

Д.П. СТРИГУНОВА

ПРАВОВОЕ
РЕГУЛИРОВАНИЕ
МЕЖДУНАРОДНЫХ
КОММЕРЧЕСКИХ
ДОГОВОРОВ

Монография

Том 2

Дина Стригунова

**Правовое регулирование
международных коммерческих
договоров. В 2 томах. Том 2**

«Юстицинформ»

2017

УДК 341.96
ББК 67.404

Стригунова Д. П.

Правовое регулирование международных коммерческих договоров. В 2 томах. Том 2 / Д. П. Стригунова — «Юстицинформ», 2017

ISBN 978-5-7205-1389-4

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

УДК 341.96

ББК 67.404

ISBN 978-5-7205-1389-4

© Стригунова Д. П., 2017

© Юстицинформ, 2017

Содержание

Введение	6
Глава 4	7
§ 1. Пределы действия принципа автономии воли сторон	7
§ 2. Основные проблемы соглашения о применимом праве	30
§ 3. Проблемы и преимущества выбора средств негосударственного регулирования в качестве применимого права	39
§ 4. Основные критерии определения права,	55
Конец ознакомительного фрагмента.	73

Дина Стригунова

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

Моим любимым родителям и наставникам с благодарностью

To my beloved parents and mentors with gratitude

D.P. Strigunova

LEGAL REGULATION OF INTERNATIONAL COMMERCIAL CONTRACTS

Monograph

Volume 2

Moscow

YUSTITSINFORM

Strigunova D.P.

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

978-5-7205-1389-4

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

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

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

© LLC «Yustitsinform», 2017

Введение

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

В рамках коллизионно-правового способа наиболее важными принципами правового регулирования международных коммерческих договоров выступают принцип автономии воли сторон и принцип наиболее тесной связи, применение которых вызывает определенные проблемы. Такие проблемы связаны с пределами применения принципа автономии воли сторон, с содержанием категории «применимое право», с определением принципа наиболее тесной связи и критериев, с помощью которых он раскрывается, а также со сферой действия обязательственного статута международного коммерческого договора.

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

Разрешение проблем правового регулирования международных коммерческих договоров предполагает выработку определенных механизмов, направленных на совершенствование их правового и иного нормативного регулирования. С учетом цели, поставленной в самом начале исследования, такие предложения в первую очередь должны коснуться ЕАЭС, но не могут не затронуть отечественное законодательство по международному частному праву. Достижению данной цели способствует изучение современных тенденций правового и иного нормативного регулирования международных коммерческих договоров.

Глава 4

Проблемы определения права, применимого к международным коммерческим договорам

§ 1. Пределы действия принципа автономии воли сторон

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

В литературе высказываются различные мнения относительно места и времени появления автономии воли как института международного частного права. Например, С. Симеонидес ведет отсчет от 120–118 гг. до н. э., связывая его с Древним Египтом¹. Более распространенным является мнение о том, что автономия воли возникла в XVI в., а ее автором является французский юрист Ш. Дюмулен². Некоторые связывают происхождение автономии воли как института МЧП с XIX в. и П. Манчини³.

Институт автономии воли подвергался многократному исследованию в трудах зарубежных и отечественных ученых по международному частному праву. В разное время свои работы указанному институту посвятили, в частности, Л.П. Ануфриева⁴, А.В. Асосков⁵, М.М. Богуславский⁶, Г.К. Дмитриева⁷, В.П. Звеков⁸, В.А. Канашевский⁹, Л.А. Лунц¹⁰, О.Ю. Малкин¹¹, Д.Ф. Рамзайцев¹², А.А. Рубанов¹³, В.Л. Толстых¹⁴, С.В. Третьяков¹⁵, Н.В. Тригубович¹⁶, А.Г. Филиппов¹⁷, Дж. Билль¹⁸, М. Вольф¹⁹, Д.К. Мосс²⁰, Л. Раапе²¹ и др.

¹ Symeonides S. Party Autonomy on Rome I and II: an Outsider's Perspective // Netherlands International Privaatrecht. 2010. Af1. 2. – P 191; Цит. по: Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012. – С. 21.

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

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

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

⁵ Асосков А.В. Указ. соч.

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

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

⁸ Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М.: Волтере Клувер, 2007.

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

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

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

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

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

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

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

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

Позиции ученых, поддерживающих автономию воли, можно разделить на несколько групп. Так, одни ученые видят источник автономии воли в международном праве (П. Манчини, Недерер, Я. Крофоллер, Д.Ф. Рамзайцев и др.²³). Другие считают, что автономия воли сама по себе является своеобразным источником права (П. Най²⁴). Третьи ученые видят источник закрепления автономии воли в национальном праве государств. При этом одни из них считают автономию воли институтом материального права (А.Н. Макаров, С.В. Третьяков, О. Кан-Фройд, К. Зир, П. Норт, А.В. Асосков, М.М. Богуславский и др.²⁵), другие относят его к коллизионным институтам МЧП (Ф.К. Савиньи, П. Майер, М. Вольф, Л. Раапе, Л.А. Лунц, В.П. Звеков, А.Л. Маковский, В.Л. Толстых, Г.К. Дмитриева, В.А. Канашевский и др.²⁶). Некоторые ученые считают, что автономия воли объединяет в себе коллизионную и договорную природу (О.Ю. Малкин, Н.В. Тригубович, А.Г. Филиппов)²⁷.

Позиция авторов, усматривающих в автономии воли коллизионно-правовую природу, достойна поддержки. Наиболее ярко данную позицию относительно коллизионно-правовой природы автономии воли в современном праве выразил В.Л. Толстых, считая, что «институт автономии воли – институт коллизионного регулирования. Как и коллизионная норма, выбор права определяет статут договора. Как и коллизионная норма, выбор права препятствует столкновению правопорядков. Как и коллизионная норма, выбор права может порождать проблемы обратной отсылки, первичной квалификации и пр. Таким образом, – заключает

2003.

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

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

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

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

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

²¹ Раапе Л. Международное частное право / Под ред. Л.А. Лунца. М.: Изд-во иностр. лит., 1960.

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

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

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

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

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

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

В.Л. Толстых, – институт автономии воли закрепляет особые коллизионные нормы, привязкой которых является право, избранное сторонами»²⁸.

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

Будучи особой коллизионной привязкой, автономия воли отличается от объективных коллизионных привязок. На эту особенность обращает внимание Н.В. Тригубович, которая считает, что автономия воли не должна сводиться к определенному виду коллизионных привязок и приводит ряд критериев, отличающих автономию воли от иных коллизионных привязок³⁰. С учетом ее мнения применительно к международным коммерческим договорам следует отметить, что автономия воли отличается от объективной коллизионной привязки:

1) наличием волевого момента при определении применимого к международному коммерческому договору права;

2) тем, что она реализуется сторонами международного коммерческого договора, а не судом (арбитражем);

3) тем, что она имеет более широкое содержание по сравнению с объективными коллизионными привязками, поскольку не ограничивается выбором права какого-либо определенного государства;

4) тем, что в ряде случаев она предполагает возможность выбора в качестве применимого не только национального права, но и источников *lex mercatoria*;

5) тем, что она имеет приоритетное значение по отношению к объективным коллизионным привязкам, устраняя их действие.

