persoana juridică în drept internațional privat.* București, 1999. Цит. по: *Осояну Н.Г.* Тенденции и перспективы развития международного частного права Республики Молдова.

К сожалению, в рамках одной статьи этого сделать невозможно. В заключении настоящего исследования хотелось бы подчеркнуть следующее. По общему правилу, форма нормативно-правового акта предопределяет его содержание. Ввиду этого принято считать, что автономный закон по МЧП с точки зрения предмета регулирует более широкий спектр отношений, связанных с иностранным правопорядком (не только гражданско-правовые, но и семейные, трудовые, отношения в области торгового судоходства), чем соответствующий раздел гражданского кодекса. Включение коллизионного регулирования в гражданский кодекс может привести к произвольному искажению «объектной сферы действия МЧП... (акт гражданского права... не в состоянии... регулировать трудовые, брачно-семейные отношения, а также и иные, которые имеются сейчас или могут возникнуть в будущем, если они отвечают признакам объекта МЧП)»⁸⁷.

Однако практика кодификации МЧП показывает, что такое положение вещей имеет место далеко не во всех случаях. Например, Закон Азербайджана о международном частном праве (2000) содержит коллизионное регулирование только цивилистических отношений, а книга 10 «Международное частное право» ГК Нидерландов 2011 г. – коллизионное регулирование самых разнообразных частных имущественных и неимущественных отношений, связанных с иностранным правопорядком. Все зависит от подхода конкретного законодателя. В случае с румынским МЧП монистическая концепция ГК позволила законодателю закрепить коллизионное регулирование гражданско-правовых, семейных и трудовых отношений в книге VII ГК 2009 г. Подобное решение, безусловно, является позитивным, поскольку объединяет в одном нормативном акте большинство норм, относящихся к МЧП.

Однако полагаем, что румынская «реверсивная (обратная) кодификация» с точки зрения юридической техники, правовой определенности и удобства правоприменения имеет больше недостатков, нежели достоинств. В автономном законе по МЧП «общая часть» является его органичной составляющей. Этого нельзя сказать о гражданских кодексах, в которых при наличии раздела, посвященного регулированию отношений, связанных с иностранным правопорядком, присутствуют сразу две «общие части» (что и имеет место в ГК Румынии 2009 г.). Автономный закон по МЧП – это самостоятельный нормативно-правовой акт, а соответствующие раз-

делы гражданских кодексов не обладают нормативной самостоятельностью. Включение норм МЧП в общий акт кодификации гражданского права может породить правовую неопределенность. Кроме того, такое «регулирование по вопросам МЧП не содержит норм... о его целях, функциях и задачах... делает МЧП лишенным важной правовой составляющей – выраженных нормативно его целей и задач как системы правовых норм»⁸⁸.

Возврат к межотраслевой кодификации привел к тому, что нормы румынского МГП теперь закреплены в другом законодательном акте – ГПК Румынии 2010 г. Комплексный автономный закон по МЧП (как это было закреплено в Законе № 105/1992) позволяет объединить в одном нормативном акте положения, регулирующие в том числе и трансграничные гражданско-процессуальные отношения. Таким образом, комплексная автономная кодификация позволяет одновременно решать краеугольные вопросы МЧП/МГП – «конфликт законов» и «конфликт юрисдикций». Румынский законодатель почему-то отказался от этого удобного и «мудрого»⁸⁹ решения.

Комплексная автономная кодификация МЧП/МГП имеет четкую структуру, позволяет осуществить системный подход к регулированию сложнейших проблем отрасли права, которую называют «высшей математикой юриспруденции». С позиции законодательной техники и эффективности правового регулирования логично иметь отдельное законодательство в этой области. К тому же принимать комплексное национальное регулирование в сфере МЧП «стало... «модным» и «престижным»... Речь идет не о каком-то подражании или «массовой прихоти», а о неизбежной тенденции, в основе которой лежит объективный процесс глобализации экономической и социальной жизни... Наличие в государстве подобного регулирования во многом является... признаком его цивилизованности, приобщенности к кругу стран, активно вовлеченных в мировой экономический и культурный процесс. Но даже если государство не находится в центре такого процесса, принятие указанного регулирования может во многом способствовать большей интеграции государства в мировую экономику и тем самым вести его к процветанию»⁹⁰.

⁸⁸ Там же.

⁸⁹ См.: *Осавелюк Е.А.* Определение места международного гражданского процесса в системе российского права. Дисс. ... канд. юрид. наук. М., 2005.

⁹⁰ *Муранов А.И., Жильцов А.Н.* Национальные кодификации в современном международном частном праве // *Международное частное право: Иностранное законодательство.*

⁸⁷ *Ануфриева Л.П.* Некоторые проблемы нового российского регулирования по международному частному праву // *Журнал рос. права.* 2003. № 2, 3.