

ПРАВО И МЕЖДУНАРОДНЫЕ ОТНОШЕНИЯ

ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА: СОВРЕМЕННЫЕ ТЕНДЕНЦИИ В РАЗВИТИИ¹

© 2009 г. Н.Ю. Ерпылева²

Международное частное право (далее – МЧП) представляет собой комплексную правовую систему, которая состоит из норм, регулирующих международные частные отношения (частные отношения, осложненные иностранным элементом)³. Внешним проявлением комплексного характера МЧП выступает наличие разных по своей природе источников права, формирующих данную правовую систему. Источник права выступает как форма выражения правовых норм, нормативной субстанции. Для МЧП характерны следующие основные источники: внутригосударственное законодательство; международные договоры; международные обычаи.

Следует подчеркнуть различную природу вышеупомянутых источников. Внутригосударственное законодательство в области МЧП действует в пределах каждого отдельного государства и является результатом реализации нормотворческой функции государственных органов, которая воплощает в конечном счете цели и интересы различных слоев гражданского общества данного государства. Международные договоры являются результатом согласования воли различных государств, принимающих в них участие. Таким образом, договоры представляют собой соглашение государств относительно содержания договорных норм (текста договора) и относительно признания таких норм в качестве юридически обязательных для государств – участников до-

говора. По существу международные договоры в области МЧП регулируют правоотношения с участием юридических и физических лиц – субъектов внутреннего права, но обязательства по договору возлагаются на государства, участвующие в нем, которые несут ответственность за приведение своего внутреннего права в соответствие со своими международными обязательствами. Государства-участники могут выполнить свои международные обязательства путем прямой инкорпорации международного договора в свое внутреннее право или же путем издания отдельных внутригосударственных актов на его основе.

Международные обычаи отличаются от международных договоров тем, что носят неписаный характер. Нормативное содержание обычая формируется в практике на протяжении более или менее длительного периода времени и выступает как доказательство “всеобщей практики”. Наряду с нормативным содержанием формируется и элемент юридической обязательности, которая выступает как молчаливое признание за ним юридической силы. Сложность природы международного обычая заключается в том, что определить четкую временную границу признания его юридически обязательным можно только эмпирическим путем. Это находит отражение в правоприменительной практике: в решениях международных судебных и арбитражных органов, в резолюциях международных организаций. Данные документы выступают в качестве подтверждения существования международного обычая в целом или наличия его отдельных элементов⁴.

На современном этапе развития МЧП решающую роль играют международные договоры, что связано с их природой. **Именно международные договоры позволяют создать унифицированные нормы МЧП не только коллизионно-правового, но и материально-правового харак-**

¹ Настоящая статья подготовлена при поддержке Правовой информационно-справочной системы “Консультант-Плюс”.

² Заведующая кафедрой международного частного права факультета права Государственного университета – Высшая школа экономики, доктор юридических наук, профессор.

³ Более подробно о понятии и предмете МЧП в современной юридической науке см.: *Богуславский М.М.* Международное частное право. Учебник. М., 2008; *Международное частное право. Учебник* / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М., 2009; *Звеков В.П.* Международное частное право. Учебник. М., 2004; *Канашевский В.А.* Международное частное право. М., 2006; *Международное частное право. Учебник* / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2004; *Неиштаева Т.Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. Учебный курс. В 3-х ч. М., 2004.

⁴ См. об этом более подробно: *Гаврилов В.В.* К вопросу о видах и соотношении источников международного частного права // *Международное публичное и частное право*. 2001. № 1.

тера. Тем самым создаются предпосылки для единообразия правоприменительной практики, а следовательно, широкого развития экономических и иных связей между субъектами различных государств. Объективно существующие различия в регулировании частноправовых отношений в каждом государстве, выступающие как барьеры на пути развития международного коммерческого оборота, могут быть устранены именно с помощью межгосударственной унификации норм МЧП.

В науке МЧП справедливо отмечалось, что унификация – это процесс создания и санкционирования единообразных правил поведения, происходящий на межгосударственном и национальном уровнях в правовых рамках, установленных международными и национальными нормами права. Унификация имеет чрезвычайное значение. В ходе ее осуществления происходит согласование воли государств относительно конкретных моделей правового регулирования, в результате чего после введения унифицированных норм во внутригосударственную сферу в этих государствах применяются идентичные правовые нормы. Следовательно, устраняется сама возможность возникновения коллизий между правовыми актами этих государств, если речь идет об унификации материальных норм, или предотвращается возможность возникновения “коллизии коллизий”, “хромоющих отношений” и т.п., если речь идет об унификации коллизионных норм.

Унификация коллизионных и материальных норм МЧП осуществляется двумя методами, обусловленными нормативным составом таких норм. Поскольку МЧП включает в себя нормы международного договора и нормы внутреннего законодательства, унификация осуществляется в двух основных формах – международной и национальной. К первой форме относится международный договор, ко второй – модельный закон⁵. Процесс создания унифицированных норм МЧП невозможно себе представить без международных органов и организаций⁶, важнейшими из которых выступают Гагская конференция по международному частному праву (далее – Гагская конференция), Международный институт по унификации частного права (далее – УНИДРУА), Комиссия ООН по праву международной торгов-

ли (далее – ЮНСИТРАЛ) и Международная торговая палата (далее – МТП).

Созданная в 1893 г. при всесторонней поддержке Правительства Королевства Нидерланды, в настоящее время **Гагская конференция** включает в свой состав 69 государств разных континентов. Новый устав этой международной организации был принят в 1951 г. и вступил в силу в 1955 г. В целях облегчения связи между государствами – членами Гагской конференции и самой организацией правительство каждого государства-члена определяет национальный орган⁷. К 2009 г. в рамках этой организации были разработаны и приняты свыше 40 конвенций. Россия входит в число государств – членов Гагской конференции⁸ и участвует в следующих конвенциях: в Гагской конвенции 1961 г., отменяющей требование легализации иностранных официальных документов; в Гагской конвенции 1954 г. по вопросам гражданского процесса; в Гагской конвенции 1965 г. о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам; в Гагской конвенции 1970 г. о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам.

