

Е.В. Прокопьев

серия образование

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

ОБЩАЯ ЧАСТЬ

Курс лекций

ЮСТИЦ  ИНФОРМ

Евгений Вячеславович Прокопьев
Международное частное право.
Общая часть: курс лекций

Текст предоставлен правообладателем

http://www.litres.ru/pages/biblio_book/?art=3524325

Международное частное право. Общая часть (курс лекций).: Юстицинформ; Москва; 2008

ISBN 978-5-7205-0879-1

Аннотация

Издание представляет собой курс лекций по общей части учебного курса «Международное частное право» (МЧП), подготовленный автором на основе преподавания в различных вузах Москвы и Екатеринбурга в 1997–2007 гг.

В работе рассмотрены основные вопросы общей части учебного курса, проанализировано их закрепление в нормативных правовых актах более 60 стран мира, дана общая характеристика современных тенденций в области МЧП. При подготовке текста издания учтены изменения в законодательстве на апрель 2007 г.

Работа предназначена для преподавателей, аспирантов, студентов юридических вузов и факультетов, а также для всех, интересующихся проблемами общей части международного частного права.

Содержание

Лекция I. Понятие, предмет и система международного частного права	4
§ 1. Предмет международного частного права	4
§ 2. Метод и способы правового регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом	8
§ 3. Понятие и система международного частного права	16
Лекция II. Источники международного частного права	19
§ 1. Общие положения	19
§ 2. Национальное право как основной источник международного частного права	24
§ 3. Международный договор как источник международного частного права	31
§ 4. Обычай как источник международного частного права	35
§ 5. Судебная и арбитражная практика как источник международного частного права	39
Лекция III. Субъекты международного частного права	43
§ 1. Государство – особый субъект международного частного права. Иммунитет государства и коллизионное право	43
Конец ознакомительного фрагмента.	52

Евгений Вячеславович Прокопьев

Международное частное право.

Общая часть: курс лекций

Лекция I. Понятие, предмет и система международного частного права

§ 1. Предмет международного частного права

Прежде чем сформулировать понятие международного частного права (далее – МЧП), необходимо выяснить круг тех вопросов, которые регулирует данная отрасль права, т. е. определить предмет МЧП.

В науке нет единого мнения по вопросу о предмете МЧП. Отсутствие такого согласия порождает бесконечные споры о природе МЧП, методе регулирования, источниках и системе, что, возможно, объясняется тем, что МЧП в качестве достаточно обособленной правовой системы сформировалось только в XIX в., хотя имеет давнюю и весьма богатую историю своего развития.

Прежде всего постараемся сформулировать те положения относительно предмета МЧП, которые признаются большинством ученых и нашли свое подтверждение в практике.

Исходной посылкой при выделении отношений, регулируемых МЧП, из всего комплекса правовых отношений является то, что они относятся к сфере международной. В данной сфере в основном действуют нормы международного права, регулирующие отношения между его субъектами. К ним относятся государства, нации или народы, борющиеся за свою независимость, международные межправительственные организации и государствовподобные образования, т. е. самостоятельные политико-территориальные образования, которые благодаря своим возможностям и юридическим свойствам способны обладать правами и обязанностями по международному праву, участвовать в создании согласованных международно-правовых норм, независимо осуществлять права и обязанности, установленные этими нормами¹.

Вместе с тем на мировой арене, а если быть точным, в сфере международных отношений действуют такие субъекты, которые находятся под верховенством государства, подчиняются действию его законов как в пределах территории соответствующего государства, так и при определенных условиях за ее пределами.

Речь идет о физических и юридических лицах, отношения между которыми объективно не могут быть урегулированы нормами международного права. Число подобного рода отношений возрастает в настоящее время в геометрической прогрессии, что связано в первую очередь с интернационализацией международной жизни, развитием личностных контактов, расширением коммерческого, культурного, интеллектуального взаимодействия.

Итак, первый критерий отнесения тех или иных правоотношений в предмету МЧП – их международный характер при условии, что участники их – физические и юридические лица различной государственной принадлежности.

¹ Подробнее о правовом статусе субъектов международного права см., напр.: Международное право: Учеб. для вузов / Отв. ред. проф. Г.В. Игнатенко и проф. О.И. Тиунов. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 44–51.

Второй критерий, позволяющий включить правоотношения в сферу МЧП, вытекает из характера (содержания) этих правоотношений.

По достаточно устоявшемуся взгляду в сферу МЧП в первую очередь входят отношения:

собственности иностранных физических и юридических лиц; вытекающие из различного рода внешнеэкономических сделок; по использованию интеллектуального труда иностранных физических и юридических лиц;

возникающие вследствие причинения вреда иностранным физическим и юридическим лицам;

наследственные отношения по поводу имущества, находящегося за рубежом, а также иные отношения подобного рода.

Иными словами, это имущественные и тесно связанные с ними личные неимущественные отношения, т. е. это гражданско-правовые отношения, которые, образно говоря, пересекают государственные границы.

Таким образом, можно выделить два признака, на основе наличия которых те или иные правоотношения подпадают в сферу действия МЧП, т. е. становятся его предметом:

- 1) международные отношения;
- 2) гражданско-правовые отношения.

При этом необходимо уточнить: только одновременное наличие указанных выше признаков позволяет отнести соответствие правоотношения к предмету МЧП.

Среди отраслей российского права существуют две – семейное право и трудовое право, предметом которых являются правоотношения, близко примыкающие к гражданско-правовым. Действительно, предметом, например, семейного права являются личные неимущественные и тесно связанные с ними имущественные отношения между супругами, родителями и детьми, усыновителями и усыновленными, попечителями (опекунами) и детьми, находящимися под попечительством (опекой). Предметом трудового права служат отношения между работодателем и работником, в основе которых лежат имущественные, или, точнее, товарно-денежные отношения. Более того, основной правовой институт в данных отраслях права – договор, являющийся и центральным институтом гражданского права². Дополнительным аргументом в пользу отнесения семейно-брачных и трудовых отношений к гражданскому праву является тот факт, что во многих странах эти отношения регулируются нормами гражданских кодексов или соответствующих правовых актов с учетом, разумеется, отличий данных правоотношений от «чисто» гражданско-правовых³.

Исходя из этого семейно-брачные и трудовые отношения в той мере, в какой они имеют гражданско-правовую природу и при этом выходят за пределы одного государства, составляют предмет МЧП⁴.

С учетом вышеизложенного предметом МЧП являются международные гражданские, семейно-брачные и трудовые правоотношения.

Данное определение, однако, оставляет открытым вопрос о том, благодаря чему соответствующее гражданско-правовое, семейно-брачное или трудовое отношение становится

² В семейном праве основным институтом является институт брака, под которым, например, в российском праве понимается «юридически оформленный добровольный союз мужчины и женщины, направленный на создание семьи и порождающий для них взаимные личные и имущественные права и обязанности».

³ См., напр.: Германское Гражданское уложение. Кн. 2. Гл. 6 «Трудовой договор». § 611–630, Кн. 4 «Семейное право». § 1297–1895; Гражданский Кодекс Квебека. Кн. 2 «О семье». Ст. 365–612, Кн. 5. Гл. 7 «О трудовом договоре». Ст. 2085–2097.

⁴ При этом необходимо иметь в виду, что к предмету МЧП не относятся те семейно-брачные и трудовые отношения, которые носят публично-правовой, а не частноправовой характер, например вопросы, связанные с актами гражданского состояния, продолжительностью рабочего времени, минимальным размером оплаты труда, трудовой дисциплиной, особенностью труда отдельных категорий населения (детей, женщин, инвалидов) и т. д.

международным, почему оно должно регулироваться не нормами гражданского, семейного или трудового права конкретной страны, а подпадает под действие МЧП?

Большинство как отечественных, так и зарубежных авторов ответ на этот вопрос находят используя конституцию иностранного элемента, под которым они понимают некий фактор, благодаря которому правоотношение «переходит» из сферы внутреннего права в сферу МЧП. Наиболее подробно об иностранном элементе пишет в своем учебнике Г.К. Дмитриева⁵, которая, как и другие представители этой точки зрения, относя иностранный элемент к одному из элементов правоотношения, выделяет три группы иностранных элементов.

1. Первая группа относится к субъектам правоотношений: оно (правоотношение) становится международным, если его участниками являются физические или юридические лица различной государственной принадлежности (гражданка России заключает брак с гражданином Кубы).

2. Вторая группа относится к объекту правоотношения: оно становится международным, если то, по поводу чего оно возникает, находится или осуществляется за пределами страны, к которой принадлежат субъекты правоотношения (российские юридические лица заключают договор купли-продажи завода, находящегося на территории Анголы).

3. Третья группа относится к юридическим фактам, с которыми закон связывает возникновение, изменение или прекращение правоотношения: оно становится международным, если юридический факт имел место на территории иностранного государства (брак российских граждан заключен в Саудовской Аравии).

Для того чтобы правоотношение стало предметом регулирования МЧП, достаточно наличия в его составе одного-единственного иностранного элемента, относящегося к любому из элементов правоотношения.

В реальности возможно наличие двух, трех или более иностранных элементов, каждый из которых может относиться к различному правопорядку. При этом правоприменительный орган «вынужден» будет учитывать каждый из них при разрешении конкретного правового спора.

Такова в самых общих чертах концепция «иностранного элемента», которая позволяет, на взгляд ее сторонников, четко определить предмет МЧП.

При кажущейся логичности и простоте данного подхода более детальный его анализ позволяет выявить определенные недостатки, на которые обращают внимание ряд авторов. Так, А.А. Рубанов и М.Н. Кузнецов выражают сомнение в правомерности наличия только трех групп иностранного элемента, задавая справедливый вопрос о том, может ли он относиться к еще одному элементу правоотношения – правам и обязанностям сторон⁶.

А.П. Ануфриева ставит под сомнение сам термин «иностранный элемент», утверждая, что «...подобного рода критерий не обладает качеством «универсальности» и «всеобщности» для целей идентификации объекта регулирования в МЧП». «Каким правом, – задает она вопрос, – будет регулироваться бытовая сделка, совершенная физическим лицом на территории иностранного государства, – международным частным или гражданским правом данного государства?». Критерием отнесения правоотношения в МЧП является «проявление юридической связи данного общественного отношения с правопорядком двух или более государств»⁷. К сожалению, высказав данный интересный постулат, она не раскрывает, в чем же должно находиться «осязаемое» выражение данного проявления.

⁵ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 12, 13.

⁶ Рубанов А.А. Имущественные отношения в международном частном праве // Правоведение. 1983. № 6. Кузнецов М.Н. Некоторые особенности развития международного частного права // Советский журнал международного права. 1991. № 1.

⁷ Ануфриева Л.П. Международное частное право: Учеб. В 3-х т. Т. 1. Общая часть: М.: БЕК, 2001. С. 61, 62.

В работе швейцарских авторов М. Келлера и К. Сира «Всеобщее учение о международном частном праве» предлагается вести речь о «сложном фактическом составе»⁸.

В настоящее время большинством авторов принимается следующее определение предмета МЧП: предметом МЧП являются гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом».

⁸ Keller M., Siehr K. Allgemeine Lehre des Internationales Privatrechts, Zurich, 1986, S. 14.

§ 2. Метод и способы правового регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом

Рассматривая предыдущий вопрос, мы выяснили круг тех правоотношений, которые входят в сферу интересов МЧП, иными словами ответили на вопрос «что».

В данной части настоящего курса нам необходимо ответить на вопрос «как», т. е. определить метод правового регулирования в МЧП.

Из курса теории права известно, «что под методом правового регулирования понимается комплекс взаимосвязанных приемов, средств, через которые право воздействует на ту или иную область общественных отношений, на поведение их участников, устанавливая их права и обязанности»⁹. Иначе говоря, метод правового регулирования выражает суть юридического воздействия права на общественные отношения.

В теории права выделяются два основных метода правового регулирования: императивный и диспозитивный, первый из которых используется в отраслях публичного права и предполагает властную деятельность государства в отношении субъектов правоотношений; второй же характерен для отраслей частного права, и его особенностями являются принципы независимости, самостоятельности и равноправия сторон, защиты частной собственности и свободы договоров. Разумеется, нельзя говорить о том, что в отраслях публичного права применим только императивный метод, а в отраслях частного права – диспозитивный. Речь идет об одновременном их использовании с преобладанием одного из них.

Вернемся к международному частному праву. В самом термине присутствует слово «частное», и ранее мы выяснили, что предметом МЧП являются гражданско-правовые отношения, т. е. такие правоотношения, применительно к которым используется диспозитивный метод правового регулирования, следовательно, можно сделать вывод

о применимости его и к сфере МЧП. В целом данный вывод будет оправдан, в чем мы убедимся при рассмотрении других вопросов настоящего курса.

Но вспомним, что отношения, относящиеся к предмету МЧП, имеют «небольшую изюминку», которая отличает их от «чистых» гражданско-правовых отношений: они осложнены иностранным элементом, т. е. в их структуре находится нечто, связывающее данное правоотношение с правопорядком двух и более государств. Именно данная «изюминка» (будем использовать общепризнанный термин «иностраннный элемент») вносит своеобразие в метод правового регулирования, применяемый в МЧП, ибо он приводит к возникновению коллизии между гражданским правом различных государств, объективно претендующих на участие в регулировании конкретного гражданско-правового отношения. К примеру, заключается брак между гражданкой Французской Республики и гражданином Нигерии. Право какого государства должно определять форму заключения брака – Франции или Нигерии? И то, и другое право объективно и вполне обоснованно претендует на данную роль. Возникает коллизия, т. е. «столкновение противоположных сил, стремлений, интересов, взглядов»¹⁰. Уточняя содержание этого понятия применительно к теории права, имеем следующее определение: «Коллизия законов – расхождение содержания (столкновение) двух или более формально действующих нормативных актов, изданных по одному и тому же вопросу»¹¹.

⁹ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 294, 295.

¹⁰ Большой энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Большая энциклопедия; СПб.: Норинт, 1997. С. 549.

¹¹ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 202.

В рамках внутригосударственного права проблема коллизии разрешается с помощью специальных правил, зафиксированных в соответствующих правовых актах¹². В МЧП такой способ преодоления коллизии в целом неприемлем, ибо в настоящее время отсутствует единый надгосударственный законодательный орган, обладающий полномочиями по выработке и принятию правил по выбору применимого права и поэтому коллизии в МЧП решаются иными средствами,

о чем речь будет идти дальше.

Итак, появление иностранного элемента в структуре гражданско-правового отношения приводит к возникновению коллизии между правовым порядком двух или более государств, и именно этот фактор – появление иностранного элемента – привносит своеобразие в метод правового регулирования, применяемый в МЧП. Суть данного метода, по мнению Г.К. Дмитриевой, в преодолении коллизии права различных государств, т. е. в решении (преодолении) коллизионной проблемы, разрешаемой с помощью конкретных приемов, способов и средств юридического воздействия, среди которых она выделяет два: коллизионно-правовой и материально-правовой¹³.

С таким пониманием метода правового регулирования в МЧП полемизирует Л.П. Ануфриева, отмечая, «что в качестве цели правового регулирования такая конструкция – решение коллизионной проблемы, преодоление коллизии права – не только вполне приемлема, но даже и необходима для международного частного права»¹⁴. На наш взгляд, здесь происходит подмена понятий «цель» и «метод». Цель правового регулирования в самом общем виде – это результат, который должен быть достигнут, т. е. применительно к МЧП – разрешение конкретного спора, и для этого необходимо на одном из этапов, а чаще всего на первом, преодолеть коллизию законов, что можно осуществить различными способами.

Прежде чем перейти к характеристике каждого из вышеназванных способов, необходимо сказать несколько слов о причине возникновения коллизии в МЧП. Основная причина состоит в национальном характере правовых норм, регулирующих соответствующие общественные отношения. Эти правовые нормы по-разному, исходя из исторических, экономических, социальных, религиозных и других причин, дают различную по сравнению с правом другого государства юридическую оценку одним и тем же фактическим обстоятельствам, и в итоге могут быть даны разные ответы на один и тот же вопрос.

Первым способом¹⁵ регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, является коллизионно-правовой, сущность которого заключается в выборе гражданского права того или иного государства для разрешения конкретного гражданско-правового отношения. Такой выбор осуществляется при помощи так называемых коллизионных норм, которые содержат правила по выбору права, применимого для конкретного случая.

Данный способ регулирования называют еще «отсылочным» и соответственно нормы – «отсылочные», ибо они, подобно указателю на шоссе, отсылают участников правоотношения и правоприменительные органы к праву соответствующего государства.

По мнению большинства авторов¹⁶, коллизионно-правовой способ – исторически первый способ регулирования в МЧП. Он сложился первоначально в практике взаимоотношений торговых итальянских городов – республик в XIII в.

¹² См., напр.: п. 4 ст. 15; п. 5 ст. 76 Конституции Российской Федерации.