Являясь проявлением свободы усмотрения в международных коммерческих отношениях, соответствуя диспозитивной направленности регулирования указанных отношений, принцип автономии воли сторон международных коммерческих договоров в полной мере соответствует «международному» характеру международных коммерческих договоров и интересам их участников. Применительно к исследуемой проблематике его основное значение состоит в том, чтобы согласованной волей сторон определить право, подлежащее применению к международному коммерческому договору.

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

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

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

²⁹ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 212–213.

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

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

применимом к агентским соглашениям, 1978 г.³², п. 1 ст. 7 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.³³, п. 1 ст. 3 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г.³⁴ и пришедшем ей на смену Регламенте «Рим I» (п. 1 ст. 3)³⁵, ст. 7 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г.³⁶, п. «е» ст. 11 Киевского соглашения СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.³⁷, ст. 41 Минской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.³⁸, ст. 44 одноименной Кишиневской конвенции СНГ 2002 г.³⁹. Национальные законы по МЧП Австрии, Азербайджана, Венгрии, Венесуэлы, Вьетнама, Германии, Греции, КНР, Лихтенштейна, Польши, Турции, Швейцарии, стран ЕАЭС, включая РФ, и т. д.⁴⁰ также позволяют выбрать для регулирования международного коммерческого договора право любого государства. В частности, данный вывод следует из содержания п. 1 ст. 1210 Гражданского кодекса РФ (далее – ГК РФ⁴¹).

В праве некоторых государств содержится прямое ограничение на избрание применимого к договору права. Например, в соответствии с английским правом стороны договора вправе избирать применимое к договору право, однако таким правом «должно быть право страны, на которую выбранные привязки указывают как на страну локализации договора»⁴². Однако с момента введения в действие Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., а затем и Регламента «Рим I», применяемых в том числе и в Англии, английские суды вынуждены были менять свою позицию в соответствии с указанными документами и принимать во внимание выраженную сторонами волю сторон по выбору права, не только связанного с договором.

В праве США ограниченная автономия воли получила закрепление во Втором своде коллизионного права 1971 г. (*The Second Restatement on the Conflict of Laws*)⁴³, а также в Единообразном торговом кодексе США 1952 г.⁴⁴ (далее – ЕТК США). *Restatement* 1971 г. хотя и

³² Конвенция о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г. (Гаага, 14 марта 1978 г.). РФ не участвует. Ратифицирована Аргентиной, Францией, Нидерландами и Португалией // Текст Конвенции в кн.: Вилкова Н. Г. Указ. соч. – С. 435–443.

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

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

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

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

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

³⁸ Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 22 января 1993 г.) (с изм., внесенными Протоколом от 28 марта 1997 г.) // Собрание законодательства РФ. 1995. № 17. Ст. 1472.

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

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

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

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

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

⁴⁴ Единообразный торговый кодекс США / Пер. с англ. / Америк. ин-т права и Нац. конф. Уполномоченных по разраб.

не является источником права, однако обладает значительным авторитетом, на него имеются ссылки в целом ряде судебных решений, выносимых в США⁴⁵. В соответствии с указанными документами выбор права сторонами договора возможен, но только такого, которое связано с договором. В то же время Свод законов штата Орегон подобных ограничений не содержит⁴⁶.

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

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

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

Учитывая тот факт, что принцип автономии воли сторон получил закрепление не только в национальном праве, но и международных правовых и иных нормативных актах, а также то, что спор из международного коммерческого договора может рассматриваться не только судом, но и арбитражем, проблему допустимости применения принципа автономии воли сторон следует решать на основании не только *lex fori*, но и *lex arbitri* с учетом международных соглашений, применимых к существу спора и содержащих нормы о выборе подлежащего применению права. Кроме того, при определении допустимости автономии воли в конкретных международных коммерческих сделках определенную роль может сыграть также право страны участника сделки, которое ограничивает или вовсе не допускает

единообраз. законов штатов. М.: Междунар. центр финансово-экон. развития, 1996.

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

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

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

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

⁴⁹ Асосков А.В. Указ. соч. — С. 47.

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

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

автономию воли в договорах с участием указанных лиц. Не являясь правом страны суда или арбитража, указанное право может (но не обязательно будет) приниматься во внимание правоприменительным органом.

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

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

Действие принципа автономии воли сторон в первую очередь ограничивается *сферой действия* обязательственного статута международного коммерческого договора. В частности, данное ограничение выделено в работе Г.К. Дмитриевой⁵⁹. Как известно, сфера действия обязательственного статута ограничивается кругом вопросов, на которые распространяется применимое к договору право, однако таким правом может быть не только избранное сторонами право, но и право, установленное судом в отсутствие выбора его сторонами⁶⁰. В этой связи сфера действия обязательственного статута является пределом применения права, регулирующего международный коммерческий договор в силу принципа автономии воли сторон либо установленного судом (арбитражем) на основании коллизионных норм.

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

Как отмечает Г.К. Дмитриева, «такое соглашение может быть в виде отдельного документа, подписанного сторонами и предназначенного для одного договора или группы договоров, или оно может быть включено в какой-либо документ, носящий общий характер (например, “Общие условия экспорта”), но при условии, что в договоре есть ссылка на такой документ»⁶². Иногда стороны международного коммерческого договора достигают соглашения, выбирая применимое к их договору право путем ссылки на документ, содержащий условие о применимом праве. К таким документам могут быть отнесены Общие условия

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

поставок, которые были разработаны и заключены во времена существования СССР⁶³. Приведенные примеры не исчерпывают всего разнообразия заключаемых сторонами соглашений о выборе применимого права. В любом случае воля сторон международного коммерческого договора «должна быть выражена достаточно определенно»⁶⁴.

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

Соглашение о выборе права считается достигнутым, когда стороны прямо выразили свою волю относительно выбора применимого права (*expresiss verbis*) либо когда такой выбор подразумевается исходя из условий международного коммерческого договора или совокупности обстоятельств дела. Таким образом, *форма выбора* права сторонами международного коммерческого договора может быть прямой и подразумеваемой («молчаливой»).

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

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

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

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

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

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

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

⁶⁸ Гражданский кодекс Республики Беларусь. Принят 7 декабря 1998 г. (с изм. от 5 января 2016 г.) // Национальный правовой интернет-портал Республики Беларусь // Режим доступа: URL: http://etalonline.by/?type=text®num=НК9800218#load_text_none_1_1 (дата обращения: 2 января 2017 г.).