Не все Гагские конвенции вступили в силу, однако невозможно отрицать их значительное влияние на развитие внутригосударственного законодательства по МЧП и правоприменительную практику. Среди наиболее значимых конвенций хотелось бы выделить:

Гагскую конвенцию о праве, применимом к трастам, и об их признании 1985 г.;

Гагскую конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении межгосударственного усыновления 1993 г.;

Гагскую конвенцию о международной защите совершеннолетних 2000 г.;

Гагскую конвенцию о пророгационных соглашениях (о соглашениях о выборе подсудности) 2005 г.;

Гагскую конвенцию о праве, применимом к определенным правам в отношении ценных бумаг, находящихся у посредника, 2006 г.;

⁷ В России постановлением Правительства РФ “О назначении уполномоченного органа Российской Федерации по связям с Гагской конференцией по международному частному праву” от 10 июня 2003 г. в качестве такового определено Министерство иностранных дел РФ.

⁸ См.: Берестнев Ю. О восстановлении членства Российской Федерации в Гагской конференции по международному частному праву // Международное публичное и частное право. 2001. № 1. С. 56–58.

⁵ См.: Аверков В.М. Теоретические проблемы унификации // Моск. журнал международного права. 2000. № 3. С. 71, 76.

⁶ Относительно характеристики таких организаций см.: Швыдак Н. Международные организации, осуществляющие подготовку договоров в области международного частного права // Законодательство и экономика. 2000. № 10. С. 36–40.

Гаагскую конвенцию о международном возмещении расходов на содержание детей и других форм семейных алиментных обязательств 2007 г.;

Гаагский протокол о праве, применимом к алиментным обязательствам, 2007 г., заменивший аналогичную конвенцию 1973 г.

УНИДРУА был учрежден на основе соглашения между правительством Италии и Советом Лиги наций от 3 октября 1925 г. В 1940 г. Институт был отделен от Лиги наций и подвергся реорганизации на самостоятельной основе и с новым уставом, подписанным государствами-членами 15 марта 1940 г. В настоящее время среди участников УНИДРУА – 61 государство. Россия как правопреемница СССР сохранила свое членство в нем на основании постановления Правительства РФ “О продолжении участия РФ в Международном институте по унификации частного права” от 20 октября 1995 г.⁹ В рамках УНИДРУА были разработаны многие важнейшие конвенции в различных областях МЧП:

Вашингтонская конвенция УНИДРУА о едином образном законе о форме международного заещения 1973 г.

Женевская конвенция УНИДРУА о представительстве при международной купле-продаже товаров 1983 г.

Оттавская конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г.

Оттавская конвенция УНИДРУА о международном факторинге 1988 г.

Римская конвенция УНИДРУА о похищенных и незаконно вывезенных культурных ценностях 1995 г.

Кейптаунская конвенция УНИДРУА о международных имущественных правах на подвижное оборудование 2001 г. (включая Кейптаунский протокол по авиационному оборудованию 2001 г. к этой конвенции и Люксембургский протокол по железнодорожному подвижному составу 2007 г. к этой конвенции).

Наряду с международными договорами Институт разработаны и иные нормативные документы в области частного права. К их числу относятся:

Типовой закон о раскрытии информации в отношении франчайзинга 2002 г.

Принципы транснационального гражданского процесса 2004 г.

Принципы международных коммерческих контрактов 2004 г.

В настоящее время Институт работает над Типовым законом о лизинге.

Необходимость проведения универсальной кодификации некоторых отраслей МЧП, связанных с коммерческим оборотом, привела к созданию в рамках ООН органа, специально занимающегося этим вопросом. В 1966 г. по инициативе Венгрии была учреждена **ЮНСИТРАЛ** в качестве вспомогательного органа Генеральной ассамблеи ООН. К 2009 г. в ее состав входили представители 60 государств. Россия принимает активное участие в работе ЮНСИТРАЛ. На Комиссию были возложены функции подготовки проектов конвенций, содействия кодификации международных торговых обычаев и распространения информации в этой сфере. На основе проектов, разработанных Комиссией, были приняты следующие конвенции:

Венская конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.

Нью-Йоркская конвенция ООН об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. (приведенная в соответствие с Венской конвенцией в 1980 г. протоколом 1980 г.).

Гамбургская конвенция ООН о морской перевозке грузов 1978 г.

Нью-Йоркская конвенция ООН о международных переводных и международных простых векселях 1988 г.

Венская конвенция ООН об ответственности операторов транспортных терминалов в международной торговле 1991 г.

Нью-Йоркская конвенция ООН о независимых гарантиях и резервных аккредитивах 1995 г.

Нью-Йоркская конвенция ООН об уступке дебиторской задолженности в международной торговле 2001 г.

Нью-Йоркская конвенция ООН об использовании электронных сообщений в международных договорах 2005 г.

Наряду с разработкой текстов международных договоров ЮНСИТРАЛ участвует и в подготовке **типовых законов (model laws) и типовых законодательных положений (model legislative provisions)** по вопросам права международной торговли. К 2009 г. ЮНСИТРАЛ были разработаны девять таких документов:

Типовой закон о международном коммерческом арбитраже 1985 г. (действующий ныне в редакции 2006 г.).

⁹ См.: Собрание законодательства РФ. 1995. № 18. Ст. 1664.

Типовой закон о международных кредитных переводах 1992 г.

Типовой закон о закупках товаров и работ 1993 г.

Типовой закон о закупках товаров, работ и услуг 1994 г.

Типовой закон об электронной торговле 1996 г.

Типовой закон о трансграничной несостоятельности 1997 г.

Типовой закон об электронных цифровых подписях 2001 г.

Типовой закон о международной коммерческой согласительной процедуре 2002 г.