¹³ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 16.

¹⁴ Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 65.

¹⁵ Некоторые авторы используют термин «метод» вместо «способ», что, на наш взгляд, не совсем верно, ибо метод – это общее понятие, а способ – конкретный прием в рамках метода.

¹⁶ См., напр.: Лунц Л.А. Международное частное право. М., 1970. С. 108, 109.

Несмотря на столь почтенный «возраст» и широкую распространенность, данный способ изначально обладал и соответственно обладает и в настоящее время весьма существенными недостатками юридико-технического характера, которые в первый период его использования не оказывали негативного влияния на правоотношения в связи с их относительной неразвитостью.

Первый из недостатков данного способа связан с национальным характером коллизионных норм и получил в теории название «коллизия коллизий». Подобно материальным нормам права конкретного государства, коллизионные нормы отражают специфику и особенности данного правового порядка и могут содержать и содержат иные правила по выбору права при регулировании конкретного правоотношения. К примеру, во многих странах форма завещания определяется по праву страны последнего постоянного места жительства наследодателя, а в ряде стран – по праву страны его гражданства.

При многообразии правовых порядков в современном мире возможно возникновение «коллизии коллизий» и во многих других случаях.

Второй недостаток, наиболее часто имеющий место в сфере семейно-брачных отношений, получил название «хромающие отношения». Суть данного недостатка заключается в том, что по праву одного государства определенные фактические отношения являются юридически значимыми, т. е. порождают предусмотренные законом или иным правовым актом правовые последствия, а по праву другого государства такие же фактические отношения не только являются ничтожными, с точки зрения права, с момента их возникновения, но и в ряде случаев признаются противоправными, т. е. предполагают привлечение участников соответствующих отношений к какому-либо виду ответственности. Например, зафиксированный в законодательстве стран Европы, обеих Америк и многих других стран принцип моногамии – и право мужчин иметь более одной жены в мусульманских странах.

Следующий недостаток или определенная сложность использования данного способа связана с возможным применением иностранного законодательства, ибо коллизионная норма в силу содержащегося в ней правила может отослать как к отечественному, так и к иностранному праву. К примеру, коллизионная норма может содержать правило, в соответствии с которым форма завещания определяется по праву страны места последнего постоянного жительства наследодателя. В данном случае правоприменительный орган (суд) вынужден будет применить иностранное право, которого он не знает. По сложившейся в мире практике подготовка юриста основана на изучении отечественного права, а иностранное право, как правило, рассматривается лишь в общем праве. Столкнувшись с необходимостью применения иностранного права, правоприменительный орган вынужден будет предпринять соответствующие действия по установлению его содержания, что, несомненно, увеличит сроки рассмотрения дела и вероятность судебной ошибки.

Осуществление коллизионного способа затрудняется и тем, что ряд стран вообще не имеет системы коллизионных норм, а в других она имеется, но слабо развита.

И наконец, пятым, достаточно серьезным недостатком данного способа является то, что участники гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, в момент их возникновения не знают содержания права, которое будет применено к их регулированию в тех или иных обстоятельствах, что, соответственно, не добавляет им уверенности.

Как совершенно справедливо отмечено в учебнике Г.К. Дмитриевой, «...сложность перечисленных и некоторых других проблем, возникающих при применении коллизионного способа регулирования, порождает серьезные, подчас непреодолимые трудности в правовой регламентации частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом»¹⁷.

¹⁷ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 20.

Как уже отмечалось выше, указанные недостатки были изначально присущи данному способу, но в связи с «неразвитостью» контактов между физическими и юридическими лицами различных государств вплоть до середины XIX в. эти недостатки не оказывали заметного влияния на данные отношения. Во второй половине XIX в. интересы развития частноправовых отношений, особенно в сфере международного делового оборота, со всей категоричностью поставили на повестку дня вопросы совершенствования этого способа. Именно в этот период начался процесс унификации, т. е. создание единообразных (унифицированных) коллизионных норм. Данный процесс осуществляется в рамках сотрудничества государств и находит отражение в двух- или многосторонних международных договорах, содержащих согласованные государствами единые правила по выбору права при регулировании различных гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом. Посредством унификации удастся во многом минимизировать негативные черты коллизионно-правового способа. В частности, из названных выше пяти недостатков три – «коллизия коллизий», «хромающие отношения» и отсутствие или недостаток коллизионных норм – уходят в прошлое, но по-прежнему остаются возможность применения иностранного права со всеми вытекающими при этом сложностями и первоначальная неопределенность относительно применимого права.

Возможно, в связи с этим унификация коллизионных норм не получила значительного распространения, хотя ее вклад в «облегчение» правового регулирования нельзя недооценивать.

В большинстве публикаций по международному частному праву начало процесса унификации коллизионных норм традиционно связывается с деятельностью Гаагской конференции по международному частному праву, первое заседание которой прошло в 1893 г. Не оспаривая данный факт, следует отметить, что еще в 1888—1889 гг. шесть латиноамериканских стран на I южноамериканском международном конгрессе в Монтевидео приняли девять договоров, представлявших собой, по существу, всеобъемлющий кодекс международного частного права.

В 1928 г. в Гаване была принята Конвенция о международном частном праве, к которой был приложен кодекс, известный как Кодекс Бустаманте. Этот документ уникален и по сегодняшний день: достаточно сказать, что он состоит из 437 статей и в своих четырех книгах регулирует вопросы коллизий законов в гражданско-правовой и торговой сферах, а также вопросы международного гражданского процесса и международного уголовного права, причем все они рассмотрены весьма подробно. Хотя Кодекс Бустаманте действует только в пределах 15 стран Южной Америки (США, хотя и участвовали в Конференции, Конвенцию и Кодекс не подписали и не ратифицировали как ввиду особенностей своего коллизионного регулирования, так и ввиду особенностей распределения законодательной компетенции в сфере гражданско-правовых отношений между федерацией и штатами), он оказывает влияние на коллизионное право на всем континенте, а также находит применение и в странах, не участвующих в нем, на основе принципа *impreio rationis* (в силу разумности и целесообразности).

Следует отметить, что значительный вклад в создание коллизионных конвенций вносит Гаагская конференция по международному частному праву, которая действует в настоящее время на основе Устава, принятого в 1951 г. и вступившего в силу в 1955 г. Среди участников конференции – свыше 60 государств (Россия приняла Устав Гаагской конференции по международному частному праву в ноябре 2001 г.¹⁸). Первыми конвенциями, принятыми в рамках конференции, стали пять конвенций 1902–1905 гг., содержащие правила по разрешению коллизий в сфере семейно-брачных отношений. К сожалению, число стран – участ-

¹⁸ Постановление Правительства РФ от 13 ноября 2001 г. № 784.

ников данных конвенций было невелико, и в 70-е гг. XX в. ряд из них был пересмотрен. В настоящее время основными направлениями деятельности Гаагской конференции является правовое регулирование семейно-брачных, наследственных и обязательственных отношений, а также вопросы международного гражданского процесса. Всего по данным вопросам разработано и принято 36 конвенций, в большинстве которых Россия не участвует. В рамках СНГ наиболее значимыми являются Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. (Киевское соглашение) и Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция). В 2002 г. Минская конвенция была пересмотрена в Кишиневе, но Российская Федерация обновленный текст Конвенции не ратифицировала.

Таким образом, коллизионно-правовой способ регулирования осуществляется в настоящее время в двух правовых формах: национально-правовой, т. е. с помощью внутренних коллизионных норм, создаваемых каждым государством самостоятельно и содержащихся в различных актах внутреннего права, и международно-правовой, т. е. с помощью унифицированных (единообразных) коллизионных норм, создаваемых в процессе согласования позиций государств и содержащихся в двух- и многосторонних международных договорах.

Особо следует отметить тот факт, что на сегодняшний день доминирует национально-правовая форма коллизионно-правового способа регулирования.

В новейших публикациях, посвященных развитию коллизионно-правового способа, в частности в статье Е.В. Кабатовой «Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве», высказано мнение, что «в последнее время наиболее значимые и принципиальные изменения происходят именно в этой сфере»¹⁹. Основные изменения связаны с тем, что в законодательстве и судебной практике стали активно воплощаться идеи, высказанные американскими коллизионистами Д. Каверсом, Б. Карри, Р. Лефларом и др., предложившими при рассмотрении отношений с иностранным элементом и решении конкретных споров, возникших из таких отношений, руководствоваться не столько коллизионными нормами, сколько соображениями целесообразности и разумности для достижения наиболее справедливого результата. Конкретная реализация этих предложений пошла по следующим направлениям:

закрепление и применение такой коллизионной привязки, как «закон наиболее тесной связи с правоотношением» и, как его разновидность, – «закон наиболее благоприятного права»; использование альтернативных коллизионных норм; применение «сверхимперативных» норм как отечественного, так и иностранного правопорядка.

Подводя итог предпринятого анализа, Е.В. Кабатова, в частности, приходит к выводу, с которым трудно не согласиться: «Современное состояние МЧП дает основание говорить о постепенном снижении роли многочисленных классических коллизионных привязок – к месту совершения акта, местонахождению стороны, местонахождению объекта, месту наступления последствий – и замене их небольшим числом основных принципов, которые будут направлять поиски суда в нахождении применимого права»²⁰.

Как уже отмечалось выше, основная проблема международного частного права состоит в преодолении коллизии гражданского права различных государств. Коллизионно-правовой способ разрешает данную проблему путем создания правил по выбору права, применимого при регулировании конкретного гражданско-правового отношения, осложненного иностранным элементом. Но возможен и иной вариант разрешения коллизионной проблемы – путем создания и применения признаваемых государствами единообразных мате-

¹⁹ Международное частное право: современная практика: Сб. статей / Под ред. М.М. Богуславского и А.Г. Светланова. М.: ТОН – Остожье, 2000. С. 5–16.

²⁰ Указ. сборник статей (см. с. 15). С. 15.

риальных норм гражданско-правового характера, напрямую регулирующих частноправовые отношения международного характера.

В этом суть второго способа правового регулирования, используемого в международном частном праве и получившего название материально-правового способа, или способа прямого регулирования.

Применение данного способа значительно упрощает правовое регулирование соответствующих, отношений. Во-первых, устраняется достаточно сложная и во многих случаях длительная процедура выбора права, а во-вторых, участники данных отношений заранее знают о применимом праве. Казалось бы, использованию данного способа открыт «зеленый свет» и остается совсем немного – согласовать такие материально-правовые нормы гражданско-правового характера и обеспечить их реализацию. Но именно здесь и скрыта проблема. Основными субъектами международного (публичного) права являются государства, в каждом из которых существует своя правовая система, основанная на различного рода традициях, изменить которые весьма и весьма непросто. Кроме того, каждое государство имеет свои национальные интересы, понимаемые им исходя из взглядов, идей, представлений, в нем преобладающих. Все это значительно усложняет процесс согласования неких общих правил поведения в различных сферах взаимоотношений государств, в том числе и в области частноправовых отношений между физическими и юридическими лицами различных стран. Сказанное выше не отрицает наличие неких общих интересов между государствами, объясняемых во многом пониманием необходимости международного сотрудничества по определенным вопросам, по которым и удастся достичь взаимопонимания и создать единые правила поведения, т. е. единообразные правовые нормы.

В соответствии с господствующими в настоящее время взглядами первым и весьма удачным примером использования материально-правового способа регулирования стало принятие в конце XIX – начале XX вв. двух соглашений в области железнодорожного транспорта: Бернской конвенции о железнодорожной перевозке грузов (МГК) 1890 г. и Бернской конвенции о железнодорожной перевозке пассажиров и багажа (МПК) 1923 г. В 1966 г. в дополнение к Бернской конвенции 1923 г. было заключено соглашение, регулирующее ответственность железных дорог при перевозке пассажиров. В последующие годы эти конвенции неоднократно пересматривались, и 9 мая 1980 г. было заключено специальное соглашение, содержащее новый объединенный текст конвенций, известный под аббревиатурой КОТИФ – Convention relative a l'Organisation du Transport International de Chemin de fer. Последние по времени изменения внесены в 1990 г. (Россия в этой конвенции не участвует; всего участников – свыше 40, в основном страны Западной Европы).

Следует отметить, что, сравнивая даты принятия Гаагских конвенций 1902 и 1905 гг. (унификация коллизионных норм) и Бернских конвенций 1890 и 1923 гг. (унификация материальных норм гражданско-правового характера), можно прийти к выводу что именно в конце XIX в. перед странами остро встал вопрос о преодолении недостатков национальной формы коллизионно-правового способа и данная задача стала решаться одновременно в двух направлениях.

Продолжая разговор о материально-правовом способе регулирования, необходимо отметить еще ряд обстоятельств.

Первое. Во многих учебниках и учебных пособиях по МЧП говорится о том, что данный способ нашел свое применение в конце XIX в. Однако представляется возможным отнести начало этого процесса к более раннему периоду истории. Известный немецкий историк и юрист Теодор Моммзен в «Истории Рима» отмечает, что «уже во времена Цезаря – 40-е гг. до н. э. оживленные деловые сношения между римлянами и неримлянами выработали МЧП (jus gentium), т. е. комплекс принципов именно относительно условий этого общения, и, сообразуясь с ними, в тех случаях, когда какое-нибудь дело не могло быть решено ни по

римскому праву, ни по какому-либо иному местному праву, римские судьи произносили свое решение, невзирая на римские, эллинские, финикийские и иные правовые особенности, но руководствуясь общими правовыми воззрениями, лежавшими в основе обычных отношений между людьми. По существу они применяли новое, так называемое «общенародное право», которое являлось компромиссом между римским правом Двенадцати таблиц и иными национальными системами»²¹. После падения Римской империи этот способ правового регулирования практически исчез, чтобы возродиться в конце XIX в.

Второе. После принятия Бернских конвенций среди многих юристов царила определенная эйфория относительно близкой, как им казалось, возможности применить данный способ ко всем без исключения видам гражданско-правовых отношений. Речь, по существу, шла о создании некоего международного гражданского кодекса, с помощью которого можно было преодолеть различия национальных правовых систем.

В реальности все оказалось гораздо сложнее. В течение XX в. в ходе сложных и подчас длительных переговоров удалось добиться внедрения этого способа лишь в пяти сферах частноправовых отношений, а именно в:

международной торговле; международных перевозках;
международных финансово-кредитных отношениях; международном торговом мореплавании; защите интеллектуальной собственности.

Некоторые авторы добавляют в этот перечень международные трудовые отношения, приводя в качестве довода наличие большого количества так называемых трудовых конвенций, заключенных в рамках Международной организации труда. На наш взгляд, это не совсем верно, ибо данные конвенции устанавливают лишь рамки, в пределах которых осуществляется правовое регулирование трудовых отношений, но не содержат конкретных правовых предписаний. Необходимо, однако, отметить, что и в рамках этих пяти или шести отраслей применяется коллизионно-правовой способ в обеих его формах по тем вопросам, создать материальные нормы по которым государствам не удалось. В остальных же отраслях частноправовых отношений – собственность, семейно-брачные, наследственные, деликтные и иные – по-прежнему господствует коллизионно-правовой способ, что объясняется во многом наличием в них существенных отличий правового регулирования, объясняемых различными традициями соответствующих стран. Особенно велики различия в семейном и наследственном праве, которые можно назвать «суперчастные» сферы отношений.

Третье. В научной литературе высказывается мнение относительно использования материально-правового способа не только в международной форме, но и в национальной, со ссылкой в основном на так называемое право иностранцев, характерное для стран традиционной эмиграции. Так, например, в США в систему иммиграционного законодательства входит ряд законодательных актов, принятых в 1996 г. и регламентирующих многие аспекты иммиграции – от въезда в страну до предоставления социальных льгот иностранцам. В 2002 г. в ФРГ принята новая редакция закона об эмиграции, который наряду с публично-правовыми нормами содержит правила, распространяющиеся на гражданско-правовой статус иностранцев. Имеются аналогичные правовые предписания во французском, канадском и ряде других законодательств. В Российской Федерации с 1 ноября 2002 г. вступил в силу Федеральный закон № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», ряд положений которого, особенно в сфере трудовых отношений, напрямую регулирует особенности правового статуса данной категории населения.

Однозначного ответа о месте внутренних материальных норм, специально предназначенных для регулирования правоотношений с иностранным элементом, а следовательно, о возможности использования национальной формы материально-правового способа, нет.

²¹ Моммзен Т. История Рима. В 4-х т. Т. 3. Ростов н/Д, Феникс, 1997. С. 504.

Вопрос, наш взгляд, необходимо решать на основе анализа законодательства соответствующей страны.

Таким образом, можно сделать следующий вывод: как и коллизионно-правовой, материально-правовой способ правового регулирования частноправовых отношений международного характера реализуется в настоящее время в двух формах: национальной и международной, причем преобладает международная форма, реализуемая посредством заключения международных договоров, содержащих унифицированные материально-правовые нормы гражданско-правового характера. Вопрос об использовании данного способа во внутреннем праве необходимо решать на основе анализа законодательства соответствующей страны, судебной и арбитражной практики и правовой доктрины.