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

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

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

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

Разъяснение указанной проблемы было предложено комментаторами Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., которые прежде всего отвергли подход, берущий начало из английского права, в соответствии с которым суды находили применимое право исходя из гипотетической воли сторон⁷⁵. Следовательно, суд должен был принимать во внимание не подразумеваемое, а реальное намерение сторон подчиниться тому или иному праву. В этой связи М. Джуллиано и П. Лагард привели несколько примеров, свидетельствующих о реальном выборе применимого права: использование стандартных форм, которые должны регулироваться конкретной правовой системой; предшествующая деловая практика сторон (заведенный порядок) по ранее заключенным контрактам, содержащим прямое указание на применимое право, которое отсутствует в данном контракте; выбор конкретного суда для рассмотрения спора или конкретного места проведения арбитража; ссылки в контракте на конкретные положения отдельных правовых систем⁷⁶. Существуют и такие способы определения применимого права, как использование при формулировании прав и обязанностей сторон выражений и терминов, свойственных определенной национальной правовой системе⁷⁷. Кроме того, подразумеваемый выбор сторонами права, вытекающий из совокупности обстоятельств дела, следует, когда стороны обмениваются процессуальными документами, ссылаясь в них на нормы права одного и того же государства или источники *lex mercatoria*, а также при рассмотрении спора в суде ссылаются на нормы одного и того же права. Данная позиция разделяется в доктрине⁷⁸ и находит подтверждение в судебной и арбитражной практике.

Так, в одном из своих информационных писем Президиум ВАС РФ указал, что соглашение о применимом праве считается заключенным, если стороны спорного правоотношения при обосновании своих требований и возражений (например, в исковом заявлении и в

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

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

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

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

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

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

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

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

отзыве на него) ссылаются на одно и то же применимое право (п. 13)⁷⁹. Соответствующую в этой связи позицию занимают арбитражные суды РФ⁸⁰.

В практике МКАС при ТПП РФ также достаточно случаев, когда указанный орган применял право той страны, на нормы которой ссылались стороны в исковом заявлении, возражении на иск, встречном иске⁸¹.

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

Вывод о подразумеваемом выборе права делается отечественными судами и арбитражами также в тех случаях, когда истец основывает свои требования на нормах определенной правовой системы, а ответчик не представляет возражений на иск по вопросу применимого права⁸⁵. К аналогичным выводам приходит в своих решениях МКАС при ТПП РФ⁸⁶.

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

В зарубежном и отечественном праве и доктрине на этот счет сложилось два правила. В соответствии с первым из них выбор суда необязательно означает выбор применимого к договору права. Подобное правило прямо закреплено в ст. 7 Межамериканской конвенции 1994 г., а также в ст. 4 Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих

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

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

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

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

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

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

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

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

договорах 2015 г. Подобное правило отсутствует в отечественном законодательстве по международному частному праву, но является общепризнанным в отечественной доктрине. Как, например, пишет А.П. Сергеев, «выбор суда сам по себе не означает выбора права страны суда, хотя в ряде случаев влияет на выбор коллизионных норм, которыми будет руководствоваться суд»⁸⁷. Аналогичного мнения придерживаются и другие ученые⁸⁸.

Второе правило гласит следующее: «Кто выбирает суд, тот выбирает и право». Оно означает, что выбор сторонами суда, рассматривающего спор в той или иной стране, автоматически означает выбор применимого к их договору материального права страны суда. Подобного мнения придерживается У. Магнус, который применительно к немецкой практике отмечает, что «выражение “юрисдикция города Гамбурга” означает молчаливый выбор немецкого права»⁸⁹. Аналогичную позицию занимает целый ряд других зарубежных ученых, таких как П. Майер, Б. Ауди, Дж. Чешир.⁹⁰ В Англии указанному правилу традиционно следуют не только английские суды, но и арбитражи, считая желание сторон провести арбитраж в Англии их желанием подчинить спор из международного коммерческого договора английскому праву⁹¹. Правило «Кто выбирает суд, тот выбирает и право» представляет собой ограничение применения принципа автономии воли сторон, связанное с *выбором суда / арбитража, предопределяющего lex contractus*.

В отечественной доктрине некоторыми учеными также высказывается мнение о том, что в тех случаях, «когда стороны прямо согласовали для разрешения споров юрисдикцию государственного суда, вполне разумно предположить, что они при этом имели в виду то право, которое такой суд применяет в своей обычной практике»⁹². Не соглашаясь с данной позицией, отметим, что в отечественной доктрине и судебной практике давно сложилось правило, в соответствии с которым выбор сторонами суда, компетентного рассматривать возникший из международного коммерческого договора спор, не означает автоматического (молчаливого) выбора подлежащего применению права. На указанное обстоятельство неоднократно обращал внимание ВАС РФ, например, в п. 5 своего Информационного письма № 29 от 16 февраля 1998 г.⁹³, а также в п. 12 Информационного письма № 158 от 9 июля 2013 г.⁹⁴.

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

Таким образом, отечественное законодательство допускает как прямо выраженный, так и подразумеваемый выбор права, что находит подтверждение в отечественной судебной и арбитражной практике. При этом в тех случаях, когда условия о выборе применимого

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁴ СПС «Консультант Плюс».

права не позволяют определить действительную волю сторон, суды и арбитражи исходят из отсутствия соглашения сторон о применимом праве⁹⁵.

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

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

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

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

В этой связи представляет интерес сформулированное Верховным судом КНР правило, приведенное в диссертации О.Ю. Малкина. В соответствии с этим правилом, «если стороны не избрали применимое право, то перед рассмотрением дела суд должен им предоставить возможность такого выбора»⁹⁸. В действительности подобное правило способно значительно облегчить деятельность суда или международного коммерческого арбитража и могло бы быть взято на вооружение отечественным правоприменителем.

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

Как отмечает О. Ю. Малкин, «ценность “поздних” соглашений о применимом праве с точки зрения их возможности служить в качестве ориентира для действий сторон, связанных с исполнением договора, потенциально ниже, но она компенсируется освобождением

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

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

⁹⁷ Толстых В.Л. Указ. соч. – С. 125.

⁹⁸ Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 47.

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

правоприменительного органа от процесса поиска применимой правовой системы на основании объективной привязки»¹⁰⁰. С указанным мнением следует согласиться.

Ряд международных и национальных правовых актов в области МЧП не только решают вопрос об обратной силе выбора применимого к международному коммерческому договору права без ущерба для прав третьих лиц и его формальной действительности, но и говорят о возможности модификации ранее сделанного выбора права. Подобная норма содержится в ст. 8 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., п. 2 ст. 7 Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., п. 2 ст. 3 Регламента «Рим I», п. 3 ст. 2 Гагских принципов по выбору права к международным коммерческим договорам 2015 г., п. 3 ст. 116 швейцарского Закона о МЧП 1987 г., п. 3 ст. 1284 ГК Армении, п. 3 ст. 1198 ГК Кыргызской Республики.

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

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

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

Международные и национальные правовые акты по-разному подходят к решению данной проблемы. Например, некоторые из них прямо устанавливают, что договор регулируется каким-либо национальным (внутренним) правом (ст. 5 Гагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., ст. 5 Гагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г.). Другие содержат норму о том, что договор регулируется «правом, избранным сторонами», не определяя природу такого «права» (п. 1 ст. 7 Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., п. 1 ст. 3 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., ст. 7 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г., п. 1 ст. 3 Регламента «Рим I»). Не содержит специальных указаний на национальное право п. «е» ст. 11 Киевского соглашения о порядке разрешения

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

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

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

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

споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., ст. 41 Минской конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. и ст. 44 одноименной Кишиневской конвенции 2002 г.