Типовые законодательные положения по проектам в области инфраструктуры, финансируемым из частных источников 2003 г.

Следует особо подчеркнуть роль важнейшей международной неправительственной организации – **Международной торговой палаты** – в области проведения неофициальной систематизации обычаев и обыкновений, действующих в МЧП. Основная цель МТП – организационное, техническое и правовое обеспечение мирового бизнеса. Палата, созданная в 1919 г. по инициативе Бельгии, Великобритании, Италии, США и Франции как международная экономическая организация частных предпринимателей, в настоящее время объединяет свыше 7 тыс. компаний, промышленных и торговых ассоциаций, федераций и торговых палат в 130 странах мира. Национальные комитеты и Советы МТП более чем в 70 странах координируют деятельность деловых кругов на национальном уровне. Основным звеном структурного механизма МТП выступают комиссии, формируемые по отраслевому признаку и включающие свыше 500 экспертов в различных областях мирового бизнеса, которые работают без выплаты вознаграждения на добровольной основе. В число 16 входят комиссии по банковским технологиям и практике, по коммерческому праву и практике, энергетике, финансовым услугам и страхованию, международной торговле и инвестиционной политике, телекоммуникациям и информационным технологиям, электронной коммерции, малому и среднему бизнесу, по маркетингу и рекламе, а также целый ряд других. МТП проводит большую работу по систематизации обычаев, действующих в международной коммерческой и финансовой практике. Результатом такой работы являются сборники унифицированных обычаев, правил и обыкнове-

ний, нашедшие широкое применение практически во всех странах мира. В их числе необходимо упомянуть:

Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (ИНКО-ТЕРМС) в ред. 2000 г.

Унифицированные обычаи и правила для документарных аккредитивов в ред. 2006 г.

Унифицированные правила по инкассо в ред. 1995 г.

Международную практику по резервным аккредитивам 1998 г.

Международный кодекс по прямым продажам 1999 г.

Международный кодекс по продвижению торговли 2002 г.

Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов в электронной торговле (E-TERMS) 2004 г.

Руководство по маркетингу и рекламе с использованием электронных средств массовой информации 2004 г.

Консолидированный кодекс рекламной и маркетинговой практики 2006 г.

Международные стандарты банковской практики для рассмотрения документов по операциям с документарными аккредитивами 2007 г.

Международный кодекс по рынку и социологическим исследованиям 2007 г.

Типовой контракт о слияниях и поглощениях: соглашение о приобретении акций 2008 г.

В настоящее время Палата работает над Типовым контрактом международного франчайзинга.

Внутригосударственное законодательство

Внутригосударственное законодательство как источник МЧП может быть представлено в двух формах: в форме единого кодифицирующего акта (чаще всего закона о МЧП) либо в форме комплекса правовых норм, рассредоточенных по различным отраслям законодательства. На территории России ранее в качестве внутригосударственного акта, содержащего нормы МЧП, действовали Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик от 31 мая 1991 г.¹⁰ (далее – Основы). Раздел VII Основ “Правоспособность

¹⁰ См.: Ведомости Съезда народных депутатов и Верховного Совета СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

иностранных граждан и юридических лиц. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров” утратил силу после принятия ч. III ГК РФ, содержащей разд. VI “Международное частное право” и вступившей в силу в полном объеме 1 марта 2002 г. на всей территории России. В большинстве государств нормы МЧП содержатся в различных отраслях внутреннего права и, следовательно, в различных нормативных актах.

Некоторые государства имеют единые кодифицирующие акты в области МЧП. В их число входят Австрия, Азербайджан, Бельгия, Болгария, Великобритания, Венгрия, Венесуэла, Грузия, Италия, Лихтенштейн, Македония, Нидерланды, Польша, Румыния, Словакия, Таиланд, Тунис, Турция, Украина, Черногория, Чехия, Швейцария, Эстония, Южная Корея. Следует отметить, что в современных условиях закономерностью в развитии кодификации норм МЧП выступают разработка и принятие кодексов международного частного права, что не может не заслуживать всяческого одобрения и приветствия. В число государств, принявших единый кодекс, входят Тунис (Кодекс международного частного права 1998 г.), Бельгия (Кодекс международного частного права 2004 г.), Болгария (Кодекс международного частного права 2005 г.) и Турция (Кодекс международного частного права 2007 г.).

Как справедливо отмечал А.Л. Маковский, в разд. VI ГК РФ получила формальное выражение та система норм коллизионного права, которая была создана еще в Основах 1961 г. Однако в нормах ГК проявились по крайней мере четыре новых принципиально важных аспекта регулирования отношений, подпадающих под действие гражданского законодательства.

Во-первых, в ст. 1186 ГК впервые в отечественном законодательстве были определены те условия, при наличии которых только и возможно применение в пределах российской юрисдикции права другого государства к отношениям, регулируемым гражданским законодательством (ст. 2 ГК). Таких условий два: осложнение соответствующего отношения иностранным элементом и необходимость применения к этому отношению иностранного права в силу одного из трех оснований – международного договора РФ, российского федерального закона либо признаваемого в России обычая. Из совокупности этих положений видно, что правила национального закона, допускающие (если это диспозитивные нормы) или предписывающие (если они императивные) применение иностранного права, представляют

собой самоограничение государством своего суверенитета в важнейшей сфере – в сфере правового регулирования.

Во-вторых, увеличение в ГК объема и углубление детализации правового регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, по сравнению с прежним законодательством ясно показали, что применение к этим отношениям иностранного права является для российского законодательства не случайностью, а проявлением определенной закономерности и, следовательно, основано на мотивах принципиального характера.

В-третьих, в ГК коллизионное регулирование отношений, осложненных иностранным элементом, стало значительно более либеральным по сравнению с предшествующим законодательством, возможности применения в рамках отечественного правопорядка иностранного права существенно расширились. Это проявилось в увеличении числа двусторонних и, что еще важнее, диспозитивных коллизионных норм (последнее означает предоставление большего поля действия принципу автономии воли), в ограничении действия оговорки о публичном порядке и правил о взаимности.