Подводя итоги рассмотрения вопроса о методе правового регулирования в МЧП, необходимо отметить, что суть его заключается в преодолении коллизии гражданского законодательства различных государств, что реализуется посредством использования двух способов: коллизионно-правового и материально-правового, которые в свою очередь находят отражение в двух формах: национальной и международной, причем для коллизионно-правового способа характерна национальная форма, а для материально-правового – международная.

§ 3. Понятие и система международного частного права

В мировой научной литературе нет единого понятия МЧП. Более того, оспаривается корректность самого термина. В некоторых странах эту отрасль права на протяжении более чем столетия называют коллизионным правом (Великобритания, США, Япония и ряд других). Немало сторонников такого названия и в нашей стране. Связано это с тем, что первоначально для регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, применялись исключительно коллизионные нормы. Впервые ввел в научный оборот термин «международное частное право» судья Верховного Суда США Джозеф Стори, опубликовавший в 1834 г. «Комментарий к конфликтному праву». Первой оригинальной работой в России, посвященной вопросам МЧП, где и было впервые использовано данное понятие, была изданная в 1865 г. работа профессора Казанского университета Н.П. Иванова «Основания частной международной юрисдикции».

В рамках настоящего курса не представляется возможным подробно рассмотреть исторические аспекты развития МЧП, характер и содержание дискуссии относительно нормативного состава МЧП и его места в правовой системе. Желая ознакомиться с этими вопросами в фундаментальном труде Л.А. Лунца «Курс международного частного права»²², работе Р.А. Мюллерсона «Соотношение международного и национального права»²³, вступительной статье к сборнику «Международное частное право: Иностранное законодательство»²⁴, недавно переизданном труде классика российского МЧП АН. Макарова «Основные начала международного частного права»²⁵, работе «Международное частное право: современные проблемы»²⁶, учебниках Л.П. Ануфриевой²⁷, М.М. Богуславского²⁸ и многих других источниках. Интересные взгляды относительно международного частного права высказаны видным российским ученым-международником Ф.Ф. Мартенсом²⁹. Позиции зарубежных ученых изложены в переведенных на русский язык трудах Дж. Чешира и П. Норта³⁰, Траяна Бендевского³¹.

Выделим лишь три основных подхода к определению места МЧП в праве:

1) МЧП есть часть международного права, т. е. существуют международное публичное право и международное частное право, объединенные под общим термином «международное право»;

2) МЧП является особым, во многом искусственным образованием, не относящимся ни к международному праву, ни ко внутригосударственному, объединяющее группы разнотипных правовых норм в целях удобства их изучения и применения.

²² Лунц Л.А. Курс международного частного права: В 3-х т. М.: Спарк, 2002. С. 20–56; 117–146.

²³ Мюллерсон Р.А. Соотношение международного и национального права. М.: Международные отношения. 1982. С. 114–124.

²⁴ Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. Предисл. А.Л. Маковского. М.: Статут, 2000. С. 12–46.

²⁵ Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. М.: Книгодел, 2005.

²⁶ Международное частное право: современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994.

²⁷ Ануфриева Л.П. Указ. соч.

²⁸ Богуславский М.М. Международное частное право: Учеб. 3-е изд., перераб. и доп. М.: Юрист, 1998.

²⁹ Мартенс Ф.Ф. Современное международное право цивилизованных народов/ Под ред. Л.Н. Шестакова. Т. 2. М.: Юрид. колледж МГУ, 1996.

³⁰ Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М.: Прогресс, 1982.

³¹ Бендевский Траян, Международное частное право: Учеб./ Отв. ред. Е.А. Суханов. Пер. с македонского С.Ю. Клейн. М.: Статут, 2005.

3) МЧП является особой отраслью национального права.

В пределах каждого подхода также есть различия.

На наш взгляд, наиболее верной является позиция Г.К. Дмитриевой³², в соответствии с которой международное частное право – это самостоятельная, особая отрасль внутригосударственного права, представляющая собой совокупность коллизионных и материально-правовых норм, регулирующих гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом.

Международное частное право – особая и по сути единственная отрасль внутреннего права, имеющая отношения с правовыми порядками различных государств.

Однако вопреки своему названию это отрасль внутреннего права, ибо она регулирует отношения в подавляющей своей части между физическими и юридическими лицами, которые находятся под верховенством государства и, следовательно, под действием его внутреннего права. И в связи с этим трудно не согласиться с германским профессором Хр. фон Баром, утверждающим, что «не существует единого международного частного права, а имеется их столько, сколько существует на земном шаре (на этой Земле) правовых порядков»³³.

Рассматривая вопрос о системе международного частного права, необходимо иметь в виду два аспекта этого вопроса. В первом случае речь идет о МЧП как отрасли права, т. е. вопрос о системе касается нормативного состава отрасли права, что будет предметом изложения в особой лекции настоящего курса. Здесь же мы будем говорить о МЧП как отрасли правоведения, которая, хотя и отражает отрасль права, всегда шире. Как отрасль правоведения, международное частное право в более широком аспекте рассматривает правовое регулирование трансграничных частноправовых отношений.

Система международного частного права как отрасли правоведения, и в частности учебного курса, определяется, как сказано выше, его предметом, который составляют гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом, – и в связи с этим во многом совпадает со структурой изложения материала в гражданском праве, в первую очередь – его особенной частью.

Традиционно система курса МЧП состоит из трех частей: общая часть, особенная часть и международный гражданский процесс.

Общая, весьма специфическая часть курса рассматривает вопросы, имеющие значение для норм и институтов особенной части. Наряду с традиционными вопросами – предмет, метод, способы и формы правового регулирования, субъекты, источники, нормы МЧП – сюда включены такие, характерные только для МЧП, вопросы, как правила об основаниях применения иностранного права, о взаимности, о квалификации юридических понятий коллизионной нормы, об обратной отсылке и отсылке к праву третьей страны, об обходе закона, оговорке о публичном порядке, о действии «сверхимперативных» норм и другие, представляющие достаточно большую сложность при изучении.

В особенной части, которая наиболее совпадает с соответствующим разделом гражданского права, рассматриваются право собственности; обязательственное право; деликтные обязательства; вопросы интеллектуальной собственности; наследственное право. Кроме того, здесь излагается материал по правовому регулированию трудовых и семейно-брачных отношений, но только тех из них, которые по своему содержанию имеют гражданско-правовой характер и осложнены иностранным элементом.

Третьей составляющей МЧП как отрасли правоведения является международный гражданский процесс, куда включаются, как отмечает Г.К. Дмитриева, «те специфические

³² Дмитриева Г.К., Довгерт А.С., Панов В.П... Шебанова Н.А. и др. Международное частное право: Учеб. пособие. / М.: Юрист, 1993. С. 32.

³³ Von Bar Ch. Internationales Privatrecht. Allgemeine Lehren. München, 1987. Bd. 1. S. 19.

вопросы, которые возникают при разрешении гражданских дел с иностранным элементом: процессуальное право и дееспособность иностранных физических и юридических лиц; процессуальное положение иностранного государства; подсудность гражданских дел с иностранным элементом; исполнение иностранных судебных поручений; признание и исполнение иностранных судебных решений; международный коммерческий арбитраж»³⁴.

На наш взгляд, вызывает некоторое недоумение отнесение к Международному гражданскому процессу вопросов международного коммерческого арбитража. «На арбитражное разбирательство, т. е. рассмотрение споров третейскими судами, – как совершенно справедливо отмечает Л.П. Ануфриева, – нормы гражданского процесса, за исключением исполнения решений иностранных арбитражей, как правило, не распространяются»³⁵, а регулируются эти вопросы специальным правовым актом – Законом РФ 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже» с двумя приложениями. Было бы логичным выделить эти вопросы в особую, четвертую, часть МЧП как отрасли правоведения (учебного курса). Аналогично следовало бы поступить и в разрешении проблемы нотариальных действий с иностранным элементом.

³⁴ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М. Проспект, 2000. С. 36, 37.

³⁵ Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 96.

Лекция II. Источники международного частного права

§ 1. Общие положения

Понятие «источники права» известно из курса теории права. Как отмечал российский специалист С.С. Алексеев, под источником понимается «объективированный в документальном виде акт правотворчества, являющийся формой юридически официального бытия соответствующих правовых норм»³⁶. Более простое и знакомое понятие гласит: источники права – это форма существования правовых норм. Исходя из того что МЧП – это пусть специфичная, но отрасль внутреннего права, данное понятие в целом применимо и к источникам международного частного права. Следовательно, если говорить о романо-германской системе права, то основным источником МЧП следует считать правовые акты внутреннего права различной юридической силы, а в странах «общего» права – прецедент, т. е. решение суда, обязательное для решения аналогических дел в будущем³⁷. Но, учитывая специфику предмета международного частного права, такой подход к его источникам является упрощенным. На проблему источников МЧП оказывают влияние ряд весьма значительных факторов, среди которых можно выделить: международный характер регулируемых отношений; их частноправовой характер; процесс сближения различных правовых систем.

Эти и ряд иных факторов привели к появлению доктрины двойственности источников МЧП, дискуссия между сторонниками и противниками которой ведется уже длительное время. Такие известные специалисты, как И.С. Перетерский, Л.А. Лунц, М.М. Богуславский, Г.К. Матвеев и ряд других, относят к источникам МЧП: 1) международные договоры; 2) внутреннее законодательство; 3) судебную и арбитражную практику; 4) обычаи. При этом они отмечают, что удельный вес видов источников международного частного права в разных государствах неодинаков³⁸. В противовес им Г. К. Дмитриева и другие авторы отмечают, что «источниками международного частного права, как и любой другой отрасли национального права, могут быть лишь национально-правовые формы, в которых существуют нормы права и которые являются выражением их обязательной юридической силы в пределах государства. Это законы и подзаконные акты, санкционированный обычай, а также судебный прецедент в ограниченном круге государств»³⁹. Аргументация каждой из сторон выглядит весьма солидно, но, на наш взгляд, истина находится где-то посередине.

Во-первых, об источниках МЧП какой страны идет речь? Одно положение, к примеру, в США и другое – в Российской Федерации, поэтому необходимо, на наш взгляд, уточнение. Предположим, речь идет о Российской Федерации. Действительно, ст. 15 Конституции РФ отмечает, что... «международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы», а в Федеральном Законе от 15 июля 1995 г. № 101-ФЗ «О международных договорах Российской Федерации» предусмотрена процедура трансформации международных договоров РФ во внутреннее право, которая реализуется в форме принятия федерального закона либо в форме указа Президента РФ или постановления Правительства РФ. И именно в формах данных правовых актов действуют на территории России

³⁶ Алексеев С.С. Общая теория права. Т. 1. М., 1981. С. 314–317.

³⁷ Тихомирова Л.В., Тихомиров М.Ю. Юридическая энциклопедия / Под ред. М.Ю. Тихомирова. М., 1997. С. 358.

³⁸ См., напр.: Богуславский М.М. Указ. соч. С. 46.

³⁹ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Прогресс, 2000. С. 77.

положения соответствующих международных договоров. А могут ли действовать в России международные договоры, среди участников которых нет нашей страны? Применительно к международным договорам, содержащим публично-правовые нормы, ответ однозначен – нет. А частноправовые нормы? В случае, если отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному праву, а его составной частью является международный договор, регулирующий соответствующие правовые отношения, российский правоприменительный орган в соответствии со ст. 1191 ГК РФ «при применении иностранного права устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве», т. е. он будет обязан применить нормы международного договора, несмотря на то, что РФ не является его участником. Аналогичным образом российский суд должен будет действовать и в том случае, если основой права иностранного государства является судебная и арбитражная практика.

Что касается обычаев, то, на наш взгляд, уместно следующее положение. Как известно, в соответствии со ст. 5 ГК РФ допускается применение обычаев делового оборота, независимо от того, зафиксированы ли они в каком-либо документе, т. е. законодатель санкционировал возможность их использования участниками гражданско-правовых отношений. В части 3 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» говорится о двух вариантах применения торговых обычаев: 1) если их применение вытекает из условий договора, т. е. стороны сами предусмотрели их применение;

2) если их применение вытекает из сути сделки, т. е. если сам третейский суд сочтет возможным их применение. Возможен и третий вариант – когда отсутствует правовое регулирование.

Тексты Венской конвенции 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров (СССР присоединился к ней в 1990 г., а Россия является ее участником по праву правопреемства) и Принципов международных коммерческих контрактов, разработанных Международным институтом по унификации частного права (УНИДРУА) в 1994 г. содержат практически идентичные положения относительно возможности использования обычая как регулятора правоотношений сторон (соответственно ст. 9 Конвенции и ст. 1.8 Принципов): «Стороны связаны любым обычаем, относительно которого они договорились...» И далее: «Стороны подразумевали применение к их договору или его заключению обычая, о котором они знали или должны были знать и который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается сторонами...»

Допуская широкое толкование данных положений, можно предположить, что возможно применение и тех обычаев, которые прямо и явно не санкционированы государством. К примеру, ИНКОТЕРМС-2000 – международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов, подготовленные Международной торговой палатой. В Российской Федерации, в отличие, например, от Украины или Испании, отсутствует специальный правовой акт, санкционирующий возможность использования ИНКОТЕРМС-2000 в правоотношениях с участием российских физических и юридических лиц, что не препятствует применению данных правил при условии, как отмечено в п. 11 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 1996 г. № 10, «арбитражный суд при решении спора применяет обычаи в сфере международной торговли, используя формулировки «ИНКОТЕРМС», если стороны договорились об этом при заключении внешнеэкономического контракта».

Итак, источниками российского международного частного права являются внутреннее законодательство РФ, а также иные источники (международные договоры, судебная и арбитражная практика, международные и торговые обычаи), если их применение предусмотрено соглашением сторон или вытекает из требований российских коллизионных норм при условии, что их содержание не противоречит публичному порядку и императивным нормам рос-

сийского законодательства. Данный тезис может быть подтвержден содержанием ст. 1186 ГК РФ, в которой говорится о том, что право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным различными иностранными элементами, определяется на основе: международных договоров Российской Федерации; настоящего Кодекса (имеется ввиду ГК РФ, и в первую очередь разд. VI);

других законов (речь идет о принятых в соответствии с Гражданским Кодексом РФ иных федеральных законах);

обычаев, признаваемых в Российской Федерации (условия применения обычаев закреплены в ст. 5 ГК РФ и ст. 28 Закона «О международном коммерческом арбитраже»).

Следующее, что хотелось бы рассмотреть в данной лекции, – это краткая характеристика развития МЧП в различных странах с точки зрения закрепления правовых норм и современное состояние МЧП. Глубокий анализ этих вопросов дан во вступительной статье А.Н. Жильцова и А.И. Муранова к подготовленному ими сборнику иностранного законодательства по международному частному праву⁴⁰.

За рамками предпринятого авторами исследования остались кодификации, основанные на теории статутов в Пруссии (1794 г.), Франции (1804 г.) и Австрии (1811 г.). Из этих трех стран новое частноправовое регулирование не было осуществлено лишь во Франции, в связи с чем о французском законодательстве в сфере международного частного права будет сказано особо.

Основные положения упомянутой статьи состоят в следующем.

В качестве точки отсчета авторами избрана вторая половина XIX в. – время утверждения предложенного Савиным коллизионного метода локализации правоотношений, суть которого состоит в том, что для определения применимого права необходимо исследовать природу данного правоотношения, т. е. выяснить, с каким из правовых порядков оно связано. До этого времени господствовала статусная теория⁴¹.

Возвращаясь к хронологии этапов национальных кодификаций, авторы выделяют три этапа:

- 1) вторая половина XIX в. – 60-е гг. XX в.;
- 2) с начала 60-х гг. XX в. – до конца 70-х гг. XX в.;
- 3) с конца 70-х гг. XX в. – по настоящее время.

На первом этапе или этапе первоначального накопления правового материала, который в основном проходил на европейском континенте, принимаются отдельные правовые акты, содержащие нормы МЧП (Швейцария – 1891 г., Польша – 1926 г., Япония – 1896 г.), или коллизионные нормы закрепляются в гражданских кодексах либо вводных законах с ним (Германия – 1896 г., Греция – 1940/ 1946 г., Италия – 1942 г., Бразилия – 1942 г.). В России и в СССР этот этап проявился весьма слабо: хотя во второй половине XIX в. и в самом начале XX в. в нашей стране наблюдался процесс быстрого развития доктрины, но наука не смогла найти ее реализации в практике в основном в связи с тем, что после 1917 г. большевики не признавали ничего частного, для них все в области хозяйства было публично-правовым.