В этой связи, например, положения ст. 7 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным коммерческим контрактам, 1994 г. позволяют некоторым ученым прийти к выводу о возможности для сторон международных коммерческих договоров избрать в качестве *lex contractus* источники *lex mercatoria*. В частности, к подобному выводу приходят Ф. Юнгер¹⁰⁴ и Ю.С. Лугинина¹⁰⁵. Противоположную позицию занимает Я. Долингер¹⁰⁶. Сказанное не позволяет сделать однозначный вывод о том, позволяет ли в соответствии с Межамериканской конвенцией 1994 г. избирать в качестве применимого права источники *lex mercatoria*.

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

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

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

По мнению М. Фоне, в соответствии с Регламентом «Рим I» допускается отсылка к национальному праву¹¹⁰, что исключает возможность выбора средств негосударственного регулирования в качестве применимого права. По мнению А. В. Асоскова, наиболее распро-

¹⁰⁴ Juenger F. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons // Juenger F. Selected Essays on the Conflict of Laws, New York, 1999. – P. 387–388; Цит. no: Асо-ckob A. В. Указ. соч.

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

¹⁰⁶ Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁰⁷ Асосков А.В. Указ. соч.

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

¹⁰⁹ Асосков А.В. Указ. соч.

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

страненным толкованием положений преамбулы Регламента «Рим I» является возможность признания выбора в качестве применимого права только специального документа, посвященного унификации европейского обязательственного права, проектом которого в настоящее время являются Модельные правила частного права 2009 г.¹¹¹. В то же время в качестве таких документов в зарубежной доктрине не рассматриваются ни Принципы УНИДРУА¹¹², ни Принципы европейского договорного права (далее – Принципы ЕДП¹¹³)¹¹⁴.

Национальные законы по МЧП лишь некоторых стран содержат указание на то, что договор должен регулироваться именно национальным правом, избранным сторонами. В частности, подобную норму содержит п. 1 ст. 1224 Модельного ГК СНГ и, соответственно, п. 1 ст. 1284 ГК Армении, п. 1 ст. 1112 ГК Казахстана, ст. 1198 ГК Кыргызской Республики. Большинство законов по МЧП других стран, например Швейцарии, Беларуси и т. д., подобного указания не содержат.

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

*Полагаем, что решение вопроса о содержании категории «применимое право» должно проводиться сторонами международных коммерческих договоров и судом / арбитражем с учетом подлежащих применению международных правовых актов, законодательства, правоприменительной практики и доктрины, действующей в том или ином государстве. Так, например, право и доктрина США допускает возможность выбора сторонами источников *lex mercatoria* для регулирования международных коммерческих договоров¹¹⁷. Подобная тенденция в признании источников *lex mercatoria* в качестве материального права, на наш взгляд, просматривается в п. 13 преамбулы Регламента «Рим I».*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

ного коммерческого договора избирать в качестве применимого *lex mercatoria*, отразив соответствующее положение в ст. 1210 ГК РФ.

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

Именно из подобного широкого понимания «применимого права» при рассмотрении споров из международных коммерческих договоров исходит международный коммерческий арбитраж. В абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ содержится положение, согласно которому особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже. В силу ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»¹¹⁹ МКАС при ТПП РФ разрешает спор согласно тем нормам права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Как отмечает О.Ю. Малкин, выражение «нормы права» «имеет более широкое содержание, чем “право” государства, позволяя сторонам оговаривать применение внациональных источников, т. е. документов, разработанных на международном уровне и не предполагающих одобрения государствами. К последним относятся, в частности, Принципы УНИДРУА 2010 г.»¹²⁰.

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

Изложенное позволяет сделать вывод о том, что возможность сторон избирать в качестве *lex contractus* источники *lex mercatoria* зависит от органа, рассматривающего спор, признающего или не признающего подобную возможность. В целом же невозможность сторон международного коммерческого договора ссылаться в качестве применимого права на источники *lex mercatoria* при обращении за разрешением спора в государственные арбитражные суды может рассматриваться как ограничение принципа автономии воли, связанное с *невозможностью избрать в качестве lex contractus источники lex mercatoria*.

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

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

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

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

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

Law США 1971 г.). Ограничение сторон международного коммерческого договора возможностью выбора в качестве применимого права правом связанного с договором государства может рассматриваться в качестве *пространственного ограничения* применения принципа автономии воли сторон. В отечественном законодательстве по МЧП подобное ограничение отсутствует.

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

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

Таким образом, даже при обращении сторон международного коммерческого договора за разрешением спора в международный коммерческий арбитраж его стороны в настоящее время вправе избрать материальное, но не коллизионное право (как национальное, так и *lex mercatoria*). Лишь некоторые законы по МЧП предусматривают правило, согласно которому отсылка к иностранному правопорядку охватывает и его коллизионные нормы (например, § 5(1) Федерального закона Австрии «О международном частном праве» 1978 г.). Однако подобное положение является скорее исключением из общепризнанного правила о том, что при выборе права стороны отношений с иностранным элементом, в том числе из международных коммерческих договоров, могут выбрать материальное, но не коллизионное право¹²⁴.

При выборе в качестве применимого права какого-либо государства стороны международных коммерческих договоров в качестве применимого права должны избирать действующее право существующего государства¹²⁵, притом в его изменяющемся виде. В качестве применимого права невозможно избрание отдельных норм какого-либо закона, исключая применение всего закона в целом. В качестве применимого, например, российского права возможно указание как на «право РФ», так и на «законодательство РФ». Последнее позволяет намеренно исключить из категории применимого права нормы международных соглашений, ограничиваясь внутренними источниками права РФ. Подобный вывод был неоднократно сделан МКАС при ТПП РФ¹²⁶.

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

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

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

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

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

права они инкорпорируют его нормы в свой международный коммерческий договор, однако в таком случае инкорпорированные в договор нормы не должны противоречить императивным нормам применимого права.

Позиция о необходимости выбора только «действующего» права и невозможности его «заморозить» разделяется доктриной, которая признает, что стороны международного коммерческого договора, осуществляя свой выбор права, не могут исключить будущие изменения в праве. Подобного мнения придерживаются, в частности, П. Най, Ф. Манн, Дж. Морис, П. Майер, П. Лагард, В.А. Канашевский и др.¹²⁷. По данному вопросу в ст. 8 Базельской резолюции об автономии воли, принятой Институтом международного права в 1992 г., также высказана позиция, отрицающая возможность для сторон «заморозить» выбранное право. Сказанное позволяет заключить, что стороны международного коммерческого договора не могут «заморозить» выбранное право, они выбирают право в его изменяющемся виде.

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

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

В тех случаях, когда в международном коммерческом договоре в качестве применимого права указано «*право РФ*», к отношениям сторон применяются в первую очередь международные договоры РФ и затем внутреннее законодательство РФ. Подобный вывод был неоднократно сделан МКАС при ТПП РФ¹³¹. Однако в ряде случаев стороны международных коммерческих договоров указывают не «право Российской Федерации», а «*законодательство Российской Федерации*». Как пишет П.В. Крашенинников, «такой подход иногда рассматривается в практике как применение только той части российской правовой системы,

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

¹²⁸ Там же. – С. 109.