В-четвертых, в ГК предусмотрено значительно более гибкое, чем прежде, решение коллизионных вопросов, так как в основу многих из них положен принцип наиболее тесной связи отношения, осложненного иностранным элементом, с правом определенной страны¹¹.

Несмотря на безусловно позитивную оценку значения разд. VI ч. III ГК РФ для развития российского МЧП, следует отметить настоятельную потребность в дальнейшей кодификации норм МЧП на принципиально ином уровне, а именно: на уровне самостоятельного федерального закона или, что было бы еще лучше, на уровне кодекса международного частного права России. Разбросанность коллизионных норм по различным нормативным актам, их неодинаковое содержание и толкование, наличие существенных пробелов в коллизионном регулировании побуждают к принятию единого кодифицирующего акта в области МЧП. Так, В.П. Звеков правильно подчеркивает, что принятие федерального закона о международном частном праве и международном гражданском процессе позволит, во-первых, наиболее полно и последовательно определить и разграничить

¹¹ См.: *Маковский А.Л.* Кодификация гражданского права и развитие отечественного международного частного права // В кн.: *Кодификация российского частного права* / Под ред. Д.А. Медведева. М., 2008. С. 65–66.

общие и специальные институты в этой сфере и, во-вторых, достичь целей, которые в суммированном виде могут быть обозначены как восполнение пробелов, устранение дублирования, исключение противоречий. Но, пожалуй, самым важным результатом принятия такого закона станет определение на его основе общих институтов и понятий МЧП. Не будучи в этом случае ограниченными в применении рамками отраслевого закона, даже столь важного как ГК, они смогут воздействовать на любые частноправовые отношения, возникающие в условиях международной жизни¹².

Говоря о необходимости принятия самостоятельного нормативного акта в области МЧП, Н.Г. Доронина и Н.Г. Семилютина отмечают, что, несмотря на принятие разд. VI ч. III ГК РФ «Международное частное право», отвечающего в целом современным требованиям кодификации правового регулирования гражданско-правовых отношений, которые возникают в сфере международного общения, недостатки достигнутого уровня кодификации требуют продвижения вперед в указанном направлении. Недостатки правового регулирования в сфере МЧП в настоящее время вызваны в значительной степени разбросанностью его норм по разным отраслям системы российского права, т.е. скорее общими для всех отраслей права недостатками систематизации национально-правовой системы, чем недостатками проведенной в 2001 г. кодификации МЧП. Так, не отвечают требованиям современной кодификации МЧП нормы, содержащиеся в области трудового права. Имеются пробелы в регулировании трудовых и семейных отношений, осложненных иностранным элементом.

При разработке закона о международном частном праве могут быть разрешены противоречия, возникшие при принятии ГПК и АПК РФ. Серьезным аргументом в пользу разработки специального закона является то обстоятельство, что большую часть международных частных отношений составляют международные экономические отношения, в регулировании которых все возрастающее значение придается общим нормам МЧП. Преобладающая роль общей части в разд. VI ГК РФ может быть реализована в полной мере при принятии закона о международном частном праве как специального законодательного акта, имеющего в своей структуре как общую

часть, выражающую общие принципы регулирования отношений с иностранным элементом, так и специальную часть, содержащую отдельные коллизионные нормы. Такой подход позволит в наибольшей степени обеспечить адекватное регулирование в условиях глобализации международных экономических отношений, защитить интересы государства в инвестиционных спорах¹³.

Подводя итог вышеизложенному, следует сформулировать некоторые теоретические обобщения. **Кодификация законодательства с точки зрения теории права представляет собой одну из разновидностей его систематизации наряду с инкорпорацией и консолидацией.** Систематизация законодательства направлена на упорядочение комплекса нормативно-правовых актов в целях обеспечения их наиболее эффективного использования. Как справедливо отмечалось в научной литературе, кодификация представляет собой наиболее сложную и совершенную форму систематизации, направленную на коренную переработку действующего законодательства. Кодификация норм МЧП с этой точки зрения возможна тремя путями:

- в различных разделах общего материально-правового акта;
- в отдельных разделах отраслевых законодательных актов;
- в едином специализированном законе.

В этом контексте консолидация, имеющая целью устранение множественности нормативно-правовых актов, их унификацию и создание в структуре законодательства крупных однородных блоков, представляет собой важнейшее звено или смычку между правотворчеством и кодификацией¹⁴. Совершенно очевидно, что Россия выбрала второй путь кодификации норм МЧП, предполагая их сосредоточение в отдельных разделах отраслевых законодательных актов (разд. VI ГК РФ; разд. VII СК РФ; разд. V АПК РФ; разд. V ГПК РФ; гл. XXVI КТМ РФ). Тем не менее, на наш взгляд, сложились все предпосылки для перехода к третьему пути кодификации норм МЧП и принятию специального закона о международном частном праве либо отдельного кодекса международного частного права России.

¹² См.: Звеков В.П. Концепция развития российского законодательства, регулирующего отношения в сфере международного частного права // В кн.: Хабриева Т.Х., Тихомиров Ю.А., Орловский Ю.П. (ред.) Концепции развития российского законодательства. М., 2004. С. 306.

¹³ См.: Доронина Н.Г., Семилютина Н.Г. Проблемы совершенствования международного частного права // Журнал зарубежного законодательства и сравнительного правоведения. 2008. № 2. С. 82.

¹⁴ См.: Казаков А.А. Проблемы систематизации российского законодательства о международном частном праве // Моск. журнал международного права. 1999. № 2. С. 84.