Второй этап можно охарактеризовать как экстенсивный. По мере усиления процесса интернационализации частноправовых отношений во многих странах мира были приняты специальные нормативные акты по коллизионным вопросам (Кувейт – 1961 г., Албания – 1964 г., Гвинея – 1962 г., Алжир – 1975 г. и др.). Появились проекты специальных законов о МЧП (Аргентина – 1974 г., Бразилия – 1970 г., Франция – 1967 г.). Впервые в СССР в Основах

⁴⁰ Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. Предисл. А.М. Маковского. М.: Статут, 2000. С. 29–46.

⁴¹ Подробнее о содержании этих и иных теоретических воззрений см., напр.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3-х т. М.: Спарк, 2002. С. 117–155.

гражданского законодательства 1961 г. появляются коллизионные нормы. На данном этапе происходит также реформа коллизионного законодательства в США.

Данный этап подготовил почву для наступления третьего этапа, продолжающегося и сегодня, началом которого стало принятие закона о МЧП в Австрии в 1978 г. Вслед за Австрией специальные законы принимаются в целом ряде европейских стран, в связи с чем этот этап иногда называют европейским (Венгрия – 1979 г., Швейцария – 1987 г., Италия – 1995 г., Лихтенштейн – 1996 г., Великобритания – 1995 г., Эстония – 2002 г. Украина – 2005 г.).

Законы по отдельным вопросам МЧП принимаются в Нидерландах, Бельгии, Швеции, обновляется коллизионное законодательство в странах СНГ (принимаются законы о МЧП в Грузии (1998 г.), Азербайджане (2000 г.), Украине (2005 г.), а также в ряде стран Азии, Африки и Латинской Америки. И наконец, в России принимается в 2002 г. часть третья ГК РФ, разд. VI которой содержит нормы МЧП. Особо следует отметить принятие в 1994 г. Гражданского кодекса Квебека, одна из книг которого так и называется «Международное частное право».

Можно выделить целый ряд отличительных черт третьего этапа:

1. Мировая практика свидетельствует о предпочтительности принятия специальных законов о МЧП, подходы к содержанию которых значительно различны.

2. Происходит глобализация и интернационализация процесса правотворчества в сфере МЧП, что находит свое отражение как в рецепции (при создании закона Лихтенштейна основой послужил закон Австрии), так и в участии иностранных научных центров в создании национального законодательства (закон Грузии 1998 г. подготовлен с помощью юристов ФРГ).

3. Достаточно частое внесение изменений и дополнений в действующее законодательство как реакция на появление новых видов частноправовых отношений (в закон Австрии 1978 г. были внесены изменения в 1998 г., во вводный закон Германского гражданского уложения 1986 г. – в 1999 г.).

4. Для новейшего коллизионного законодательства характерно увеличение объема правового регулирования и усложнение юридической техники (нормы становятся более подробными и точными, в них содержится все больше исключений и оговорок).

5. Продолжается борьба двух подходов в кодификации: либо принятие специального закона о МЧП, либо включение норм МЧП в качестве отдельных разделов в гражданские кодексы, причем в обоих случаях соответствующие правовые акты содержат и нормы международного гражданского процесса. С точки зрения простоты и общедоступности понимания, особенно для стран с относительно низкой правовой культурой, предпочтительнее выбор именно формы специального закона с использованием комплексного подхода.

6. Тесное переплетение экономик и культур, информационная революция, интенсивный рост и усложнение национального материального регулирования и иные факторы привели к тому, что во многих странах наблюдается отход от принципа *lex fori* (закона суда) в сторону более широкой возможности применения иностранного права с одновременным повышением роли свехимперативных норм *lex fori* и третьего государства, что объективно приводит к сужению применения института публичного порядка (особенно в его позитивном варианте), объяснимом также во многом неопределенностью его содержания и вызванной в связи с этим возможностью субъективизма правоприменительного органа.

В целом анализируя развитие международного частного права за последние 150 лет, можно выявить общую тенденцию: это развитие представляет собой движение по нарастающей:

от создания отдельных норм (коллизионных и материальных) к принятию специальных законов или появлению разделов в гражданских кодексах;

от унификации материальных (в широком смысле) норм к унификации процессуальных норм, причем последние все чаще включаются в ГК;

повышение значение регулирования вопросов коллизии юрисдикций.

И последнее современное международное частное право стало не только более обширным по объему но и более сложным по содержанию, что привело к появлению во многих странах (Австралия, Великобритания, Канада, Нидерланды, США, Франция) специально поддерживаемых на государственном уровне комиссий и программ по изучению и совершенствованию этой отрасли права.

§ 2. Национальное право как основной источник международного частного права

В рамках данного параграфа попытаемся проанализировать современное состояние российского законодательства в сфере МЧП и дать общий обзор зарубежного.

Исходя из вышеприведенной периодизации развития МЧП, Россия находится, на наш взгляд, на втором этапе. Объясняется это во многом тем, что история России как самостоятельного государства насчитывает немногим более 10 лет, и все это время шел процесс создания нового правового регулирования в данной сфере. Положение усугубляется тем, что в советском законодательстве по объективным причинам было не так уж много норм МЧП.

Оценивая сегодняшнее состояние российского законодательства по вопросам МЧП, необходимо предварительно высказать ряд общих замечаний.

Российская Федерация принадлежит к странам романо-германской правовой семьи, в которых нормы права, в том числе нормы МЧП, содержатся в первую очередь в нормативных правовых актах.

Россия является федеративным государством, и в силу данного факта существует разграничение компетенции и предметов ведения между РФ и ее субъектами, в том числе по частноправовым вопросам.

Международное частное право РФ как отрасль национального права находится в процессе формирования и становления, что приводит к перманентному изменению ее нормативного состава.

В силу устоявшейся традиции характеристику законодательства в сфере МЧП начнем с анализа соответствующих статей Конституции РФ, а именно ст. 15 (ч. 4), ст. 62 (ч. 3), ст. 71 (п. «ж», «к», «л», «о», «и»), ст. 72 (п. «в», «ж», «к», «о»), ст. 76.

На основании ч. 4 ст. 15 Конституции РФ «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы», а в случае возникновения столкновения между нормами международного договора РФ и внутреннего законодательства приоритет имеют нормы международного договора⁴². Этот подход конкретизирован в законодательных актах, регулирующих и частноправовые отношения (ст. 72 ГК РФ, ст. 6 СК РФ, ст. 10 ТК РФ, ст. 414 КТМ РФ), а также в процессуальном законодательстве (ч. 2 ст. 1 ГПК РФ, ч. 4 ст. 13 АПК РФ). Особо следует отметить положение ч. 3 ст. 1186 ГК РФ, в силу которого «если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается».

Часть 3 ст. 62 Конституции РФ закрепляет принятые Россией международно-правовые обязательства в области прав и свобод человека и устанавливает национальный режим для иностранцев и лиц без гражданства, находящихся на территории РФ, в том числе и в частноправовой сфере. Однако федеральным законом могут быть установлены изъятия из национального режима.

Анализ положений ст. 71 Конституции РФ позволяет сделать вывод о том, что к исключительной компетенции РФ в сферах международного частного права и международного гражданского процесса относятся:

⁴² О практике применения судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права см.: Постановление Пленума ВС РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации».

установление правовых основ валютного и таможенного регулирования;
внешнеэкономические отношения;

правовое регулирование интеллектуальной собственности⁴³; правовое регулирование гражданского и арбитражного процесса, а также установление общих начал деятельности международного коммерческого арбитража.

Статья 72 Конституции РФ относит к совместному ведению РФ и субъектов РФ целый ряд частноправовых вопросов (трудовые, семейные, земельное, водное и лесное законодательство), но в сил уч. 2 ст. 76 законы и иные нормативные правовые акты субъектов РФ по этим вопросам должны соответствовать федеральным законам. Учитывая, что по большинству из вышеназванных вопросов приняты соответствующие федеральные законы, полномочия субъектов Российской Федерации в этих сферах следует признать весьма незначительными.

Таковы основные положения Конституции РФ, затрагивающие область правового регулирования международного частного права.

Одной из особенностей российского законодательства в сфере МЧП является то, что в отличие от большинства развитых стран, в России не существует единой кодификации международного частного права; его нормы содержатся в ряде отраслевых правовых актов и огромном количестве специальных правовых актов различной юридической силы, что, в свою очередь, ведет к конкуренции правовых норм и неизбежным пробелам в правовом регулировании.

Назовем основные источники российского международного частного права:

разд. V 1 ч. 3 Гражданского кодекса РФ, содержание которого, по мнению большинства ученых и практиков, свидетельствует о качественно новом этапе развития международного частного права России⁴⁴; разд. VII Семейного Кодекса РФ; гл. XXVI Кодекса торгового мореплавания РФ; разд. V Гражданского процессуального кодекса РФ; разд. V и гл. 31 Арбитражного процессуального кодекса РФ.

Как отмечалось выше, нормы российского МЧП содержатся во многих специальных законах. Среди основных можно выделить:

Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. № 164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»;

Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»;

Федеральный закон от 29 октября 1998 г. № 164-ФЗ «О финансовой аренде (лизинге)» (в ред. Федерального закона от 29 января 2002 г. № 10-ФЗ);

Федеральный закон от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»;

Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации»;

Основы законодательства Российской Федерации о нотариате от 11 февраля 1993 г. (в ред. Федерального закона от 12 марта 2002 г. № 27-ФЗ);

Закон РФ от 9 июля 1993 г. № 5351-1 «Об авторском праве и смежных правах»;

Закон РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже».

Нормы международного частного права закреплены и в актах подзаконного характера, например в постановлениях Правительства РФ. В частности, по вопросам иностран-

⁴³ Федеральный закон от 18 декабря 2006 г. № 230-ФЗ содержит нормы части четвертой ГК РФ «Интеллектуальная собственность», которая призвана заменить все действующие в настоящее время правовые акты по этим вопросам.

⁴⁴ См., напр.: Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс: Учеб. курс в 3-х ч. М.: Издат. дом «Городец», 2004. С. 58.

ного усыновления действует целый ряд постановлений Правительства РФ, одно из последних принято 4 ноября 2006 г. и регулирует вопросы, связанные с деятельностью органов и организаций иностранных государств по усыновлению (удочерению) детей на территории Российской Федерации и контролем за деятельностью этих организаций. Значительна роль постановлений Правительства РФ в регулировании вопросов трудовой миграции на территории РФ.

Многие российские авторы негативно оценивают достигнутый уровень развития МЧП в России⁴⁵ и высказывают ряд предложений. Соглашаясь с ними, необходимо по примеру многих стран создать при Институте государства и права АН РФ или ином органе специальную группу (комиссию) по анализу действующего законодательства в сфере МЧП и подготовке специального закона о МЧП, взяв в качестве образца закон Швейцарии о МЧП 1987 г. В ближайшее время было бы целесообразным сосредоточиться на разработке и принятии закона о правовом регулировании международных трудовых отношений, ибо ни в новом Трудовом кодексе 2002 г., ни в разд. VI ч. 3 Гражданского кодекса РФ 2002 г. эти вопросы не отражены. Федеральный закон от 25 июля 2002 г. № 115-ФЗ «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации», хотя и содержит ряд безусловно своевременных статей (например, ст. 13–15), в целом положение не меняет. Справедливости ради необходимо отметить, что в Кодексе торгового мореплавания РФ содержится ст. 416, регулирующая трудовые отношения, осложненные иностранным элементом, в сфере торгового мореплавания, а положения ст. 11 Трудового кодекса РФ распространяют его действие на «трудовые отношения иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими либо с их участием, работников международных организаций и иностранных юридических лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором Российской Федерации».

Переходим к обзору иностранного законодательства.

Достаточно условно, опираясь на приведенную выше периодизацию, зарубежное международное частное право можно разделить на три группы.

К первой группе стран относятся те, в которых законодательство по международному частному праву, как и в Российской Федерации, не кодифицировано и содержится в различных правовых актах как отраслевого, так и комплексного характера. Сюда можно отнести большинство стран Африки, Азии, Южной Америки и некоторые государства Европы. Необходимо отметить, что выбор направления кодификации – принятие специального закона или выделение соответствующих разделов в гражданских кодексах – всецело зависит от законодателя соответствующей страны, существующих в ней правовых традиций. Другой вопрос, что, как показывает практика, наличие закона о МЧП облегчает и ускоряет рассмотрение споров, осложненных иностранным элементом.

Характерной чертой большинства стран, которые мы относим ко второй группе, является курс на создание специального закона о МЧП или сосредоточение всех норм данной отрасли в одном отраслевом акте. В рамках данной группы можно выделить две подгруппы. Особое положение среди стран Европы занимает Франция.

Итак, к первой подгруппе относятся государства, в которых приняты законы о МЧП либо направление кодификации указывает на желание законодателя его создать. Одним из первых законов о МЧП был Закон о международном частном праве и процессе, принятый в ЧССР в 1963 г. (продолжает действовать в Чехии). В качестве своеобразного приложения к

⁴⁵ Так, Л.П. Ануфриева отмечает: «Отсутствие в нашей стране единого кодифицированного акта, построенного по аналогии с законами о международном частном праве Венгрии, Австрии или Швейцарии и т. д. как всеобъемлющий источник международного частного права, а главное, обусловленные этим такие последствия, как разбросанность норм, подлежащих применению, нередко в этих условиях дублирование регулирования, его противоречивость, многозвенность и многостадийность и проч., неоднократно обсуждались в юридической литературе» (Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 138).

нему в 1991 г. был принят Торговый кодекс, содержащий гл. 3 «Специальные положения для обязательственных отношений в международной торговле», а в 1994 г. – Закон об арбитраже в Международных торговых отношениях и об исполнении арбитражных решений.

В последующие годы аналогичные законы более или менее объемного содержания были приняты еще в ряде европейских стран, к числу последних по времени относятся законы Лихтенштейна 1996 г., Грузии 1998 г., Азербайджана 2000 г., Эстонии 2002 г. Украины 2005 г.

Анализируя данные правовые акты, хотелось бы обратить внимание на законы Австрии 1978 г. и Швейцарии 1987 г., которые, на наш взгляд, наиболее выпукло отражают два подхода к кодификации. Австрийский законодатель ограничился только вопросами коллизии законов, итогом чего стали весьма подробные коллизионные нормы, а некоторые частноправовые институты были впервые в истории МЧП нормативно урегулированы с коллизионной точки зрения. Второй особенностью закона 1978 г. стало то, что по сути впервые в европейском МЧП при выборе компетентного правопорядка на первое место был выдвинут закон, с которым правоотношение наиболее тесно связано (*lex causae*), а остальные правила (по выбору права) рассматриваются законодателем как выражение этого принципа. Таким образом, был сделан решительный шаг к сближению континентального подхода с правилами, действовавшими в странах общего права. Итак, австрийский законодатель пошел по пути создания компактного (всего 53 параграфа), но емкого по содержанию закона, регулирующего вопросы коллизии законов, тогда как процессуальные вопросы регулируются иными правовыми актами.

Иной путь избрал законодатель Швейцарии, который принял в 1987 г. самый крупный закон по МЧП по всем мире: в нем содержится 201 статья. Он является, кроме того, одним из самых комплексных: в нем не нашли отражения, пожалуй, только вопросы иммунитета государства в частноправовых отношениях. Закон включает в себя 13 глав, каждая из которых, в свою очередь состоит из разделов. Наиболее важной с точки зрения понимания логики закона является гл. I «Общие положения», которая задает своеобразный настрой для уяснения всех остальных глав, кроме 12 – «Международный арбитраж» и 13 – «Заключительное положение». В разделе 1 изложена последовательность рассмотрения коллизионных вопросов:

- компетенция, т. е. решается вопрос об юрисдикции;
- применимое право;
- признание и исполнение иностранных решений.

В последующих главах этот подход конкретизируется применительно к отдельным видам правоотношений, осложненных иностранным элементом. Эта последовательность не случайна: именно таковой она возникает перед правоприменительным органом при рассмотрении споров, осложненных иностранным элементом. Благодаря такому изложению закон удобен для практикующих юристов.

Отметим еще две особенности закона.

1. В отличие от австрийского закона принцип наиболее тесной связи является субсидиарным и применим в случаях, прямо предусмотренных законом (ст. 15).

2. В ряде статей содержатся отсылки к положениям международных договоров, участником которых является Швейцарская конфедерация (ст. 49, 83 – отсылка к Гаагской конвенции от 2 октября 1973 г. оправе, применимом к алиментным обязательствам; ст. 85 – отсылка к Гаагской конвенции от 5 октября 1961 г. о юрисдикции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних; ст. 134 – отсылка к Гаагской конвенции от 4 мая 1971 г. о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям).

В государствах второй подгруппы нормы МЧП кодифицированы в отраслевых правовых актах, соответствующие части которых, как правило, носят название «Вводный

закон» (Вводный закон 1942 г. к Гражданскому кодексу Бразилии; Вводный закон 1896 г. к Германскому гражданскому уложению в ред. Закона 1986 г.; Вводный титул Гражданского кодекса Испании 1889 г. с дополн., внесенными Декретом 1974 г.).