¹²⁹ СЗ РФ. 1999. № 32. Ст. 4040.

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

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

которая включает в себя нормативные акты, регулирующие гражданско-правовые отношения внутри страны, и не охватывает международные договоры РФ»¹³². К аналогичному мнению приходит А.П. Сергеев и М.М. Богуславский¹³³. Таким образом, складывается ситуация, при которой ссылка сторон на право РФ в качестве *lex contractus* должна рассматриваться как отсылка не только к внутреннему законодательству РФ, но и к ее международным соглашениям. При ссылке сторон в качестве *lex contractus* на законодательство РФ будет применяться только внутреннее гражданское законодательство РФ.

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

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

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

В ряде случаев стороны международных коммерческих договоров ссылаются одновременно на право сразу *двух государств*. Полагаем, что и в данных случаях выбор права, применимого к международному коммерческому договору, также следует считать несостоявшимся, поскольку не позволяет определить подлежащее применению право и урегулировать взаимоотношения сторон и не способствует определенности и предсказуемости правового

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

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

¹³⁴ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. — С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. — С. 196.

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

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

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

регулирования международного коммерческого договора, из которой, как уже было сказано ранее, традиционно исходят страны романо-германского права¹³⁸, включая РФ. К выводу о несогласованности выбора применимого права исходит в подобных случаях МКАС при ТПП РФ¹³⁹.

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

В некоторых случаях стороны международных коммерческих договоров в качестве применимого права ссылаются на нормы Венской конвенции 1980 г., нормы международного права, регулирующего ту или иную разновидность договора, либо международного и одновременно какого-либо национального права. Подобный выбор признается состоявшимся в международном коммерческом арбитраже. Так, в одном из своих дел МКАС при ТПП РФ признал, что правил Венской конвенции 1980 г. достаточно для вынесения решения и не требуется установления субсидиарного статута¹⁴¹. В том случае, когда стороны в качестве применимого выбирали нормы международного права, регулирующие договор купли-продажи, МКАС при ТПП РФ применил Венскую конвенцию 1980 г.¹⁴² В последнем случае МКАС при ТПП РФ ссылка сторон на нормы международной конвенции была оценена им в качестве основного статута, а ссылка на национальное право – в качестве субсидиарного статута международного коммерческого договора¹⁴³. Таким образом, в отличие от государственных судов ссылка сторон международного коммерческого договора на нормы *международного права* может рассматриваться в арбитражах в качестве применимого права. При этом возможно установление как *основного*, так и *субсидиарного* договорных статут. В тех случаях, когда избранной сторонами международной конвенции было недостаточно для решения спорного вопроса из международного коммерческого договора, арбитраж нередко устанавливал субсидиарный статут международного коммерческого договора¹⁴⁴.

Стороны международных коммерческих договоров могут подчинить отдельные части договора праву различных государств, осуществив тем самым «*depegage*»¹⁴⁵, или «юридиче-

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

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

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

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

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

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

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

¹⁴⁵ «Депесаж» или «депекаж».

скую биотехнологию». Считается, что слово «*depegage*» имеет французские корни и означает возможность расщепления примененного права¹⁴⁶.

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

В советском законодательстве не допускалось подчинения отдельных частей договора праву различных государств. Согласно Основам гражданского законодательства (далее – ОГЗ) СССР 1991 г.¹⁴⁷, стороны могли выбрать только право одного государства. В настоящее время возможность *depegage* допускается п. 4 ст. 1210 ГК РФ и по-разному оценивается в отечественной доктрине. Впервые термин «юридическая биотехнология» был предложен А. А. Рубановым, который критически относился к расщеплению договорного статута и подчинению различных частей договора праву различных государств¹⁴⁸. В современной доктрине его позицию разделяет В. Л. Толстых¹⁴⁹. В то же время большинство других ученых в целом позитивно высказываются в отношении возможности для сторон международного коммерческого договора осуществить *depegage*¹⁵⁰, *хотя некоторые из них его допускают с определенными ограничениями, касающимися природы заключаемых сделок*¹⁵¹.

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

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

¹⁴⁶ Асосков А.В. Указ. соч.

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

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

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

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

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

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

правило демонстрирует свою востребованность на практике, о чем свидетельствуют решения МКАС при ТПП РФ¹⁵³.

Возникающий в таких случаях вопрос о том, каким правом регулировать остальные части договора, должен поддерживаться тем, что «тот факт, что один аспект договора регулируется правом одной страны, вовсе не обязательно означает, что это право и есть право, свойственное договору в целом»¹⁵⁴. Сказанное означает, что вопрос о праве, подлежащем применению к остальным частям международного коммерческого договора, должен решаться судом на основании соответствующих коллизионных норм или арбитражем на основании норм, которые он сочтет применимыми. При этом вполне возможно, что право, которое будет избрано судом или арбитражем к остальным частям договора, будет совпадать с правопорядком, избранным сторонами к части договорных отношений сторон¹⁵⁵.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁵⁸ Там же. – С. 30.

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

Как правило, международные соглашения и национальные законы по МЧП содержат норму об обязательном применении «строго императивных норм» (норм непосредственного применения) страны суда (ст. 11 Межамериканской конвенции 1994 г., п. 1 ст. 9 Регламента «Рим I», п. 1 ст. 1201 Модельного ГК СНГ, а также п. 1 ст. 1091 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 1100 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 1259 ГК Республики Армения, п. 1 ст. 1174 ГК Кыргызской Республики, п. 1 ст. 1192 ГК РФ).

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

В доктрине отмечается, что «сверхимперативные» нормы должны учитываться и соблюдаться как органом, рассматривающим спор, так и самими сторонами договора¹⁶⁰. Указанные нормы, имеющие обязательный характер, предпочтительно включать в текст договора и исполнять. Однако в литературе неоднократно указывалось на неоднозначность определения круга норм, относимых к «нормам непосредственного применения», или «сверхимперативным» нормам, в соответствии с законодательством того или иного государства, включая Россию¹⁶¹. Определенные разъяснения на этот счет были даны в Информационном письме Президиума ВАС РФ № 158 от 9 июля 2013 г., в котором, в частности, было отмечено, что нормы об исковой давности к нормам непосредственного применения не относятся.

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

Помимо этого, автономия воли сторон международных коммерческих договоров подлежит существенному ограничению в тех случаях, когда в момент выбора сторонами права все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной. В силу п. 5 ст. 1210 ГК РФ в подобных случаях выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обязательства. Подобные нормы содержит п. 4 ст. 3 Регламента «Рим I».

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

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

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

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

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

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

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

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

В этой связи видится достаточным положение, в соответствии с которым при наличии связи международного коммерческого договора только с одной страной правоприменительный орган будет применять не все императивные нормы данной страны, а лишь «сверхимперативные» нормы, т. е. «нормы непосредственного применения» права страны, с которым договор имеет указанную связь. Подобное мнение, на наш взгляд, соответствует принципу автономии воли сторон и способствует либерализации правового регулирования международных коммерческих договоров.