Раздел VI ч. III ГК РФ, имеющий ключевой характер в качестве источника МЧП России, содержит значительно больше норм МЧП по сравнению с разд. VII Основ. Если последний объединял 15 статей (ст. 156–170), то в новом акте их уже 39 (ст. 1186–1224). Кроме этого, разд. VI ГК РФ имеет четкую внутреннюю структуру, сформированную путем обособления трех групп норм МЧП: общих положений (ст. 1186–1194); норм о праве, подлежащем применению при определении правового положения лиц (ст. 1195–1204); норм о праве, подлежащем применению к имущественным и личным неимущественным отношениям (ст. 1205–1224). **В разд. VI ГК РФ включены нормы, отсутствовавшие в Основах и не получившие ранее законодательного закрепления.** К их числу можно отнести нормы о квалификации юридических понятий при определении применимого права (ст. 1187); о применении права страны с множественностью правовых систем (ст. 1188); о взаимности (ст. 1189); об обратной отсылке (ст. 1190); о допустимости возложения судом на стороны бремени доказывания содержания норм иностранного права по требованиям из предпринимательской деятельности (п. 2 ст. 1191) и целый ряд других.

Наконец, **наряду с этими нововведениями разд. VI ГК РФ содержит правила, принципиально новые для отечественного законодательства,** которые, став действующими нормами, определяют тенденции развития российского МЧП на долгие годы и будут влиять на структуру и функционирование МЧП в других странах (несомненно, в странах – членах СНГ). Среди “содержательных” новелл прежде всего надо обратить внимание на правила:

о том, что в случаях, когда подлежащее применению право определить невозможно, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано (п. 2 ст. 1186);

об обязательном применении определенной группы императивных норм российского законодательства независимо от указания коллизионной нормы на подлежащее применению право (ст. 1192);

о личном законе физического лица (ст. 1195) и о правоспособности физического лица (ст. 1196);

об определении личного закона иностранной организации, не являющейся юридическим лицом (ст. 1203);

о применении правил разд. VI ГК РФ к гражданско-правовым отношениям с участием государства (ст. 1204);

о нормах, развивающих применение принципа автономии воли сторон договора, в том числе договора с участием потребителя (ст. 1210);

об определении права, подлежащего применению к ответственности за вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги (ст. 1221)¹⁵.

Наряду с упомянутыми выше принципиальными содержательными новеллами определенной новизной отличаются и предписания разд. VI ГК РФ в отношении договоров с участием потребителей (ст. 1211); договоров, касающихся недвижимого имущества (ст. 1212); уступки требования по соглашению сторон (ст. 1216); обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции (ст. 1222), и др. В целом можно согласиться с мнением И.С. Зыкина: “Раздел VI ГК РФ служит этапной вехой в развитии российского МЧП, так как законодателю удалось найти баланс между гибкостью и определенностью регулирования не в ущерб его адекватности”¹⁶.

Международные договоры

Международные договоры как источник МЧП приобретают в современную эпоху все большее значение. Это связано в первую очередь с тем, что они являются надежным и перспективным инструментом международной унификации как коллизионно-правовых, так и материально-правовых норм МЧП¹⁷. Удельный вес международных договоров в общем спектре всех источников МЧП неуклонно возрастает, что обусловлено закономерностями развития международных экономических, научно-технических и культурных связей. Несмотря на кажущуюся ясность вопроса отнесения международного договора к числу источников МЧП сама его постановка приводит к жарким дискуссиям среди ученых по поводу его места в системе источников МЧП и юридической природы норм, в нем содержащихся. Одни

¹⁵ См.: Звеков В., Марышева Н. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 4. С. 6. В этой работе, продолжение которой опубликовано в двух последующих номерах журнала, содержится детальный анализ всех норм разд. VI ГК РФ как во внутриотраслевом, так и в межотраслевом контексте.

¹⁶ Зыкин И.С. Развитие международного частного права в свете принятия третьей части Гражданского кодекса РФ // Гос. и право. 2002. № 12. С. 59. В данной статье предложен полномасштабный сравнительный анализ норм разд. VII Основ и разд. VI ГК РФ (С. 55–61).

¹⁷ См. об этом более подробно: Асосков А.В. Международный договор как источник международного частного права: продолжение дискуссии // Международное публичное и частное право. 2001. № 2.

авторы (Л.А. Лунц, И.С. Перетерский, М.М. Богуславский) указывают на применение норм международных договоров для регулирования внутригосударственных отношений только после их “трансформации” в нормы внутреннего права, другие (С.Б. Крылов, Л.Н. Галенская, А.И. Минаков) допускают возможность непосредственного применения международных договорно-правовых норм при регулировании отношений между субъектами внутригосударственного права. Сущность теории трансформации сводится к преобразованию международно-правовых норм в нормы внутригосударственного права.

Необходимость трансформации, по мнению приверженцев ее осуществления, обусловлена тем, что международный договор не может иметь непосредственного действия на территории государства в силу распространения его суверенитета на такую в полном объеме, что означает фактическую невозможность реализации воли иного государства или иных государств, пусть даже и согласованной, в пределах его территории. Е.Т. Усенко выделял два способа трансформации международно-правовых норм в нормы внутригосударственные: **генеральную трансформацию**, заключающуюся в установлении государством в своем внутреннем праве общей нормы, придающей международно-правовым нормам силу внутригосударственного действия, и **специальную трансформацию**, заключающуюся в придании государством конкретным нормам международного права силы внутригосударственного действия путем их воспроизведения в законе текстуально либо в виде положений, адаптированных к национальному праву, или путем законодательного выражения согласия на их применение иным способом¹⁸.

Близкая по смыслу, но весьма специфичная по форме точка зрения была высказана Г.М. Вельяминовым. Он рассматривает **трансформацию** как категорию более узкую по отношению к категории **рецепции**, оперируя которой можно определить место международного договора в системе источников МЧП. По мнению Г.М. Вельяминова, договорная международно-правовая норма (например, из той или иной конвенции МЧП, но в принципе из любого международного договора) применяется, только будучи реципированной (а именно: трансформированной) в национальном правовом порядке. Норма эта становится также и

внутригосударственной, а по своему предмету – нормой конкретной отрасли национального права, например гражданского. Однако при этом сохраняется и действенность как таковой международно-правовой нормы, идентичной по формулировке (но не по правовому значению) норме реципированной. Если, будучи реципированной в национальный правовой порядок, норма регулирует отношения национальных субъектов права, то международно-правовая норма как таковая продолжает регулировать межгосударственные отношения, а именно: обязательства государств друг перед другом¹⁹.