Особое место среди стран континентальной (романо-германской) системы права, а именно они относятся к вышеуказанным группам, занимает Франция, где действует старейший гражданский кодекс – Кодекс Наполеона 1804 г., в котором закреплён не используемый в настоящее время статутный подход при регулировании частноправовых отношений, осложнённых иностранным элементом⁴⁶. Положения статутной теории предполагают применение в первую очередь закона суда, т. е. национального права, что и закреплено в ст. 3 Французского гражданского кодекса: «... Управление недвижимым имуществом, в том числе находящимся во владении иностранных граждан, осуществляется в соответствии с французским законом. Законы, касающиеся гражданского состояния и дееспособности лиц, распространяются на французских граждан, в том числе проживающих за границей»⁴⁷. В силу различных объективных и субъективных причин собственно коллизионное регулирование в Кодексе представлено слабо (не более 10 статей). За последующие с момента его принятия почти два века в текст было включено ещё несколько статей (в 1972 г. – ст. 311-14—311-18, в 1975 г. – ст. 310, в 1997 г. – статьи 1397-2—1397-5), но и они кардинально положение дел не изменили.

После Второй мировой войны в Национальное собрание Франции дважды вносились проекты закона о МЧП (1959 и 1969 гг.), но обе попытки были неудачны, в связи с чем Франция является единственным в Европе (да, пожалуй, и во всем мире) развитым государством, в котором коллизионное право не кодифицировано и, если рассматривать с точки зрения законодательного закрепления, практически отсутствует. В этих условиях судебная практика стала во Франции по сути единственным источником французского международного частного права. Французские суды путем толкования соответствующих норм Кодекса вывели ряд коллизионных правил о пределах применения иностранных законов. Примечателен и тот факт, что неправильное применение иностранного права не является в этой стране основанием для кассации, что дополнительно усложняет положение иностранных физических и юридических лиц.

К странам третьей группы относятся те, где действует общая система права, т. е. господствует «его Величество прецедент». В этих государствах (США, Великобритания, Канада, Австралия и др.) практически отсутствует кодификация МЧП, хотя по отдельным вопросам, в первую очередь внешнеэкономическим, приняты законодательные акты. В этих условиях важное значение имеют неофициальные кодификации, которые, не являясь источником МЧП, тем не менее служат своеобразной «нитью Ариадны» как для участников соответствующих правоотношений, так и для правоприменительных органов. В США это Свод законов о конфликте законов 1934 г., составленный Американским институтом права на основе трехтомного курса Биля, и второй Свод законов о конфликте законов, вышедший в 1971 г., а в Великобритании – курс Дайси.

Рассмотрим более подробно состояние МЧП в наиболее значимых странах этой группы – США и Великобритании.

В соответствии с Конституцией США (десятая поправка) принятие частноправовых законов относится к компетенции штатов, исходя из чего можно говорить о существовании двух уровней правового регулирования – федеральном и на уровне штатов, причем федеральные законы начинают действовать на территории соответствующего штата после их одобрения и принятия местным законодательным органом, что приводит к тому, что те или

⁴⁶ Подробнее о теории статутов см., напр.: Лунц Л.А. Указ. соч. С. 122–130.

⁴⁷ Цит. по: Французский гражданский кодекс / Науч. ред. и предисловие канд. юрид. наук Д.Г. Лаврова. Пер. с фр. А.А. Жуковой, Г.А. Пашковой. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2004. С. 112.

иные федеральные законы действуют в разных редакциях. Положение усугубляется наличием в штатах собственной судебной системы, действующей независимо от федеральной.

В итоге одинаковые положения федеральных законов судами различных штатов могут толковаться по-разному. Таковы общие предварительные замечания. На федеральном уровне по интересующим нас вопросам необходимо отметить такие правовые акты, как:

Единообразный торговый кодекс 1952 г.⁴⁸ с изм., внесенными в текст в 1962, 1966, 1972, 1977, 1987, 1989, 1990 гг.;

Закон США о торговле 1974 г. с посл. поправками;

Закон США о регулировании экспорта 1988 г.;

Закон США об иммунитетах иностранных государств 1976 г.

Наиболее важное значение среди вышеназванных законов имеет Единообразный торговый кодекс (ЕТК), содержащий ряд важных коллизионных принципов, хотя назвать его законченной кодификацией торгового права США было бы вряд ли уместным. Можно выделить три основных подхода, зафиксированных в ст. 1—105 ЕТК:

1) допустима автономия воли сторон, но избранное ими право должно иметь разумную связь со сделкой, и в отношении их соглашения ЕТК не устанавливает исключений;

2) в отсутствие соглашения сторон суд применяет действующую в его штате редакцию ЕТК только к сделкам, имеющим надлежащую связь с этим штатом;

3) когда нормы ЕТК определяют применимое право, соглашение сторон об ином во внимание принимается только в той мере, в какой это допускается таким применимым правом (включая его коллизионные нормы).

В настоящее время в той или иной редакции ЕТК принят 49 штатами (за исключением Луизианы), что продемонстрировало признание важности единообразного регулирования в торговой области.

На уровне штатов существуют различные подходы к правовому регулированию гражданских правоотношений международного характера, но в большинстве случаев основную роль играет судебная практика. Исключением является штат Луизиана, где Законом 1991 г. № 923 была осуществлена кодификация коллизионного законодательства, являющаяся единственным примером подобного рода в США. В данном правовом акте осуществлена кодификация – и далеко не полная – только коллизионных норм и никак не затронуты вопросы международного гражданского процесса. Определенный интерес представляет собой содержание ст. 3516, в которой раскрыто значение понятия «штат». Так, «слово «штат» обозначает, в зависимости от обстоятельств: Соединенные Штаты или любой штат, территорию или владение таковых; Округ Колумбию; Содружество Пуэрто-Рико и любое иностранное государство или территориальное подразделение такового, которое имеет собственную систему права».

Несколько иное положение на родине прецедента – в Великобритании. Оставаясь важнейшим источником правового регулирования, прецедент медленно, но ощутимо сдает свои позиции в сфере МЧП закону. Рассматривая проблемы кодификации МЧП в Великобритании, известный английский ученый П. Норт отмечает, что в результате усилий учрежденной в 1965 г. Правовой комиссии, с одной стороны, и участия Великобритании в ЕС и Гаагских конвенциях, с другой, вероятно, в ближайшие несколько лет произойдет большая трансформация английского МЧП из прецедентного права в реформируемое статутное право. Единственная область, которая, по-видимому, останется существенно не затронутой этой реформой, – право собственности. Следует, однако, отметить, что в данном случае речь идет в большинстве своем не о «внутреннем побуждении» законодателя, а о необходимости выпол-

⁴⁸ Единообразный торговый кодекс США: Пер. с англ. / Серия: Современное зарубежное и международное частное право. М.: Междун. центр фин. – эконом. развития, 1996.

нять обязательства, связанные со вступлением в международные организации. Сейчас уже можно назвать свыше десяти правовых актов, принятых в последние годы в Великобритании по различным вопросам, относящимся к сфере МЧП. Вот лишь некоторые из них: Закон о завещаниях 1963 г.; Закон об усыновлении 1968 г.; Закон о государственном иммунитете 1978 г.; Законы об арбитраже 1975 г. и 1996 г.; Закон 1975 г. о доказательствах (разбирательства в других юрисдикциях); Закон об иностранных корпорациях; Закон 1995 г. О международном частном праве (различные положения).

О последнем из названных законов немного подробнее. Он посвящен лишь некоторым вопросам в этой сфере права, и они перечислены в его преамбуле: «Закон для принятия положений о процентах на присужденные долги и арбитражные решения, выраженные в валюте иной, чем стерлинги; для принятия далее положений в отношении браков, заключенных не состоящими в браке лицами по праву, которое позволяет полигамию; для принятия положений о коллизионных нормах при правонарушениях и деликтах и для связанных с этим целей». Итак, Закон содержит нормы, регулирующие только три вида правоотношений. И последнее, что хотелось сказать об английском законодательстве: необходимо помнить, что Великобритания состоит из собственно Англии, Шотландии, Уэльса и Северной Ирландии. Провозглашенный в середине 90-х гг. прошлого столетия курс на расширение прав каждой из этих частей страны уже привел к возникновению шотландского, уэльского и северно ирландского (в меньшей степени) права, и можно говорить о наличии МЧП Шотландии, МЧП Уэльса и МЧП Северной Ирландии, различия в содержании которых по некоторым вопросам существенны.

Уникальным явлением признается Гражданский кодекс Квебека⁴⁹ 1991 г., книгах которого «Международное частное право», состоящая из 100 статей, представляет собой единственную в Северной Америке и в странах общего права в целом полномасштабную и комплексную кодификацию МЧП. По содержанию нормы МЧП ГК Квебека представляют собой удачный компромисс между основными правовыми системами современности, причем если коллизионные нормы собственно МЧП несут на себе явный отпечаток швейцарского и германского подхода, то нормы международного гражданского процесса сформированы под воздействием англо-американской школы.

⁴⁹ Гражданский кодекс Квебека. М.: Статут, 1999.

§ 3. Международный договор как источник международного частного права

Ученые придерживаются различных точек зрения относительно признания международного договора источником МЧП. С некоторыми из них можно ознакомиться в учебнике Л.П. Ануфриевой⁵⁰. Нами отмечалось, что независимо от теоретических баталий практика регулирования частноправовых отношений международного характера, особенно в сфере внешнеэкономической, свидетельствует во всех странах о признании международного договора в качестве источника МЧП⁵¹.

В наши дни международное регулирование отношений гражданско-правового характера договорным путем приобретает все большее значение. Достаточно сказать, что в ряде областей в связи с отсутствием во внутригосударственном праве соответствующих норм (особенно это касается регулирования непосредственных внешнеэкономических отношений) регламентация осуществляется во многом нормами международных договоров.

Современные международные договоры, направленные на регламентацию отношений гражданско-правового характера, содержат как материально-правовые, так и коллизионные нормы. Наилучшим методом договорно-правовой унификации, как правило, считается создание единообразных материально-правовых норм, однако достичь такого регулирования удастся далеко не по всем вопросам. Ранее при характеристике материально-правового способа правового регулирования мы называли основные сферы его применения. Более того, это регулирование во многих случаях недостаточно, поэтому в ряде договоров наряду с материально-правовыми содержатся унифицированные коллизионные нормы (например, конвенции КОТИФ 1980 г.). Существует множество международных договоров, устанавливающих исключительно коллизионное регулирование тех или иных отношений гражданско-правового характера (например, Кодекс Бустаманте 1928 г.; конвенции, заключенные в рамках Гаагской конференции по международному частному праву; Конвенция стран СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. с Протоколом к ней 1997 г. и др.).

Таким образом, международные договоры, содержащие нормы МЧП, с известным допущением можно разделить на несколько групп:

- 1) МД, состоящие из единообразных коллизионных норм;
- 2) МД, содержащие материально-правовые нормы;
- 3) МД смешанного характера, т. е. такие, в которых сформулированы и коллизионные, и материальные нормы;
- 4) МД, регулирующие вопросы международного гражданского процесса, т. е. процессуальные нормы.

При этом необходимо учитывать, что, как уже было сказано, существует группа договоров, предусматривающих как коллизионно-правовое, так и материально-правовое регулирование.

Число международных договоров, действующих в настоящее время, весьма велико, что влечет за собой ряд последствий, на два из которых следует обратить особое внимание.

1. Прежде чем применить к конкретному правоотношению внутреннее право, необходимо убедиться, что отсутствует принятый по данному вопросу международный договор.

⁵⁰ Ануфриева Л.П. Указ. соч. С. 145–155.

⁵¹ См., напр.: Информационное письмо Президиума ВАС РФ от 16 февраля 1998 г. № 29; Постановление Пленума ВАС РФ от 11 июля 1999 г. № 8.

2. Некоторые авторы отмечают, что в связи с наличием большого числа договоров иногда возникает коллизия между положениями соответствующих международных договоров, что, видимо, предполагает внимательное изучение как состава их участников, так и положений самого договора с целью уяснения сферы его действия.

Представляется невозможным и, более того, не столь необходимым дать в рамках настоящей лекции анализ существующих в сфере МЧП международных договоров, тем более что о многих из них пойдет речь при рассмотрении конкретных видов правоотношений. Здесь хотелось бы высказать ряд общих положений.

К международным договорам, содержащим нормы международного частного права, полностью применимы общепризнанные принципы международного (публичного) права, а также положения Венской конвенции 1969 г. о праве международных договоров и Венской конвенции 1986 г. о праве договоров между государствами и международными организациями и между международными организациями – нормы международных договоров начинают действовать на территории соответствующего государства только после процедуры, предусмотренной его внутренним правом. В рамках этой процедуры, конкретные формы которой также определяются внутренним законодательством, происходит своеобразная «прописка» общепризнанных принципов и норм международного права и положений международных договоров в правовой системе страны, при которой эти принципы, нормы и договоры, не вторгаясь прямо во внутригосударственный правовой комплекс, взаимодействуют с ним при регулировании правоотношений.

Став частью правовой системы страны, международные договоры существуют и действуют, тем не менее, достаточно автономно, что объясняется рядом причин, а именно:

1) правовые термины, используемые в нормах международных договоров, подлежат толкованию в соответствии с их целями, задачами, а иногда и конкретным толкованием, сформулированным в самом договоре, а оно (толкование) может не совпадать с толкованием во внутреннем праве;

2) пространственная сфера действия международного договора всегда уже действия норм внутригосударственного права, ибо его положения действуют только в отношениях между его участниками;

3) положения международного договора являются обязательными только в течение срока его действия; выход государства из договора означает прекращение его действия в отношении данного государства.

Действующий в настоящее время в большинстве стран мира принцип примата норм международного права над нормами внутригосударственного права означает, что в случае возникновения коллизии между ними приоритет будет иметь норма международного договора (п. 4 ст. 15 Конституции РФ; ст. VI Конституции США; ст. 55 Конституции Франции и др.).

Исходя из того, что положения международных договоров в сфере МЧП адресованы не государству, а физическим или юридическим лицам – участникам гражданско-правовых отношений, а в этой сфере широко применим принцип «автономии воли», многие из международных договоров содержат нормы, предусматривающие возможность участникам соответствующих отношений отказаться полностью или частично от правил, в нем содержащихся, и избрать иное право, несмотря на то что они принадлежат к странам – участницам договора, однако данный отказ должен быть явно выражен.

Таковы, на наш взгляд, основные положения, относящиеся к характеристике международных договоров в области МЧП.

Международные договоры подразделяются на: многосторонние, или универсальные; региональные; двухсторонние.

В сфере МЧП количество универсальных международных договоров относительно невелико, и в основном они посвящены регулированию тех вопросов, которые имеют значение для всех стран. Это отношения в сфере международной торговли, морской и воздушной перевозки грузов и пассажиров, защиты прав интеллектуальной собственности и иностранных инвестиций, международного гражданского процесса.

Гораздо большее значение имеют региональные и двухсторонние договоры. Среди первых особое место занимает правовое регулирование частноправовых отношений международного характера в странах Европейского Союза. Интеграция внутри ЕС достигла значительного уровня, что позволяет говорить о том, что «европейское право все более дополняет МЧП и даже частично замещает его: там, где действует право Сообщества, исключается конкуренция между нормами национального права государств-членов и применение коллизионного права становится излишним... В области частного права гармонизация затрагивает прежде всего торговое и обязательственное право, право компаний, в меньшей степени семейное и наследственное право»⁵². Среди иных региональных соглашений необходимо назвать Кодекс Бустаманте 1928 г. (действует на территории 15 стран Центральной и Южной Америки). На американском континенте начиная с 1975 г. каждые три года проходят конференции по международному частному праву, в ходе которых принято уже свыше 20 конвенций: Соглашение о северо-американской зоне свободной торговли (НАФТА) 1994 г. (участники – США, Канада, Мексика). Действует Конвенция стран СНГ о правовой помощи и правовым отношениям по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. В других регионах (Азия, Африка) процесс создания региональных соглашений только начался.

«Важное место, – отмечает Г.К. Дмитриева, – в развитии международного частного права занимают двухсторонние договоры, заключаемые между государствами. Особая роль принадлежит договорам об оказании правовой помощи. Они предусматривают применение взаимоприемлемых коллизионных норм по широкому кругу частных правоотношений с иностранным элементом (право – и дееспособность физических и юридических лиц, отношения собственности, наследственные и семейно-брачные отношения и др.), а также содержат правила по гражданскому процессу. Среди двухсторонних договоров заметную роль играют консульские соглашения, соглашения о взаимной защите инвестиций, по интеллектуальной собственности, перевозкам, гражданскому процессу, соглашениям об экономическом, промышленном и научно-техническом сотрудничестве, торговые договоры и др.»⁵³.