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

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

§ 2. Основные проблемы соглашения о применимом праве

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

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

В правовой науке соглашение о применимом к договору праве являлось предметом исследования Л. Раапе¹⁶⁵, А.Б. Покровской¹⁶⁶, П. Ная¹⁶⁷, Н.В. Тригубович¹⁶⁸, О.Ю. Малкина¹⁶⁹, М.Г. Розенберга¹⁷⁰, А.В. Асоскова¹⁷¹ и других.

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

В отечественной доктрине выделяют следующие элементы гражданско-правовой сделки: внутренняя воля, волеизъявление, существо, правовой результат¹⁷². Указанные элементы присутствуют в соглашении о применимом праве. Так, внутренняя воля в соглашении о применимом праве представляет собой намерение его сторон реализовать автономию воли и осуществить согласованный выбор применимого к международному коммерческому договору права. Волеизъявление в соглашении о применимом праве представляет собой выраженную вонне указанную волю, которая реализуется в определенных формах, установленных законом для соглашения о применимом праве. Существо соглашения о применимом праве представляет собой его правовую природу, которая является коллизионной, поскольку отражает коллизионно-правовой принцип автономии воли сторон и содержит отсылку к применимому праву. Правовой результат, т. е. цель соглашения о применимом праве, заключается в том, чтобы урегулировать избранным правом отношения, возникающие из заключенного сторонами международного коммерческого договора. Как и другой договор, соглашение о применимом праве может заключаться путем оферты и акцепта.

Вместе с тем соглашение о применимом праве не направлено на установление гражданских прав и обязанностей за исключением тех, которые связаны с исполнением сторонами обязательств, связанных с подчинением международного коммерческого договора

¹⁶⁵ Раапе Л. Указ. соч. – С. 424–437.

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

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

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

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

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

¹⁷¹ Асосков А.В. Указ. соч.

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

избранному праву. Данная особенность существенно отличает соглашение о применимом праве от других гражданско-правовых сделок (договоров). Следовательно, соглашение о применимом праве может рассматриваться как особая частноправовая сделка, целью которой является не установление прав и обязанностей сторон, а согласованный выбор применимого к международному коммерческому договору права, то есть в определенном смысле «обслуживание» международного коммерческого договора.

В связи с тем, что соглашение о применимом праве направлено на «обслуживание» международного коммерческого договора, в литературе нередко ставится вопрос о признании его зависимым от международного коммерческого договора или, наоборот, *автономным* по отношению к нему.

В правовой науке сформировалось две основные позиции относительно автономности соглашения о применимом праве по отношению к международному коммерческому договору. В соответствии с первой из них, сформулированной А.Б. Покровской, соглашение о применимом праве не является автономным от частноправового договора, осложненного иностранным элементом¹⁷³. Однако большинство других отечественных и зарубежных ученых придерживаются позиции, признающей автономный характер соглашения о применимом праве¹⁷⁴. На автономность соглашения о применимом праве указывают положения ст. 7 «Отделимость» (*Severability*) Гаагских принципов по выбору права в международных коммерческих договорах 2015 г., согласно которым выбор права не может быть оспорен на том основании, что международный коммерческий договор, к которому избрано право, признан недействительным. Мнение об автономности соглашения о применимом праве по отношению к международному коммерческому договору находит поддержку в отечественном арбитраже¹⁷⁵.

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

В своей работе А.Б. Покровская указывает на то, что соглашение о применимом праве является частноправовой сделкой, содержащей иностранный элемент¹⁷⁷. Признание согла-

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

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

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

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

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

шения о применимом праве сделкой, осложненной иностранным элементом, к тому же имеющей автономный характер, ставит вопрос о возможности избрания для такого соглашения собственного права, его регулирующего.

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

Сам иностранный элемент в соглашении о применимом праве происходит (является производным) от международного коммерческого договора, для «обслуживания» которого указанное соглашение заключается. Другими словами, отсутствие в основном гражданско-правовом договоре, в том числе договоре коммерческого характера, иностранного элемента не позволяет избрать применимое к такому договору право и делает недействительным заключенное соглашение о применимом праве. Следовательно, особенность иностранного элемента в соглашении о применимом праве проявляется в том, что он происходит из заключенного сторонами международного коммерческого договора. Сказанное, на наш взгляд, свидетельствует против возможности избрания права, применимого к самому соглашению о применимом праве. Более того, при признании возможности выбора права к соглашению о применимом праве может возникнуть проблема какому праву подчинить соглашение, на основании которого определяется право к самому соглашению о применимом праве, – и так до бесконечности.

Что касается возможности признания соглашения о применимом праве разновидностью международного коммерческого договора, то ранее подобный вопрос уже поднимался в отечественной правовой науке и было высказано мнение о том, что соглашение о применимом праве не является внешнеэкономической сделкой¹⁷⁸, хотя некоторые ученые высказывались о необходимости совершения соглашения о применимом праве обязательно в письменной форме, как того требовали в то время внешнеэкономические сделки с участием российских лиц¹⁷⁹. На сегодняшний день указанный вопрос лишен практического смысла, поскольку указанная отечественная норма отменена. Тем не менее, соглашение о применимом праве можно отнести к международным сделкам некоммерческого характера, поскольку оно, в отличие от международных коммерческих договоров, не направлено на извлечение прибыли, не заключается в отношении объекта гражданских прав, находящегося в международном коммерческом обороте, хотя и может быть заключено между коммерсантами.

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

В доктрине существуют различные позиции относительно самой постановки вопроса о допустимости заключения соглашений о применимом праве. Так, например, некоторые ученые, не выделяя допустимость в качестве отдельной проблемы соглашения о применимом праве, включают ее в спектр проблем, связанных с действительностью соглашения о применимом праве¹⁸⁰. Другие ученые рассматривают вопрос о допустимости в качестве отдельной

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

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

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

проблемы¹⁸¹. При этом в трактовке одних признание судом заключения соглашения о применимом праве недопустимым влечет признание такого соглашения недействительным¹⁸², в то время другие говорят о его неисполнимости¹⁸³.

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

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

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

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

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

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

В законодательстве и доктрине предлагается несколько основных вариантов решения проблемы определения права, применимого к действительности соглашения о применимом праве с точки зрения соответствия его закону, которые во многом созвучны способам решения проблемы допустимости заключения указанного соглашения или допустимости применения принципа автономии воли сторон. Так, в разное время указанную проблему предлагалось решать путем отсылки к объективно применимому праву, праву, регулирующему

¹⁸¹ Асосков А.В. Указ. соч.

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

¹⁸³ Асосков А.В. Указ. соч.

щему договор, праву страны заключения договора, праву страны суда, *lex voluntatis* и т. д., подробно исследованных в работе А.В. Асоскова применительно к договорным обязательствам с иностранным элементом в целом¹⁸⁴.