По мнению Г.М. Вельяминова, строго теоретически сущность международно-правовых норм, прямо рассчитанных на урегулирование (в том числе методом унификации) международных частноправовых отношений, дуалистична. С одной стороны, они сохраняют все изначальные свойства норм международного права, и к ним применимы все общие принципы этого права, с другой – будучи реципированы в национальные правовые порядки, они действуют в качестве национальных норм, но норм “автономных”, “связанных”, иммунных от произвольных изменений национальными властями. Именно дуалистический характер международно-правовых норм, понимаемых в качестве норм МЧП, определяет и их особую роль в этом праве.

С таким пониманием норм международного договора как источника МЧП не согласна Л.П. Ануфриева. По ее мнению, правило поведения, сформулированное в международном договоре и предназначенное для субъектов внутригосударственного права, не является правовой нормой. Это так называемая “преднорма”, или, другими словами, “разросшаяся часть диспозиции международной нормы-обязательства”, которая станет таковой только в результате придания ей со стороны государства юридической силы, необходимой для действия во внутригосударственном праве. Таким образом, никакой трансформации нормы в норму не происходит, а происходит санкционирование государством “преднормы”, содержащейся в международном договоре, в результате чего она становится нормой внутригосударственного права²⁰.

¹⁸ См.: Усенко Е.Т. Соотношение и взаимодействие национального и международного права и российская Конституция // Московский журнал международного права. 1995. № 2. С. 39.

¹⁹ См.: Вельяминов Г.М. Международные договоры в “международном частном праве” и его понятие // Гос. и право. 2002. № 8. С. 79.

²⁰ См.: Ануфриева Л.П. Об источниках международного частного права // Моск. журнал международного права. 1994. № 4. С. 64.

Теория трансформации была подвергнута серьезной критике со стороны ряда юристов-международников, полагавших, что нормы МЧП входят в состав международного права в широком смысле слова, и рассматривавших международное договорное право как основную составную часть МЧП. Как писал С.Б. Крылов, «лишь изучение международных договоров дает содержание подлинного международного частного права»²¹. По мнению А.И. Минакова, неверно считать, что согласованная воля не может быть направлена на регулирование внутригосударственных отношений. Как известно, всякая норма, чтобы быть таковой, должна обладать государственно-властным характером, т.е. исходить от государства или государств. С этой точки зрения как нормы внутригосударственные, так и нормы международных договоров выражают государственную волю: в одном случае это воля одного государства, в другом – согласованная воля ряда стран. Норма международного договора сама по себе не является нормой внутригосударственного права, однако это не означает, что она не может регулировать внутригосударственных отношений. Точно так же норма иностранного права, не являясь частью отечественного права и выражая волю иностранного суверена, в определенных случаях, предусмотренных отечественным законодательством, регулирует такие отношения. Вышеизложенные рассуждения позволили автору сделать вывод о непосредственном регулировании международно-правовыми нормами внутригосударственных отношений²².

Р.А. Мюллерсон также критикует теорию трансформации, но в отличие от А.И. Минакова выступает против тезиса о непосредственном регулировании международно-правовыми нормами внутригосударственных отношений. Он полагает, что эти нормы реализуются только при помощи национальных отсылочных норм, и предлагает два варианта такой реализации: **отсылку и инкорпорацию**. Отсылка, по мнению автора, во всех случаях не трансформирует нормы одной правовой системы в нормы другой системы, а санкционирует применение норм отсылаемой системы (отрасли) в сфере действия отсылающей системы (отрасли). Отсылка не преобразует природы той нормы, к которой она отсылает. Что касается инкорпорации, то и в этом случае

нельзя говорить о трансформации норм международного права в нормы национального права. Здесь на основе и во исполнение норм международного права издаются нормы национального права. Договоры, устанавливающие лишь рамки, в пределах которых сами государства уточняют и конкретизируют свои обязательства, сторонами которых являются субъекты национального права, не могут применяться внутри страны в результате отсылки к ним. Единственным способом их осуществления на территории государства является инкорпорация²³.

Близкая к вышеизложенной точка зрения была высказана Е.В. Корчиго и Д.Б. Катковым, которые полагают, что содержание международного договора по вопросам МЧП составляет обязательство государств-участников обеспечить регулирование соответствующих отношений таким образом, как это предусмотрено в международном договоре. Ратифицируя международный договор, государство принимает на себя данное обязательство, исполнение которого осуществляется им только одним из двух способов правотворчества: путем издания внутреннего закона, содержание которого должно соответствовать международному договору (**инкорпорация**), либо путем создания норм, придающих правилам поведения, сформулированным в международном договоре, юридическую силу (**отсылка**). **Отсылка**, в свою очередь, **может быть общей**, как, например, содержащаяся в п. 4 ст. 15 Конституции РФ норма о том, что если международным договором РФ установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора (по терминологии Г.М. Вельяминова – генеральная рецепция), **и специальной**, отсылающей к конкретному международному соглашению.

По мнению авторов, под источником права следует понимать два взаимосвязанных, но полностью не совпадающих аспекта одного и того же явления. Во-первых, источник права представляет собой внешнюю форму, форму выражения правовых норм; во-вторых, под источником права понимается форма придания правилам поведения юридически обязательного характера. Как правило, эти две стороны одного понятия совпадают (например, законы, подзаконные акты), однако иначе обстоит дело с международными договорами по вопросам МЧП, которые применяются в результате отсылки. В этом случае в качестве

²¹ Крылов С.Б. Международное частное право. М., 1930. С. 21.

²² См.: Минаков А.И. Международный договор как источник международного частного права (Вопросы теории) // Советский ежегодник международного права – 1986. М., 1987. С. 235–238.