Российская Федерация по разным причинам не участвует в целом ряде международных договоров в сфере МЧП, в первую очередь европейских (к примеру, из 32 Гаагских конвенций участвует только в двух), в связи с чем для России важное значение имеют двухсторонние соглашения, число которых по различным вопросам достигает более двухсот.

Отдельного упоминания заслуживает законодательство СНГ в области международного частного права. Не вдаваясь в его подробный анализ, необходимо отметить следующее.

1. В целях сближения и гармонизации законодательства в сфере МЧП в феврале 1996 г. Межпарламентской Ассамблеей СНГ была принята часть третья Модельного гражданского кодекса, где имеется раздел «Международное частное право»⁵⁴. Содержание данного раздела оказало существенное влияние на законодательство таких стран, как Россия, Армения, Белоруссия, Казахстан, Киргизия, Узбекистан. В остальных странах СНГ влияние Модельного гражданского кодекса по разным причинам менее ощутимо.

⁵² Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. докт. юрид. наук Ю.М. Юмашева. М.: Международные отношения, 2001. С. 19.

⁵³ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 96.

⁵⁴ Гражданский кодекс. Часть третья. Модель. Приложение к «Информационному бюллетеню Межпарламентской Ассамблеи государств-участников Содружества Независимых Государств». 1996. № 10.

2. Помимо Модельного гражданского кодекса между странами СНГ заключен целый ряд многосторонних и двухсторонних договоров, регулирующих частноправовые отношения:

Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с разрешением хозяйственных споров, 1992 г. (Киевское соглашение);

Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (Минская конвенция)⁵⁵;

Евразийская патентная конвенция 1994 г.;

Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территории государств – участников Содружества 1998 г. (Московское соглашение);

Соглашение между Российской Федерацией и Республикой Беларусь о порядке взаимного исполнения судебных актов арбитражных судов Российской Федерации и хозяйственных судов Республики Беларусь 2001 г. (Московское соглашение).

Указанные международные договоры содержат как унифицированные коллизионные, так и единообразные материальные нормы, которые значительно облегчают регулирование соответствующих правоотношений.

В последние годы Межпарламентской Ассамблеей СНГ принят ряд модельных законов о правовом регулировании налоговых, таможенных вопросов, отношений в сфере интеллектуальной собственности.

⁵⁵ В октябре 2002 г. в Кишиневе текст Конвенции был пересмотрен, но Россия не ратифицировала эту новую редакцию. – См. Информационный вестник Совета глав государств и Совета глав правительств СНГ. № 2(41), 2002.

§ 4. Обычай как источник международного частного права

В самом широком смысле правовой обычай в частноправовых отношениях является старейшей формой права, но значимость его в современных условиях весьма ограничена. Юристы многих стран видят в нем устаревший источник права⁵⁶. Тем не менее в ряде сфер, особенно предпринимательской, коммерческой, торговом мореплавании, финансово-кредитных отношениях, а во многих странах Африки (особенно экваториальной), Азии – и в семейно-брачных, наследственных, обычай является регулятором правоотношений.

Так, характеризуя современное правовое регулирование семейно-брачных отношений в Индии, Н.А. Крашенинникова отмечает, что они регулируются «с одной стороны современными правовыми нормами, основанными на конституционных принципах равенства мужчины и женщины в обществе, в семье, в браке, и с другой стороны, – архаическими, продолжающими действовать кастовыми обычаями, брачными запретами, предписаниями, отводящими женщине роль неполноправного, зависимого от отца, мужа, родственников мужа существа»⁵⁷.

Весомая роль обычаев в шариате (мусульманском праве). «Так, Сунна (священное предписание, т. е. сборник многочисленных рассказов (хадисов) о суждениях и похождениях самого Мухаммеда) признавала правовые обычаи, сложившиеся в самом арабском обществе и существовавшие еще при жизни Мухаммеда (урф), а иджда – даже некоторые обычаи иностранного происхождения»⁵⁸.

Интерес представляет отношение к обычному праву в государстве Израиль. Во вступительной статье к изданному в 2003 г. Гражданскому законодательству Израиля отмечается: «В связи с тем что Израиль представляет собой государство, где религия и государство не разделены, в нем существует система как светских, так и религиозных судов. Так, деятельность раввинатских судов строится на основе норм религиозного еврейского права – Галахи, мусульманских – на основе мусульманского религиозного права (законов шариата), христианских судов – на основе норм соответствующих христианских общин. При этом ряд вопросов отнесен к исключительной компетенции религиозных судов, например вопросы брака и развода супружеской пары, в которой оба супруга относятся к одной и той же религии. В то же время ряд гражданско-правовых споров рассматривается как в светских, так и в религиозных судах (например, споры об алиментах, воспитании детей, разделе имущества супругов и др.)»⁵⁹.

На наш взгляд, одним из важных факторов, определяющих роль и место обычая как источника международного частного права, является разграничение обычаев, существующих во внутреннем праве, и международных обычаев, т. е. используемых в сфере международного общения.

⁵⁶ См., напр.: Теория государства и права: Учеб. для юрид. вузов и факультетов/ Под ред. В.М. Корельского и В.Д. Перевалова. М.: НОРМА-ИНФРА-М, 1999. С. 531, 532; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 389 и сл.; Романов А.К. Правовая система Англии: Учеб. пособие. 2-е изд., испр. М.: Дело, 2002. С. 180 и др.

⁵⁷ Крашенинникова Н.А. Брачно-семейное право Индии: современный и традиционный аспекты // Вестник Московского университета. Серия 11. Право. 2000. № 4. С. 69.

⁵⁸ Арсанукаева М.С. Арабский халифат. Шариат (мусульманское право): Лекция. М.: Издательско-книготорг. центр «Маркетинг» МУПК, 2002. С. 18.

⁵⁹ Гражданское законодательство Израиля/ Сост., предисл., пер. с иврита члена Адвокатской палаты Санкт-Петербурга и Коллегии адвокатов государства Израиль М.С. Хейфец; науч. ред. – директор Института независимых правовых и экономических исследований «Юридический центр – Наука» Н.Э. Лившиц. СПб.: Юрид. центр Пресс, 2003. С. 13.

Анализ начнем с внутреннего права. Под обычаем понимается единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике и имеющее обязательную юридическую силу, приобретаемую посредством санкционирования (разрешения) со стороны государства. Примечательны признаки правового обычая в Великобритании. К их числу относятся существование обычая с незапамятных времен (конец «незапамятных времен» определен в Первом вестминстерском статуте 1275 г. 1189 годом); разумность, определенность, обязательность и непрерывность действия⁶⁰.

В современных условиях санкционированный обычай крайне редко выступает в качестве источника права, особенно в праве развитых стран, где считается, что правовые обычаи противоречат целям унифицированного и кодифицированного законодательства. В странах общего права, в частности в Великобритании, правовому обычаю придается самостоятельное значение в таких сферах, как местное самоуправление, торговый оборот, конституционный процесс.

Близка к этой позиция российского права. Пункт 1 ст. 6 ГК РФ содержит общее положение, в соответствии с которым если отношения прямо не урегулированы гражданским законодательством или соглашением сторон, то к ним применимы обычаи делового оборота. Данный подход законодателя конкретизируется в ряде статей Гражданского кодекса (п. 5 ст. 421, ст. 836, 848, 853, 862 и др.). Само же определение обычая делового оборота дано в ст. 5 ГК РФ, в соответствии с которой под ним понимается «сложившееся и широко применяемое в какой-либо отрасли предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе». Допустимость применения правового обычая к регулированию частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, сформулирована в ст. 1186 ГК РФ, ст. 414 КТМ РФ, а также вытекает из смысла ст. 28 Закона о международном коммерческом арбитраже 1993 г.

Помимо различий в сфере применения обычая национальное право разных стран по-разному определяет его место в иерархии правовых норм. В законодательстве Италии и Австрии содержится положение, в соответствии с которым обычай применяется лишь тогда, когда закон прямо отсылает к нему, а в ФРГ, Швейцарии, Греции закон и обычай – источники одного уровня. В Великобритании и других странах общего права вопрос о применении обычая решает правоприменительный орган.

«Последний прецедент, – отмечает А.К. Романов, – которым обычай был признан в качестве источника права Англии, состоялся в 1898 г. В решении по одному из дел суд определил, что переуступка требований по долговым обязательствам должна рассматриваться как субъективное право, существование которого предусматривается не законом, а обычаями торгового оборота»⁶¹. По мнению Р. Давида, закон в ряде случаев для своего понимания нуждается в обычае⁶². Анализируя гражданское законодательство России, Г.К. Дмитриева делает вывод, что «из содержания ст. 5, 6, 421, 422 следует, что обычаи делового оборота применяются только в области предпринимательской деятельности, которая регулируется гражданско-правовыми нормами в следующей последовательности: 1 – императивными нормами законов и подзаконных актов; 2 – соглашением сторон (договорными условиями); 3 – диспозитивными нормами законов и подзаконных актов; 4 – обычаями делового оборота; 5 – гражданским законодательством по аналогии»⁶³.

⁶⁰ Романов А.К. Указ. соч. С. 181

⁶¹ Романов А.К. Указ. соч. С. 187.

⁶² Давид Р. Основные правовые системы современности. М., 1988. С. 128, 129.

⁶³ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Прогресс, 2000. С. 73.

И далее следует парадоксальная, на наш взгляд, фраза «...обычаи делового оборота источником международного частного права не являются». Почему? Непонятно.

Вторым видом правового обычая, признаваемого в качестве источника МЧП, является международный обычай, под которым в соответствии со ст. 38 Статута Международного Суда ООН понимается «доказательство всеобщей практики, признаваемой в качестве правовой нормы». Исходя из этого понятия, выделяются два признака международного обычая: 1 – длительность применения какого-либо правила поведения в отношениях между государствами; 2 – использование данного правила как регулятора правоотношений всеми или большинством государств. В международном (публичном) праве существует ряд подходов относительно момента превращения правила поведения в обычно-правовую норму, исходя из которых он (т. е. этот момент) наступает тогда, когда правило поведения рассматривается как доказательство при разрешении спора и (или) государства ссылаются на него в официальной переписке. Но данные положения действуют в сфере публично-правовых отношений. Применительно к частноправовым отношениям международного характера международный обычай можно рассматривать в качестве источника МЧП лишь в том случае, если государство в той или иной форме явно признает его в данном качестве. Так, например, ч. 2 ст. 285 КТМ РФ содержит прямую отсылку к Йорк-Антверпенским правилам об общей аварии в ред. 1994 г., в Законе Украины от 16 апреля 1991 г. о внешнеэкономической деятельности говорится, что «при составлении внешнеэкономических контрактов их субъекты имеют право использовать известные международные обычаи». Иногда такое санкционирование применения международного обычая содержится в разъяснениях или обзорах высших судебных и арбитражных органов. В пункте 11 информационного письма Президиума ВАС РФ от 25 декабря 96 г. № 10 установлено, что «арбитражный суд при решении спора применяет обычаи в сфере международной торговли, используя формулировки «ИНКОТЕРМС», если стороны договорились об этом при заключении внешнеэкономического контракта».

Таким образом, если государство признает тот или иной международный обычай в качестве регулятора частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, его можно рассматривать как источник международного частного права. Наиболее широко распространены обычаи в таких сферах, как:

- международная торговля;
- международные финансово-кредитные отношения;
- международное торговое мореплавание;
- третейское рассмотрение внешнеэкономических споров;
- международное торговое страхование.

Рассматривая причины возникновения обычаев международной торговли (они в целом характерны и для остальных вышеуказанных отраслей), Ж. Шапира называет следующие: «необеспеченность со стороны государств и различия в национальных законодательствах»⁶⁴. Действительно, торговое право государств различно по своему содержанию, а процедура создания единообразных (коллизийных и материально-правовых норм), как правило, занимает длительное время (созданной в 1966 г. Комиссией ООН по праву международной торговли только в 1980 г. был окончательно подготовлен текст конвенции о договорах международной купли-продажи товаров, вступивший в силу в 1988 г.). Отсутствие или неполная правовая реализация вынуждает участников соответствующих правоотношений искать иные способы регулирования своих отношений. Один из них – применение обычаев международной торговли, сложившихся на протяжении веков первоначально в рамках

⁶⁴ Шапира Ж. Международное право предпринимательской деятельности. Пер. с фр. примеч. автора Островской и Д.Г. Малькова. М.: Прогресс, 1993. С. 47 и далее.

так называемого купеческого права⁶⁵. Но, как отмечает Г.К. Дмитриева, «главная трудность в применении торговых обычаев заключается в том, что они неписанные»⁶⁶ и, следовательно, воспринимаются участниками по-разному в разных регионах, в разных странах. Для предотвращения возникающих при этом проблем широкое распространение получила неофициальная кодификация или унификация обычаев международного делового оборота, осуществляемая в рамках как международных правительственных организаций (Европейская экономическая комиссия ООН, Комиссия ООН по праву международной торговли и др.), так и неправительственных организаций (Международная торговая палата, Международная ассоциация воздушного транспорта). Среди подобных унификаций наибольшей известностью пользуется подготовленная в рамках МТП Международная коммерческая терминология (ИНКОТЕРМС), последняя редакция которой подготовлена в 2000 г.

⁶⁵ О возникновении, развитии и современном этапе купеческого (торгового, предпринимательского) права см., напр.: Шапира Ж. Указ. соч. С. 6—13.

⁶⁶ Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Прогресс, 2000. С. 384.

§ 5. Судебная и арбитражная практика как источник международного частного права

Согласно положениям теории права, выделяют четыре вида источников права: нормативный акт, судебный прецедент, санкционированный обычай и договор. Под судебным прецедентом (от лат. *praecedens* — предшествующий) понимается «решение, вынесенное судом по конкретному делу, обоснование которого считается правилом, обязательным для других судов при решении аналогичных дел»⁶⁷.

Роль прецедента как источника права неодинакова в различных правовых системах, но даже в странах романо-германской системы, где традиционно ведущую роль играет нормативный акт, отношение к судебному прецеденту неоднозначно. На наш взгляд, достаточно условно можно выделить три группы стран в зависимости от роли прецедента в правовом регулировании.

К первой группе относятся страны «общего» права, где в силу исторических причин «ни перед законодателем, ни в правоприменительной практике никогда не стоит проблема подлежащего заполнению «пустого правового пространства» путем издания правовых актов. Наоборот, там всегда исходят из изначального существования общего права как постоянно действующей всеобъемлющей юридической данности (*all-embracing law*)»⁶⁸. Данная цитата, относящаяся к праву Англии, применима и к иным странам общего права с учетом, разумеется, существующих отличий. «По своему происхождению, — отмечает А.К. Романов, — общее право — это право, которое никто не вводил и никто не принимал. Оно не является правом, официально провозглашаемым государством, а поэтому ближе к правовым обычаям и представляет собой по существу неписанное право»⁶⁹. Английские судьи раскрывают содержание общего права и применяют его в процессе постепенного изучения конкретных прецедентов. Связанность прецедентом ведет к формированию стиля, который позволяет наиболее точно оценивать особенности каждого конкретного дела и стимулирует стремление правильно определить его индивидуальную специфику.

Конкретизируя современное состояние прецедентного права Великобритании, можно отметить следующие моменты.

Принцип прецедента действует по вертикали, определяя обязанность судей следовать решениям соответствующих вышестоящих судов. Решения вышестоящих судов, к которым относятся Судебный комитет Палаты лордов, Апелляционный суд, Высокий Суд и Суд Короны⁷⁰, обязательны для нижестоящих судов, но не связывают вышестоящие.

Начиная с 70-х гг. XX столетия серьезную конкуренцию общему праву начинает составлять статутное право, особенно в сфере международной торговли, что во многом обусловлено вступлением Великобритании в 1972 г. в Европейское экономическое сообщество.

Вторым значительным представителем этой группы являются Соединенные Штаты Америки. В отличие от Великобритании прецедентное право США имеет ряд особенностей: основные вопросы гражданско-правового регулирования подлежат правотворческой компетенции отдельных штатов, которые к тому же имеют собственную судебную систему, не входящую в федеральную;

⁶⁷ Большой энциклопедический словарь. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Большая Российская энциклопедия, СПб.: «Норинт», 1997. С. 957.

⁶⁸ Scarman, ETglish Law – The new Dimension. 1974. Цит. по: КохХ., МагнусУ., Винклер фон Моренфельс П. Указ. соч. С. 352.

⁶⁹ Романов А.К. Указ. соч. С. 65.

⁷⁰ С 1971 г. Апелляционный суд, Высокий Суд и Суд Короны являются подразделениями Верховного Суда.

американские суды более свободно, чем английские, обращаются с прецедентами и не чувствуют себя столь же жестко связанными решениями вышестоящих судебных инстанций;

усилившееся в последние годы законотворчество как на уровне федерации, так и в отдельных штатах, привело к тому, что можно говорить о наличии смешанной системы прецедентного и статутного права в сфере гражданского и экономического права.