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

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

Гораздо большей популярностью среди коллизионистов пользуется подход, в соответствии с которым действительность соглашения о применимом праве определяется на основании права, регулирующего основной договор. В настоящее время указанный подход воспринят некоторыми международными соглашениями, в которых РФ не участвует (ст. 2 Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., п. 3 ст. 10 Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., п. 5 ст. 3 Регламента «Рим I»), а также национальным законодательством по МЧП некоторых государств (например, п. 2 ст. 116 Закона о МЧП Швейцарии). Как пишет А.В. Асосков, указанный подход был принят всеми странами ЕС начиная от ст. 3 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. и в настоящее время закреплён в п. 5 ст. 3 Регламента «Рим I»¹⁸⁹. Аналогичное правило закреплено в ст. 12 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным коммерческим договорам, 1994 г.

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

¹⁸⁴ Асосков А.В. Указ. соч.

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

¹⁸⁶ Haudek W. Die Bedeutung des Parteiwillensim international Privatrecht. Berlin, 1931; Цит. по: Асосков А.В. Указ, соч.; Lando O. Op. cit. – P. 44–45; Тригубович Н. В. Указ. соч. – С. 55; Третьяков С. В. Указ. соч. – С. 43–44.

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

¹⁸⁸ Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁸⁹ Там же.

ства не будет в той связи, что вопросы допустимости заключения соглашения о применимом праве необходимо определять по *lex fori / lex arbitri*, с чем А.В. Асосков в общем согласен¹⁹⁰.

В некоторых случаях право, регулирующее договор, попросту не способно решить проблему, связанную с действительностью соглашения о применимом праве. Так, подчинение вопросов действительности соглашения о применимом праве договорному статуту оказывается невозможным в случаях, когда стороны осуществляют расщепление договорного статута, отменяют ранее сделанный выбор в пользу другого права, указывают в качестве применимого права *lex mercatoria*. С учетом этого в настоящее время договорный статут не может претендовать на универсальность при определении права, применимого к материальной действительности соглашения о применимом праве.

Аналогичным образом не способна справиться с поставленной проблемой привязка к праву страны заключения договора (и какого – основного или соглашения о применимом праве?), поскольку место заключения договора может оказаться случайным, а его право – не соответствовать реальным ожиданиям сторон международного коммерческого договора.

Учитывая сказанное, на наш взгляд, при определении права, применимого к действительности соглашения о применимом праве с точки зрения соответствия его закону, основное внимание следует сосредоточить на привязке *lex fori*. В ее поддержку высказываются ряд зарубежных ученых, таких как Ю. Нишитани, Р. Мозер, В. Недерер и другие, анализ мнений которых проводится в работе А.В. Асоскова¹⁹¹. В отечественной литературе подобной позиции придерживался Л.А. Лунц, по мнению которого «действительность соглашения и выбора компетентного правопорядка должна рассматриваться как предпосылка для применения выраженной в данном соглашении коллизионной привязки и... поэтому все вопросы этой действительности следовало бы подчинить закону суда»¹⁹². В связи с тем, что споры из международных коммерческих договоров рассматриваются не только государственными судами, но и арбитражами, для решения вопроса о праве, применимом к действительности соглашения о применимом праве, возможно обращение не только к *lex fori*, но и к *lex arbitri*.

Привязка к *lex fori / lex arbitri* позволяет решить проблему действительности соглашения о применимом праве даже в тех случаях, когда стороны договора осуществляют *depe#age* либо меняют право, регулирующее международный коммерческий договор, а также в случаях, когда в качестве применимого к международному коммерческому договору его стороны выбирают *lex mercatoria*. Несомненным достоинством указанной привязки является обеспечение единого правового регулирования с точки зрения применимого права вопросов, связанных с допустимостью соглашения о применимом праве и вопросов его материальной действительности, что выглядит весьма удобным для суда, но может не вполне отвечать интересам сторон. Последнее обусловлено тем, что сторонам может быть неизвестно право страны суда или арбитража, применимое к допустимости и действительности соглашения о применимом праве. Однако выбор сторонами институционального органа, рассматривающего спор, применимые нормы которого будут известны сторонам, способен уменьшить для них правовую неопределенность при решении вопросов действительности соглашения о применимом праве по *lex fori / lex arbitri*. Кроме того, выбор данной привязки обеспечивает единство правового регулирования как вопросов допустимости заключения соглашения о применимом праве, так и его материальной действительности.

Вместе с тем полагаем, что признание автономии воли сторон в качестве основополагающего принципа регулирования международных коммерческих договоров предполагает его реализацию максимально возможным образом. Применительно к соглашению о приме-

¹⁹⁰ Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁹¹ Об этом: Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁹² Лунц Л.А. Курс международного частного права. – С. 499.

нимом праве это может достигаться в использовании не одной, а нескольких коллизионных привязок, удовлетворение одной из которых являлось бы достаточным для признания соглашения допустимым и действительным. В целях повышения «валидтивности» (действительности) соглашения о применимом праве в тех случаях, когда в соответствии с основной привязкой к *lex fori / lex arbitri* соглашение не может быть признано действительным, суду или арбитражу предлагается использовать субсидиарную привязку к праву, регулирующему международный коммерческий договор (иностранному или *lex mercatoria*).

Следующим условием действительности соглашения о применимом праве является совпадение воли и волеизъявления его участников, то есть наличие реального намерения заключить соглашение о применимом праве, или отсутствие в нем порока воли. Отсутствие порока воли в соглашении о применимом праве нередко связывают с отсутствием указанного порока в международном коммерческом договоре. Такая ситуация очевидна в тех случаях, когда оговорка о применимом праве является составной частью международного коммерческого договора.

Вопрос о совпадении воли и волеизъявления в соглашении о применимом праве решается в некоторых международных правовых актах. Например, в соответствии с п. 3 ст. 10 Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. для установления того, что сторона не давала согласия на выбор права, сам договор или какое-либо его условие, она может сослаться на право государства, в котором она имеет свое коммерческое предприятие, если ввиду обстоятельств неразумно решать этот вопрос в соответствии с правом, регулирующим договор. Аналогичные нормы содержат п. 2 ст. 10 Регламента «Рим I», а также ст. 8 Римской конвенции 1980 г.

Вместе с тем существуют и иной вариант решения указанной проблемы. Так, в комментарии ко Второму своду конфликтного права США (комментарий b к § 187) указывается на то, что наличие пороков воли стороны соглашения о выборе права суд должен определять на основе «своих собственных правовых принципов»¹⁹³.

Полагаем, что вопрос о той части действительности соглашения о применимом праве, которая касается совпадения в нем воли и волеизъявления сторон, также должен решаться на основании *lex fori / lex arbitri* с тем, чтобы по возможности не разрывать единое правовое регулирование отдельных аспектов соглашения о применимом праве. При этом для повышения валидтивности (действительности) соглашения о применимом праве на случай его недействительности по *lex fori / lex arbitri* в качестве субсидиарной могла бы быть предусмотрена привязка к праву, регулирующему международный коммерческий договор.

Таким образом, условия о соответствии содержания рассматриваемого соглашения применимому праву и о совпадении воли и волеизъявлении в соглашении, составляющие материальную действительность соглашения о применимом праве, следует регулировать в соответствии с *lex fori / lex arbitri*. В случаях когда в соответствии с указанной привязкой соглашение является недействительным, суд или арбитраж могут обратиться к привязке к праву, регулирующему международный коммерческий договор. Если же и в этом случае не удастся решить вопрос о материальной действительности соглашения положительно, применимое к международному коммерческому договору право предлагается определять на основании объективных коллизионных норм.