²³ См.: Мюллерсон Р.А. Национально-правовая имплементация международных договоров // Советский ежегодник международного права – 1978. М., 1980. С. 130–131.

источника в смысле фактического, официального “хранилища” норм будет выступать международный договор, а источником их юридической обязательности для конкретных отношений – отсылка. Таким образом, унифицированные материальные нормы являются международными по своему происхождению, но не международно-правовыми по своей принадлежности. В международном договоре они никогда не были международно-правовыми нормами, а только “преднормами” в составе диспозиции международно-правовой нормы – обязательства государства урегулировать определенные отношения определенным в договоре образом²⁴.

Еще более определенно по данному вопросу высказывается В.Г. Храбсков. Согласно его точке зрения, когда речь идет о создании материально-правовых норм, ни одна из сторон не идет на закрепление договорным путем социально-экономического и политического содержания национальных правовых институтов в качестве единого и обязательного для сторон. В результате данный процесс может привести лишь к заимствованию в целях достижения успешных договоренностей самых общих цивилистических форм, приемов, конструкций, терминов и т.п., существующих в правовой системе, которые воспринимаются договаривающимися государствами как общие и обязательные для них средства регулирования соответствующих отношений. По своей сущности эти совершенно новые нормы, созданные договаривающимися сторонами, имеют общецивилистическую форму, позволяющую им взаимодействовать по этим вопросам и обеспечивающую необходимый баланс разнонациональных правовых систем.

Каким бы способом ни осуществлялось их санкционирование государством и доведение до национальных субъектов, они могут в результате получить лишь национальную оболочку, однако их юридическая сущность как норм международного права от этого не меняется. Их толкование, восполнение пробелов не могут происходить на основе норм национального права. Сама их цивилистическая терминология, созданная на основе указанного выше процесса заимствования, отлична от национальных норм. Их международно-правовая сущность, выраженная в правовых предписаниях, является той основой, на которой осуществляется регулирование прав и обязанностей сторон в соответствующих отно-

шениях. Таким образом, подлинным источником здесь выступает международно согласованная норма, а не ее национальная оболочка, которой может вообще не быть, если по праву данной страны для вступления в силу договорных норм достаточно простого акта ратификации. Поэтому суждения, что все источники в международном частном праве национальны, не соответствуют действительности. Иными словами, даже будучи включенными как часть в правовую систему страны, данные нормы продолжают оставаться в системе международного права. Можно сказать, что такое включение свидетельствует о стремлении показать национальному правоприменителю, что в этой области отношений существуют определенные международные юридические приоритеты, “стандарты” регулирования, в соответствии с которыми ему надлежит действовать²⁵.

Проанализировав вышеизложенные точки зрения, можно сказать следующее. На наш взгляд, вряд ли представляется возможным говорить о трансформации норм международного договора в нормы внутригосударственного права. Договорная норма остается таковой и в случае прямой отсылки внутреннего права, и в случае ее прямой инкорпорации в национальную правовую систему. С этой точки зрения вряд ли целесообразно расценивать норму международного договора как некую “преднорму”, подлежащую трансформации в действующую норму национально-го МЧП каждого отдельно взятого государства. Формулируя текст международного договора как источника МЧП, государства согласовывают свои воли относительно содержания входящих в его структуру норм, которая никоим образом не может быть изменена при дальнейшем их применении.

Ратифицируя международный договор как источник МЧП (или присоединяясь к нему), государства выражают свою волю на признание содержащихся в нем норм в качестве юридически обязательных, ибо соглашаются применять их к соответствующим международным частным отношениям. Таким образом, после вступления международного договора в силу его государства-участники несут юридическую обязанность применять в надлежащих случаях его нормы. Инкорпорация договорных норм во внутригосударственную правовую систему или их непосредственное применение в силу отсылки национального права по сути представляют собой пути реализации юридической обязанности госу-

²⁴ См.: Корчиго Е.В., Катков Д.Б. Некоторые вопросы российской доктрины международного частного права (МЧП) // Гос. и право. 2001. № 10. С. 79–80.

²⁵ См.: Храбсков В.Г. Международное частное право в правовой системе // Гос. и право. 2006. № 2. С. 48.

дарств – участников международного договора по применению содержащихся в нем норм.

Подтверждение этому можно найти в постановлении Пленума Верховного Суда РФ “О некоторых вопросах применения судами Конституции РФ при осуществлении правосудия” от 31 октября 1995 г.²⁶, где говорится, что положения официально опубликованных договоров РФ, не требующие издания внутригосударственных актов для применения, действуют в РФ непосредственно. В иных случаях наряду с международным договором РФ следует применять и соответствующий внутригосударственный правовой акт, принятый для осуществления положений указанного международного договора. Из данной позиции Верховного Суда РФ прямо напрашивается вывод о том, что договорная норма совершенно самостоятельна по отношению к норме внутригосударственной, и речь может идти о применении сразу двух норм – и договорной, и национальной, причем если содержание договорной нормы отличается от содержания национальной нормы, то надлежит применять договорную норму (п. 4 ст. 15 Конституции РФ). Более того, отличие договорной нормы от норм внутреннего права Верховный Суд РФ расценил как квалифицирующий признак непосредственного применения договорной нормы в правовой системе России.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ “О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров РФ” от 10 октября 2003 г.²⁷ речь идет о том, что международные договоры, которые имеют прямое и непосредственное действие в правовой системе РФ, применимы судами при рассмотрении гражданских дел, если международным договором РФ установлены иные правила, чем законом РФ, который регулирует отношения, ставшие предметом судебного рассмотрения (абз. 1 ч. 1 п. 5). Правила действующего международного договора РФ, согласие на обязательность которого было принято в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении законов РФ. Правила действующего международного договора РФ, согласие на обязательность которого было принято не в форме федерального закона, имеют приоритет в применении в отношении подзаконных нормативных актов, изданных органом государственной власти, заключившим данный договор (п. 8). Будучи включенными в состав национальной правовой системы в силу прямого

указания внутреннего законодательства (в частности, п. 4 ст. 15 Конституции РФ), договорные нормы не приобретают внутригосударственного характера и в силу этого не могут быть изменены односторонним волеизъявлением государства, их реципировавшего, оставаясь неуязвимыми для модификации по воле законодателя.