Оценивать современную правоприменительную практику США достаточно сложно. С одной стороны, отсутствие некоего правового «шаблона» позволяет судам учитывать малейшие нюансы конкретного спора, а с другой – этот же фактор, усугубляемый местным и федеральным национализмом, позволяет американской стороне спора иметь преимущества. В связи с этим по-прежнему актуальным остается мнение Л.А. Лунца, который отмечал, что «классическая англо-американская доктрина коллизионного права, построенная на базе длительного опыта, в США полностью разрушена, а взамен нее в практике главным образом господствует прагматический, лишенный руководящих начал подход к разрешению конкретных дел, приводящий к тому, что не только в различных судах применяются различные правила, но решения в одном и том же суде часто провозглашают противоречивые начала по этому вопросу Данное запутанное состояние усугубляется тем, что Верховный суд США вынес ряд решений, в силу которых федеральные суды должны применять коллизионные нормы того штата, на территории которого находится суд, рассматривающий дело»⁷¹.

В большей или меньшей степени общее право действует на большей части Канады, в Австралии, Новой Зеландии и Ирландии, а в бывших английских колониях Азии, Африки и Карибского бассейна играет определяющую роль, хотя после обретения независимости в этих странах наблюдается тенденция к возвращению местного права, основанному, как правило, на обычаях.

Ко второй группе относятся страны различных правовых семей, в которых судебный прецедент официально признан источником права, но его использование связано с определенными условиями. В тех случаях, когда законодатель открыто признает, что закон не может предусмотреть все, он, тем не менее, требует от судьи вынести решение, и судья не может уклониться от этой обязанности под предлогом молчания или неясности права (ст. 4 Французского гражданского кодекса), но при этом законодатель в следующей статье запрещает судьям выносить решение по делам в виде общего распоряжения. Более четко сформулирована ст. 1 Швейцарского гражданского кодекса, в которой содержится следующее указание: при отсутствии закона и обычая судья должен решать на основании такого правила, которое он установил бы, если бы был законодателем, следуя традиции и судебной практике. Признан прецедент и в других странах континентальной Европы (Германия, Италия, Лихтенштейн, Монако, Люксембург, Финляндия, Швеция, Испания), а также в государствах Латинской Америки.

Допускает применение судебного прецедента и шариат. Как отмечают К. Цвайгерт и Х. Кетц, «... четвертый и последний «корень» (исламского права – *прим. автора*) – принцип суждения по аналогии «кыяс», т. е. применение соответствующих норм, сформулированных в Коране, сунне или иджеме, к новым аналогичным случаям»⁷². Однако, как утверждает М.С. Арсанукаева, он является «одним из спорных источников мусульманского права, вызвавшим острые разногласия между разными направлениями»⁷³. Действуют нормы общего права и в Индии. После обретения независимости страна предприняла значительные усилия по

⁷¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. В 3-х т. М.: Спарк, 2002. С. 87.

⁷² Цвайгерт К., Кетц Х. Введение в сравнительное правоведение в сфере частного права. В 2-х т. Т. 1. Основы: Пер. с нем. М.: Междунар. отношения, 1995. С. 453.

⁷³ Арсанукаева М.С. Указ. соч. С. 18.

созданию собственной правовой системы, имея в основе традиционное индусское право, но «юридическая комиссия, созданная в 1955 г., высказалась, однако, против (кардинальных) изменений. Она сочла, что современное состояние настолько непосредственно вытекает из развития права и так укоренилось в психологии юристов, что было бы невозможным изменить его, хотя это и кажется желательным»⁷⁴.

К третьей группе относятся государства, право которых не рассматривает судебный прецедент в качестве официального источника права. Сюда относятся многие страны романо-германской системы права, дальневосточной правовой семьи. К этой же группе принадлежит и Россия. Однако в этих странах уже на протяжении длительного времени идет оживленная дискуссия относительно возможности придания судебному прецеденту статуса официального источника права. Пока идет этот спор, жизнь не стоит на месте и судебный прецедент, именуемый повсеместно «обзоры судебной (арбитражной) практики», занял место среди источников права.

Ближайшая (тактическая) задача прецедента заключается, как отмечает Т.Н. Нешатаева, анализируя содержание ст. 304 АПК РФ, в том, чтобы «обеспечить единообразное понимание права и защиту публичного порядка, а конечная (стратегическая) цель – обозначить необходимость создания новой нормы права или изменения действующей»⁷⁵. По ее мнению, судебные прецеденты могут содержаться как в общих постановлениях по вопросам судебной практики, так и в решениях по конкретному делу. В Российской Федерации возможно создание прецедентов обоих типов в Постановлениях Пленумов Верховного или Высшего Арбитражного Суда⁷⁶.

Соглашаясь в целом с данной позицией, хотелось бы отметить, что помимо ст. 304 АПК РФ и иные правовые акты допускают применение прецедента как источника права. Именно таким образом можно интерпретировать содержание ч. 1 ст. 1191 ГК РФ, в силу которой «при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве».

Однако противники признания прецедента, несмотря на реалии правоприменительной практики и зарубежный опыт, по-прежнему настаивают на своей позиции, и их аргументы сводятся к следующему:

это ассоциировалось бы с разрушением законности, понимаемой как строгое и неукоснительное соблюдение законов и других законодательных актов;

это могло бы привести к судебному произволу в процессе одновременного выполнения законотворческих и правоприменительных функций;

это вело бы к ослаблению правотворческой деятельности законодательных органов.

В последнее время приводится еще один аргумент: это является нарушением конституционного положения о разделении властей, каждая из которых вправе осуществлять только соответствующие функции⁷⁷.

Обстоятельно анализируя каждый из данных аргументов, профессор М.Н. Марченко показывает их несостоятельность и приходит ко вполне логичному выводу о давно назревшем признании «судейского правотворчества» наряду с парламентским⁷⁸, разумеется, в рам-

⁷⁴ Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. Пер. с фр. В.А.Туманова. М.: Междунар. отношения, 1999. С. 354.

⁷⁵ Нешатаева Т.Н. Указ. соч. С. 66.

⁷⁶ Там же. С. 67.

⁷⁷ См., напр.: Загайнова С. К. Судебный прецедент: проблемы правоприменения (Современный гражданский и арбитражный процесс). М.: НОРМА, 2002.

⁷⁸ Марченко М.Н. Является ли судебная практика источником российского права? // Журнал российского права. 2000. № 12. С. 11–21.

ках существующей в России правовой системы. Последнее слово в этом споре, разумеется, принадлежит законодателю, но, учитывая состав российского парламента, вряд ли следует ожидать в ближайшее время каких-либо решений по данному вопросу.

Лекция III. Субъекты международного частного права

§ 1. Государство – особый субъект международного частного права. Иммунитет государства и коллизионное право

В соответствии со ст. 2 ГК РФ «в регулируемых гражданским законодательством отношениях могут участвовать также Российская Федерация, субъекты Российской Федерации и муниципальные образования». Статья 124 ГК РФ определяет, что их участие в данных отношениях основывается «на равных началах с иными участниками этих отношений – гражданами и юридическими лицами». От имени Российской Федерации и субъектов Российской Федерации выступают «органы государственной власти в рамках их компетенции, установленной актами, определяющими статус этих органов (ч. 1 ст. 125 ГК РФ). В равной степени государство может быть участником и отношений, регулируемых нормами МЧП при условии, что его контрагентом будет иностранное физическое или юридическое лицо, причем, как определяет ст. 1204 ГК РФ, «к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства правила настоящего раздела (разд. VI «Международное частное право» – *прим. автора*) применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом».

Виды гражданско-правовых отношений международного характера, одной из сторон в которых может выступать государство, разнообразны, но можно выделить несколько из них:

во-первых, это различные договорные отношения обязательственного права, включая договоры перевозки;

во-вторых, международные трудовые отношения; в-третьих, наследственные отношения, связанные в первую очередь с определением судьбы «выморочного» имущества.

Возможно также участие государства в отношениях, связанных с защитой прав интеллектуальной собственности.

Для Российской Федерации в настоящее время актуальны отношения, связанные с усыновлением (удочерением) российских детей иностранными гражданами, о чем подробнее будет идти речь в лекции, посвященной семейно-брачным отношениям в МЧП.

В связи с участием государства в разнообразных гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом, возникает вполне резонный вопрос: каков правовой статус государства? Корень проблемы заключается в том, что в соответствии с положениями международного (публичного) права государство является суверенным политико-территориальным образованием. Суверенитет государства означает верховенство государства в решении всех внутренних вопросов в пределах своей территории и независимость одного государства от другого во всех сферах межгосударственного общения. Внешний аспект суверенитета нашел свое закрепление в классических латинских фразах: *Par in parem non habet* (равный над равным власти не имеет) и *par in parem habet non jurisdictionem* (равный над равным не имеет юрисдикции), что с точки зрения современного права означает, что государство обладает иммунитетом от юрисдикции другого государства (иммунитет – от лат. *immunitas* — освобождение, избавление кого-либо от действия чего-либо; правовой иммунитет – освобождение субъекта права от действия тех или иных правовых норм). Таким образом, главной особенностью правового статуса государства как участника гражданско-пра-

вовых отношений, осложненных иностранным элементом, является наличие иммунитета. Прежде чем более подробно раскрыть содержание иммунитета государства, необходимо сделать одно уточнение. Вопрос об иммунитете возникает лишь тогда, когда конкретное частноправовое отношение, участником которого является государство, каким-либо образом связано с территориальной юрисдикцией иностранного государства: например, иск к государству подан в суде иностранного государства или имущество государства, в отношении которого возник спор, находится на территории иного государства. Если же гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, с участием государства явилось предметом рассмотрения на его территории, то об иммунитете не может быть и речи (ст. 124, 1204 ГК РФ).

Вопрос иммунитета государства имеет давнюю историю, но на протяжении длительного времени в его рамках специально не выделялся частноправовой аспект, т. е. тот, который возникал в связи с участием государства в гражданско-правовых отношениях международного характера с иностранными физическими или юридическими лицами. Объяснялось это во многом тем, что понятие государства персонифицировалось с личностью монарха, что нашло выражение в знаменитой фразе: «Государство – это я» (*L'etat, c'est moi*). В этих условиях сама идея предъявить, например, иск в испанском суде к английскому королю выглядела абсурдной. Повсеместно господствовала теория абсолютного иммунитета государства, в соответствии с которой иммунитет государства в частноправовой сфере есть следствие, проявление, грань суверенитета и состоит из нескольких элементов:

- судебный иммунитет;
- иммунитет от применения мер по предварительному обеспечению иска;
- иммунитет по принудительному исполнению судебного решения;
- иммунитет собственности государства;
- иммунитет сделок государства.

Прежде чем дать характеристику каждого из них, необходимо отметить ряд общих моментов:

- 1) все элементы (разновидности) иммунитета основаны на суверенитете государства;
- 2) иммунитет государства в целом и соответственно каждый из его элементов – это право государства, а не обязанность, что предполагает возможность отказа от него. Однако такой отказ должен носить явно выраженный характер;
- 3) отказ от одного из элементов иммунитета не влечет автоматически отказ от остальных.

Судебный иммунитет означает неподсудность государства суду другого государства. При этом не имеет значения, в связи с чем и по какому поводу намереваются привлечь государство к суду. Данный принцип, как отмечает Л.А. Лунц, получил многократное выражение в международных актах, в судебной практике различных государств. И далее ссылается на тезис Оппенгейма, подчеркивавшего, что принцип судебного иммунитета есть норма международного права, несоблюдение которой влечет международную ответственность государств⁷⁹.

Среди относительно недавних примеров можно назвать дело о так называемых царских долгах, возбужденное в 1982 г. в одном из районных судов Нью-Йорка против СССР. Первоначальное решение, принятое в 1986 г. не в пользу СССР, было пересмотрено в 1987 г. Решением 1987 г. оно было признано ничтожным в связи с отсутствием у суда юрисдикции, что было впоследствии подтверждено Апелляционным и Верховным судами США⁸⁰. Нали-

⁷⁹ Лунц Л.А. Указ. соч. С. 395.

⁸⁰ Белов А.П. Международное предпринимательское право: практическое пособие. М.: Юстицинформ, 2001. С. 316.

чие судебного иммунитета иностранного государства признают и западные авторы⁸¹. Однако это не означает, по общему правилу, отсутствие правосудия. Заинтересованные лица имеют ряд возможностей, а именно:

государство может само отказаться от судебного иммунитета, зафиксировав это в договоре или заявив об этом при возникновении спора;

государство может само инициировать рассмотрение спора в суде;

есть возможность обратиться с иском в суд на территории данного государства;

и наконец, можно сделать попытку воздействовать на иностранное государство по дипломатическим каналам.

Иммунитет от предварительного обеспечения иска и принудительного исполнения решения означает, что в отношении государства не могут быть применены никакие принудительные меры, предусмотренные законодательством страны суда, как для предварительного обеспечения иска, так и принудительного исполнения решения, за исключением случая явно выраженного согласия со стороны государства, причем соблюдение данного иммунитета никоим образом не связано с участием государства в процессе судебного рассмотрения иска.

Рассмотренные выше элементы иммунитета государства в конечном итоге направлены на обеспечение неприкосновенности собственности государства, находящегося на территории иностранного государства, но *иммунитет собственности государства* понимается шире и означает, что данная собственность абсолютно неприкосновенна. Более того, и в том случае если «собственность иностранного государства находится в руках третьего лица, которое не пользуется судебной неприкосновенностью (иммунитетом)...эта собственность пользуется неприкосновенностью в самом полном объеме, если только будет доказано, что она принадлежит суверенному государству»⁸². Еще один достаточно интересный аспект иммунитета собственности государства получил в теории название «доктрина акта государства», возникновение которой можно датировать 1674 г., годом английского судебного прецедента *Blad v. Bamfield*⁸³. В последующие столетия данная доктрина неоднократно находила выражение в судебной практике стран как общего, так и романо-германского права. Суть доктрины в том, что суды одного государства не вправе рассматривать вопрос о законности актов другого государства, принятых в пределах его собственной территории.

Как правило, вопрос о применении данного постулата возникал при экспроприации имущества. О современной трактовке доктрины будет сказано ниже.

Иммунитет сделок государства состоит в том, что сделки, заключаемые государством с иностранным физическим или юридическим лицом, должны регулироваться правом этого государства, если только стороны сами не договорятся о применении иного права. Данное правило было сформулировано в решении Постоянной Палаты международного правосудия в 1929 г., в котором подчеркивалось, что «природа суверенного государства проявляется в том, что действительность принятых им обязательств не может быть подчинена иному закону, чем его собственному». В 1957 г. Международный Суд ООН признал себя некомпетентным рассматривать спор между правительством Норвегии и французскими держателями облигаций, им выпущенных, косвенно признав тем самым довод норвежской стороны о том, что предмет спора лежит целиком в сфере норвежского права. Из действующих международно-правовых актов иммунитет сделок государства закреплён, в частности, в п. 1 ст. 42 Конвенции об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражда-

⁸¹ Фолсом Р.Х., Гордон М.У., Спангол Дж. А. Международные сделки: Краткий курс. Пер. с англ. М.: Логос, 1996. С. 382 и др.

⁸² Dicey's Conflict of Law. 1932. P. 192–194. Цит. по: Лунц Л.А. Указ. соч. С. 396.

⁸³ Фолсом Р.Х. и др. Указ. соч. С. 404 и далее.

нами других государств от 18 марта 1965 г., где говорится, что «... случае отсутствия соглашения сторон Арбитраж применяет право Договаривающегося государства, выступающего в качестве стороны в споре».

Рассмотренные выше элементы иммунитета государства в частноправовых отношениях составляют доктрину абсолютного иммунитета государства, действующую в течение длительного времени. Она была заложена в прецедентном праве либо в законодательстве или международных договорах и признавалась в качестве одного из принципов международного (публичного) права.

Однако уже в конце XVIII – начале XIX вв. суверенные государства стали все активнее и чаще выходить на рынок, что приводило к возникновению споров, и торгующие суверены одних государств оказывались в судах других. В этих условиях доктрина абсолютного иммунитета начала уступать место ограниченной доктрине, которая отказывала в иммунитете государствам, занимавшимся коммерческой деятельностью. Такая перемена созревала постепенно в течение XIX – первой половины XX вв. первоначально в прецедентном праве и обычно связывается с решениями бельгийского суда в 1857 г. по делу «Перу против П.Б. Крелингера» (*Etat du Perou v. Krelinger PB.*) и итальянского суда в 1882 г. по делу компании Мореллет против Говерлио Данезе (*Morellet v. Goverio Danese*).