Таким образом, договорные нормы продолжают жить в составе национальной правовой системы, сохраняя свою международно-правовую природу и содержательную структуру. Источником этих норм выступает именно международный договор и согласованные воли его государств-участников, а никак не волеизъявление одного государства, которое соглашается их применять на своей территории. В этом контексте и отсылка к международному договору, и инкорпорация его норм во внутреннее право есть форма реализации международно-правового обязательства государства – участника такого договора по имплементации его норм. Принимая обязательство применять нормы международного договора к соответствующим международным частноправовым отношениям, государство допускает тем самым функционирование в пределах его суверенной территории не только его воли, воплощенной во внутреннем праве, но и воли (пусть и согласованной) других суверенных государств. По юридическим последствиям возможность применения международных договорных норм аналогична возможности применения на территории данного государства норм иностранного права, воплощающего волеизъявление чуждой публичной власти. Обе ситуации возможны в силу прямого указания национального права, выраженного либо в форме правила о включении норм международного договора в систему внутреннего права, либо в форме наличия коллизионных норм в составе национального законодательства.

Международные обычаи

Международные обычаи как источник МЧП занимают особое место в иерархии источников. Совершенно очевидно, что по удельному весу и значимости обычаи уступают место внутригосударственному законодательству и международным договорам, однако в целом ряде случаев именно они незаменимы в качестве правового регулятора. Особенно велико значение международных обычаев при проведении международных расчетных операций, при осуществлении международных коммерческих сделок, при выполнении международных морских перевозок. Как отмечалось выше, сложившиеся в практической

²⁶ См.: Бюллетень Верховного Суда РФ. 1996. № 1.

²⁷ Бюллетень Верховного Суда РФ. 2003. № 12.

деятельности обычаи и обыкновения делового оборота подвергаются неофициальной систематизации в рамках Международной торговой палаты, результатом которой выступают сборники унифицированных правил и обычаев. Следует отметить, что юридическую силу имеет не сам сборник как публикация МТП под определенным номером, а нормы, в нем содержащиеся. К числу таких неофициальных кодификаций относятся, например, Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС) в ред. 2000 г. Интересно отметить тот факт, что Постановлением Правления ТПП РФ от 28 июня 2001 г. ИНКОТЕРМС-2000 признаны на территории России торговым обычаем²⁸.

К иным источникам МЧП можно отнести прецедентное право, складывающееся в судебно-арбитражной практике, и нормативно-правовые акты международных организаций. Прецедентное право выступает в качестве источника МЧП главным образом в странах англосаксонской правовой системы и в силу этого не имеет такого общепризнанного значения, как международные договоры, хотя справедливости ради следует отметить, что и в странах романо-германской системы права, традиционно ориентированных на внутригосударственное законодательство в широком смысле слова, наблюдаются пристальное внимание к прецедентному праву и попытки сориентироваться в нормотворческой деятельности на достижения, примеры и выводы судебно-арбитражной практики.

В качестве нормативно-правовых актов международных организаций как источников МЧП можно привести регламенты и директивы Европейского Союза по вопросам международного частного права, например Регламент Совета ЕС “О юрисдикции, признании и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам” от 22 декабря 2000 г.; Директива ЕС “Об улучшении доступа к правосудию по трансграничным спорам путем установления минимальных общих правил, относящихся к юридической помощи по таким спорам” от 27 января 2003 г.; Регламент ЕС “О праве, применимом к внедоговорным обязательствам” от 11 июня 2007 г.; Регламент ЕС

№ 593/2008 “О праве, применимом к договорным обязательствам” от 17 июля 2008 г. Совершенно очевидно, что такие нормативно-правовые акты будут применяться только на территории государств – участников той международной организации, в рамках которой они приняты.

В заключение хотелось бы привести точку зрения Л.П. Ануфриевой о том, что по существу различия в источниках МЧП обусловлены своеобразием генезиса правовых норм. Однако коренное различие состоит в механизме создания и формирования модели поведения на этапе ее существования еще в качестве “преднормы”. Как результат – не одинаковы в каждом конкретном случае те процессы, в ходе которых складывается то или иное правило поведения в правовую норму: повторяющееся, молчаливое признание со стороны государства правила поведения как юридически обязательного (обычай) – в одном случае, согласование в определенных отношениях своей воли с волей других государств (международный договор) – в другом или независимое суверенное волеизъявление государства (издание закона, нормативного акта и т.д.) – в третьем. На завершающей же стадии все правовые нормы, действующие в пределах национальной юрисдикции данного государства, должны быть как бы “пропущены” через государственную волю, т.е. установлены или санкционированы им²⁹.

Современными тенденциями в развитии источников МЧП, как представляется, выступают кодификационные усилия государств по формированию национальных норм МЧП путем разработки и принятия единых кодифицирующих актов (законов или кодексов МЧП); возрастающая роль международных договоров как инструментов формирования унифицированных материальных и коллизионных норм МЧП, реализуемая различными международными органами специальной компетенции; формирование региональных подсистем МЧП с помощью таких инструментов, как нормативно-правовые акты, принимаемые органами международных организаций в рамках своей компетенции. Роль международных обычаев не видоизменяется в современных условиях, а напротив, соответствует исторически сложившемуся месту обычая как инструменту регулирования отдельных институтов МЧП.

²⁸ См.: Вилкова Н. Гражданский кодекс РФ и практика Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате РФ // Хозяйство и право. 2003. № 3. С. 78.

²⁹ См.: Ануфриева Л.П. Международное частное право. Учебник. В 3-х т. Т. 1. М., 2000. С. 125.