На международно-правовом уровне доктрина ограниченного иммунитета впервые нашла закрепление в нормах Брюссельской конвенции об унификации некоторых правил, относящихся к иммунитету государственных судов от 10 апреля 1926 г. с Дополнительным протоколом от 24 мая 1934 г.⁸⁴ В статье 1 Конвенции указывалось: «Морские суда, принадлежащие или эксплуатируемые государством, грузы, принадлежащие государству, грузы и пассажиры, перевозимые на этих судах, также как и государства, владеющие и эксплуатирующие данные суда, в вопросах, касающихся эксплуатации данных судов и перевозки данных грузов, будут находиться в пределах действия тех же норм ответственности и тех же обязательственных норм, что применяются в отношении частных судов, грузов и оборудования»⁸⁵. Как следует из названия Конвенции, сфера ее применения затрагивала только одну из областей частноправовых отношений – сферу торгового мореплавания.

После Второй мировой войны доктрина ограниченного иммунитета получила правовое закрепление в Европейской конвенции об иммунитете государства от 16 мая 1972 г.⁸⁶ с Дополнительным протоколом к ней от 16 мая 1972 г., а также в законах ряда государств. В течение более чем десятилетия (с 1977 г.) Комиссией международного права ООН разрабатывался проект статей Конвенции о юрисдикционных иммунитетах государства и его собственности, и в 1991 г. Комиссия предложила созвать международную конференцию по ее обсуждению и принятию, но данное предложение не было поддержано странами – членами ООН. Тем не менее работа над Конвенцией продолжалась, и в 1999 г. Комиссия вновь предложила доработанный текст Конвенции, но дело ограничилось обсуждением. И наконец, в марте 2004 г. Комиссия вновь предложила Генеральной Ассамблее ООН новый текст проекта Конвенции. 2 декабря 2004 г. Генеральная Ассамблея ООН резолюцией № 38/59 приняла текст Конвенции и призвала государства стать ее участниками⁸⁷. Депозитарием Конвенции определен Генеральный секретарь ООН и, как отмечает И.О. Хлестова, «учитывая, что конвенция была разработана такой авторитетной универсальной международной орга-

⁸⁴ Подписали данную Конвенцию 20 государств, ратифицировали – 13; ни СССР, ни Российская Федерация не являются участниками Конвенции.

⁸⁵ Тексты Конвенции и Протокола к ней официально в РФ не были опубликованы. Перевод неофициальный.

⁸⁶ Россия в Конвенции не участвует, но весной 2002 г. в Государственную Думу РФ был внесен проект федерального закона о присоединении к Конвенции, однако дата рассмотрения законопроекта не определена до сих пор.

⁸⁷ На начало 2007 г. эту Конвенцию подписали 24 государства. Российская Федерация подписала ее 1 декабря 2006 г. Конвенция вступает в силу на 30-й день после того, как ее ратифицируют 30 государств.

низацией, как Организация Объединенных Наций, и отражает компромисс, достигнутый в ходе длительной работы представителей различных государств, представляется целесообразным, чтобы Российская

Федерация подписала Конвенцию ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности⁸⁸.

Вскоре после принятия Европейской конвенции в ряде стран были приняты законы об иммунитете иностранного государства⁸⁹, положения которых исходили из доктрины ограниченного иммунитета. Многие страны, не имеющие специального законодательства по данному вопросу, применяют ее при рассмотрении конкретных дел (например, Барбадос, Бельгия, Греция, Дания, Италия, Норвегия, ФРГ, Финляндия, Франция, Швейцария).

Можно констатировать, что в настоящее время создана обширная правовая база и существуют многочисленные судебные решения, основанные на доктрине ограниченного иммунитета, исходя из чего можно сформулировать ее содержание и выявить существующие проблемы. На наш взгляд, суть доктрины ярко отражена в одном из решений английского суда, в котором говорилось: «Когда правительство страны заключает обычную торговую сделку, оно не вправе впоследствии аннулировать ее и избавиться от своих обязательств... Оно выступило в качестве торговца и должно оставаться торговцем. Его можно привлекать к суду за нарушения договора и совершения неправомерных действий, как и любого другого торговца»⁹⁰. Такое отношение к суверену (иностранному государству) основано на принципах справедливости и не представляет собой ни угрозу достоинству этого государства, ни вмешательство в его суверенные функции.

Применение доктрины ограниченного иммунитета на практике породило ряд проблем, многие из которых и до настоящего времени не разрешены. Рассмотрим основные из них.

Что понимать под частноправовой деятельностью государства?

В рамках данной проблемы можно выделить два подхода. Авторы Европейской конвенции пошли по пути перечисления конкретных ситуаций, при наличии которых иммунитет государства не признается и которые можно разделить на две группы: зависящие от поведения (воли) государства и не зависящие от него.

В статьях 1–3 и 12 зафиксированы ситуации первой группы: государство само выступает в качестве истца или третьего лица в суде другого государства;

в случае выдвижения государством встречного иска; если государство взяло обязательство признать юрисдикцию иностранного суда в соответствии с:

- а) международным соглашением;
 - б) ясно выраженным положением, содержащимся в договоренности, составленной в письменной форме;
 - с) ясно выраженным согласием, данным после возникновения спора; если оно ссылается на иммунитет от юрисдикции после принятия решения по существу вопроса;
- выразив согласие на рассмотрение спора в арбитраже, государство не может ссылаться на наличие иммунитета в отношении таких вопросов как:
- а) юридическая действительность или толкование соглашения об арбитраже;
 - б) процедура арбитража;
 - с) отмена решения, если соглашение об арбитраже не предусматривает иного.

⁸⁸ Хлестова И.О. О присоединении России к Европейской конвенции об иммунитете государства 1972 г. // Журнал российского права. 2005. № 4.

⁸⁹ США – 1976 г., Великобритания – 1978 г., Сингапур – 1979 г., ЮАР, Пакистан – 1981 г., Канада – 1982 г., Австралия – 1984 г.

⁹⁰ Цит. по: Фолсом РХ. и др. Указ. соч. С. 387.

Статьями 5– 11 определены ситуации второго типа: когда судебное разбирательство связано с трудовым соглашением, заключенным между государством и физическим лицом;

если оно (государство) участвует с одним или несколькими частными лицами в обществе, ассоциации или юридическом лице, имеющем свое реальное или официальное местонахождение или свое главное учреждение на территории государства, где проходит судебное разбирательство, и если судебное разбирательство связано с отношениями между государством, с одной стороны, и организацией или одним из ее участников – с другой, которые вытекают из этого участия;

если оно (государство) имеет на территории государства, где проходит судебное разбирательство, бюро, агентство либо другое учреждение, через которое оно осуществляет тем же образом, что и частное лицо, промышленную, коммерческую или финансовую деятельность, и если судебное разбирательство касается этой деятельности бюро, агентства или учреждения;

если судебное разбирательство касается отношений, связанных с защитой прав промышленной собственности или авторских прав;

если судебное разбирательство касается отношений в сферах, связанных с недвижимостью;

если судебное разбирательство касается права на имущество (движимое и недвижимое), зависящее от права наследования или дарения, либо на бесхозное имущество;

если судебное разбирательство касается обязательств, связанных с причинением вреда.

Иной подход зафиксирован в большинстве национальных законов, где в качестве основания для непризнания иммунитета иностранного государства предусмотрен факт осуществления государством коммерческой деятельности, само понятие которой понимается в различных странах неоднозначно. Так, в английском Законе о государственном иммунитете 1978 г. (п. 3 ст. 3) дается толкование понятия «коммерческая сделка», а кроме того, дается перечень иных ситуаций, при которых также не признается иммунитет государства (этот перечень во многом совпадает с положениями Европейской конвенции). В Законе США об иммунитете иностранных государств 1976 г. используется термин «коммерческая деятельность», под которой (п. «d» ст. 1603) понимается «постоянное ведение коммерческой деятельности или заключение отдельной коммерческой сделки или совершение действия. Коммерческий характер деятельности определяется природой ведения деятельности или заключенной отдельной сделки или совершенного действия, нежели их целью». Комментировать данное положение Закона весьма сложно, что признают сами американские авторы: «Из судебных дел невозможно вывести четкого определения коммерческой деятельности. Только лишь покажется, что определение получилось, как вновь появляется судебное дело, которое ему противоречит, а то и просто разрушает»⁹¹.

Как разграничить частноправовую и публичноправовую деятельность государства?

«Деятельность государства, – отмечает лорд Уилберфорс, – не всегда можно разделить на торговую или правительственную; а что можно сказать о случае, когда государство имеет и при соответствующих обстоятельствах четко проявляет как коммерческие, так и суверенные или правительственные интересы?»⁹². Поставленный свыше 20 лет назад вопрос так и остался без ответа, но, как было сказано по делу *Claim Against the Empire of Iran*, 45 Int'l Legal, тот факт, что нелегко провести различие между суверенной и несуверенной государственной деятельностью, не служит основанием для отказа от такого различия. В международном праве известны и другие сходные проблемы... Суд должен принимать во внимание все обстоятельства, при которых государству была предъявлена претензия, для

⁹¹ Фолсом Р.Х. и др. Указ. соч. С. 398.

⁹² Фолсом Р.Х. и др. Указ. соч. С. 387.

того чтобы решить, в какой сфере совершено соответствующее действие(я), в отношении которого предъявлена претензия, в торговой или коммерческой, либо иным образом в сфере частного права, по выбору государства, или же соответствующее действие(я) следует считать совершенным не в этой сфере, а в сфере правительственной или суверенной деятельности»⁹³.

Подход разумный с точки зрения права и, наверное, единственно возможный при решении данной проблемы, но для того чтобы изучить действительно все обстоятельства, необходимо участие государства, а это противоречит содержанию судебного иммунитета государства.

Попытку дать толкование термину «коммерческая деятельность» предприняла и Комиссия международного права ООН. В 1999 г. по запросу Генеральной Ассамблеи ООН, рассмотрев все существующие в практике критерии (характер, цель, мотив и пр.), Комиссия вынуждена была констатировать недостаточность любого из них и невозможность их использования и предложила Генеральной Ассамблее обратиться к термину «коммерческие контракты или сделки» без каких-либо разъяснений⁹⁴.

Как поступать в отношении государств, которые по-прежнему исходят из доктрины абсолютного иммунитета?

Национальные законы и судебная практика не могут автоматически распространяться на суверенные государства. Нужно их согласие, но это возможно и без доктрины ограниченного иммунитета. Исходя из принципа суверенного равенства государств национальным законом можно ограничить собственный суверенитет, но никоим образом не суверенитет иностранного государства.

Каким образом может быть исполнено судебное решение, вынесенное против государства?

Здесь также существуют разные подходы. Наиболее обстоятельно они решены в Европейской конвенции (гл. III). Так, в части 1 ст. 20 Конвенции отмечено: «Договаривающееся государство должно привести в исполнение судебное решение, вынесенное в отношении его судом другого Договаривающегося государства при наличии условий, предусмотренных ст. 1—13 Конвенции, или оно (решение) не может или более не может быть опротестовано исходя из условий, предусмотренных ст. 16». В части 2 данной статьи перечислены условия, при наличии которых судебное решение не может быть исполнено.

В статье 21 Конвенции зафиксирована ситуация, когда государство, против которого вынесено судебное решение, не приводит его в исполнение. В этом случае заинтересованная сторона вправе обратиться в компетентный суд данного государства с просьбой о вынесении решения о том, следует ли привести в исполнение судебное решение, причем суд государства, против которого вынесено судебное решение, не вправе предпринимать какое-либо изучение по существу вынесенного судебного решения.

Как показывает анализ гл. III Конвенции, исполнение вынесенного против государства иностранного судебного решения может происходить в рамках достаточно длительной и сложной процедуры, эффективность которой ограничивается целым рядом оговорок и условий, но, тем не менее, сам факт наличия такой возможности можно считать знаменательным явлением.

В вышеизложенных национальных законах об иммунитете иностранного государства процедура исполнения судебного решения, вынесенного против иностранного государства, отдельно не прописана, но анализ текстов законов позволяет сделать вывод, что эта проце-

⁹³ Там же. С. 388.

⁹⁴ См.: Комиссия международного права. Пятьдесят первая сессия. Женева. 3 мая – 23 июля 1999 г. Док. А/СН.4/L.576. Р. 60. Цит. по: Международное частное право: Учеб. / Под ред. Г.К. Дмитриевой. М.: Проспект, 2000. С. 264.

дура аналогична процедуре, принятой в соответствующей стране с учетом определенных особенностей. Так, например, в ст. 1606 американского Закона говорится о том, что иностранное государство несет ответственность в такой же форме и степени, как и частное лицо в сходных обстоятельствах, но иностранное государство, за исключением его агентства или представительства, не несет ответственность по штрафным убыткам; в ст. 1611 дан перечень видов имущества иностранного государства, которое пользуется иммунитетом в исполнительном производстве. К таким видам имущества закон относит:

имущество тех организаций, которые внесены в список, утвержденный Президентом США;

имущество, которое принадлежит иностранному центральному банку или органу казначейства и находится на их собственных счетах;

имущество военного предназначения или контролируемое военным ведомством или органом обороны.

В настоящее время можно говорить о достаточно широком распространении доктрины ограниченного иммунитета государства, закрепленной как в международно-правовых актах, так и в национальном законодательстве и судебной практике.

Только в декабре 2004 г. была одобрена ГА ООН и открыта для подписания универсальная международно-правовая конвенция по данному вопросу (Резолюция ГА ООН от 2 декабря 2004 г. № 38/59).

Отсутствуют четкие критерии разграничения частноправовой и публичноправовой (суверенной) деятельности государства.

Существует значительная группа стран, отрицающих возможность ограничения суверенитета или, если быть точнее, иммунитета государства в сфере частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Далее рассмотрим правовое положение иностранного государства по российскому законодательству.

Советское законодательство на протяжении всего времени существования государства исходило из доктрины абсолютного иммунитета государства. Эта практика последовательно применялась внутри страны, и того же самого представителя СССР требовали от других государств. Любые попытки ограничить иммунитет СССР встречали решительный отпор со стороны советских должностных лиц. Единственное, в чем «уступало» Советское государство, – на основе двухсторонних соглашений допускалось предъявление исков к торговым представительством СССР, но только в отношении сделок, совершаемых торгпредством на территории соответствующего государства⁹⁵. В ряде случаев ограничение иммунитета СССР в частноправовой сфере допускалось на основе двухсторонних договоров о судоходстве и защите капиталовложений⁹⁶.

Ограничение государственного иммунитета допустимо в силу ст. 23 Федерального закона от 6 декабря 1995 г. № 225-ФЗ «О соглашениях о разделе продукции», где говорится: «В соглашениях, заключаемых с иностранными гражданами и иностранными юридическими лицами, может быть предусмотрен в соответствии с законодательством Российской Федерации отказ государства от судебного иммунитета, иммунитета в отношении предварительного обеспечения иска и исполнения судебного (арбитражного) решения». Не следует, однако, забывать, что подобный отказ от иммунитета возможен при заключении конкретного

⁹⁵ Закон СССР от 3 августа 1989 г., утвердивший Положение о торговых представительствах СССР за границей, а также торговые договоры СССР с иностранными государствами. В соответствии с Постановлением Правительства РФ от 27 июня 2005 г. № 401 «Об оптимизации системы торговых представительств Российской Федерации в иностранных государствах» за пределами РФ должно остаться 50 торговых представительств.

⁹⁶ См., напр.: Договор между Правительством СССР и Правительством Аргентинской Республики о морском судоходстве 1974 г.

договора РФ с иностранным физическим или юридическим лицом, т. е. на основе так называемой арбитражной оговорки.

Несмотря на отмеченные исключения, в целом советское, а затем и российское законодательство исходило из доктрины абсолютного иммунитета на территории РФ, «защищая» его тем самым от возможных исков со стороны российских физических и юридических лиц в российских судах.

Такое положение вызывало серьезную критику как со стороны участников частноправовых отношений, так и со стороны научных кругов. Еще в 1998 г. под эгидой Центра частного права был подготовлен проект закона об иммунитете иностранного государства, который так и остался в проекте. В 2000 г. в рамках Центра торговой политики и права был подготовлен новый проект, о содержании которого будет сказано ниже.

Что касается действующего законодательства, то первая «брешь» в доктрине абсолютного иммунитета была «пробита» принятием в 2002 г. новой редакции Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (от 24 июля 2002 г. № 95-ФЗ), в ст. 251 которого закреплено, что иностранное государство пользуется иммунитетом в отношениях, находящихся в компетенции государственных арбитражных судов, только в случае, если оно выступает в качестве носителя власти. Таким образом, если иностранное государство участвует в предпринимательской или иной экономической деятельности на территории РФ и вступает при этом в правоотношения с физическими или юридическими лицами в качестве, используя формулировку одного из решений английского суда, «торговца», то иммунитетом оно не пользуется.

Конец ознакомительного фрагмента.

Текст предоставлен ООО «ЛитРес».

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

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