Рассматривая условия действительности соглашения о применимом праве, нельзя не коснуться условия о право- и дееспособности его участников. Как известно, правосубъектность участников соглашения о применимом праве, равно как и международного коммерческого договора, определяется по общему правилу на основании их личного закона (ст. 1201–1202 ГК РФ) с учетом п. 3 ст. 1202 ГК РФ. Определение того, был ли участник междуна-

¹⁹³ Асосков А.В. Указ. соч.

родного коммерческого договора и соглашения о применимом праве право- и дееспособен, производится однократно: положительное решение указанного вопроса в отношении участников международного коммерческого договора означает его аналогичное решение в отношении тех же участников как субъектов соглашения о применимом праве.

Как известно, соглашение о применимом праве возможно в двух видах: отдельное соглашение о применимом к международному коммерческому договору праве и оговорка о применимом праве, сделанная в самом международном коммерческом договоре. Учитывая то, что большинство международных и национальных правовых актов, за исключением некоторых, не предъявляют каких либо требований к форме соглашения о применимом праве, оно может быть заключено в любой форме.

Следствием свободы формы соглашения о применимом праве является то, что признать его недействительным по форме практически невозможно. Это означает, что условие о действительности сделки, касающееся ее формы, в соглашении о применимом праве отсутствует. В тех случаях, когда условия о выборе применимого права не позволяют определить действительную волю сторон, в том числе ввиду отсутствия формы ее выражения, суды и арбитражи исходят из отсутствия соглашения сторон о применимом праве¹⁹⁴, т. е. делают вывод о его незаключенности.

Между тем в соответствии с законодательством по международному праву некоторых стран (например, Перу, Турции, Испании)¹⁹⁵ допускается только прямо выраженный выбор применимого к договору права. В соответствии с законодательством этих стран соглашение о применимом праве, заключенное в подразумеваемой форме, не будет иметь юридической силы. В этой связи возникает проблема какое право применять при определении формы соглашения о применимом праве.

В литературе высказывались различные мнения о том, каким образом следует определять право, применимое к форме соглашения о применимом праве. В этой связи, например, П. Най, Р. Плендер считают, что указанный вопрос в любом случае должен решаться отдельно от вопроса, касающегося формы основного договора¹⁹⁶. В отечественной литературе в свое время было высказано мнение о том, что форма соглашения о применимом праве определяется на основании общих коллизионных норм, предусмотренных для формы сделки (ст. 1209 ГК РФ)¹⁹⁷.

Наиболее близкой в поставленном вопросе представляется нам точка зрения А.В. Асоскова, который отмечает следующее: «Требование о достаточной определенности соглашения о выборе права неразрывно связано с вопросом о форме (внешнем выражении) соглашения о выборе права. Из данного правила подразумеваемым образом вытекает отсутствие обязательной письменной формы соглашения о выборе права и возможность установления такого соглашения на основе анализа конклюдентных действий сторон (в терминологии законодателя – “совокупности обстоятельств дела”)... В условиях, когда отечественный законодатель исходит из либерального подхода к форме соглашения о выборе права, по крайней мере сомнительным выглядит применение более строгих формальных требований договорного статута или места совершения сделки»¹⁹⁸, нежели тех, которые предусмотрены

¹⁹⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. – С. 329; Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 197.

¹⁹⁵ Официальный сайт НИУ «Высшая школа экономики». Научно-исследовательская группа «Современная конструкция международного частного права» // URL: <http://pravo.hse.ru/intprilaw> (дата обращения: 22 декабря 2016 г.).

¹⁹⁶ Асосков А.В. Указ. соч.

¹⁹⁷ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. – С. 431–432.

¹⁹⁸ Асосков А.В. Указ. соч.

ст. 1209 ГК РФ. Следовательно, основной привязкой для определения формы соглашения о применимом праве он считает *lex fori*.

Нам также представляется, что содержащие положения о форме выбора применимого права нормы ст. 1210 ГК РФ исчерпывающим образом регулируют вопрос о том, в какой форме должно заключаться соглашение о применимом праве. В целях обеспечения по возможности единства правового регулирования вопросов, возникающих в связи с заключением и исполнением соглашения о применимом праве, предлагается вопрос о праве, применимом к форме соглашения о применимом праве, подчинить предложенному нами праву, т. е. *lex fori / lex arbitri*. При этом в тех случаях, когда в соответствии с указанной привязкой форма соглашения о применимом праве не позволяет выяснить действительную волю сторон относительно применимого права, за разрешением поставленного вопроса суду или арбитражу предлагается обращаться к договорному статуту.

В соответствии с изложенным выше представляется необходимым включить соответствующую норму в ст. 1210 ГК РФ, дополнив ее п. 2 следующей нормой: «Наличие и материальная действительность соглашения о применимом праве определяются на основании российского права. Однако указанное соглашение не может быть признано недействительным, если оно действительно в соответствии с правом, регулирующим международный коммерческий договор». Аналогичную норму предлагается также включить в международное соглашение ЕАЭС о праве, применимом к международным коммерческим договорам.

§ 3. Проблемы и преимущества выбора средств негосударственного регулирования в качестве применимого права

Стороны международных коммерческих договоров, желая уйти от их государственного (национального и международного правового) регулирования, обращаются к средствам негосударственного регулирования в качестве применимого права. Основные различия между инкорпорацией норм *lex mercatoria* в международный коммерческий договор и применением их в качестве *lex contractus* заключается в том, что инкорпорация норм негосударственных регуляторов не позволяет избежать применения императивных норм применимого национального права. Применение источников *lex mercatoria* в качестве *lex contractus* при одновременном обращении за разрешением спора в международный коммерческий арбитраж позволяет сторонам избежать применения норм какого-либо национального права, за исключением «сверхимперативных» норм, определяемых арбитражем¹⁹⁹.

Первоочередной проблемой, возникающей в связи с выбором средств негосударственного регулирования в качестве *lex contractus*, является *допустимость* такого выбора. Непризнание судом или арбитражем подобной возможности обесценивает выбор сторон, делая соглашение о применимом праве недействительным.

Как было отмечено ранее, многие международные соглашения и национальные правовые акты по МЧП содержат нормы, в соответствии с которыми договор регулируется «правом, избранным сторонами», не определяя специально природу такого «права» и не решая прямо вопрос о том, может ли таким «правом» выступать то или иное средство негосударственного регулирования. Например, ст. 1210 ГК РФ не содержит указания о том, что правом, избираемым сторонами международного коммерческого договора, должно являться право какой-либо страны или стран.

В отечественной доктрине по МЧП традиционным являлся подход, в соответствии с которым в государственных судах не должна допускаться ссылка сторон к негосударственным регуляторам в качестве *lex contractus*. Одним из первых подобное мнение выразил Л.А. Лунц, который считал, что «договорное условие о том, что данный контракт должен обсуждаться только по “общим принципам права” без применения внутрисударственного закона какой-либо страны, должно быть признано недействительным во ВТАК и должен быть поставлен коллизионный вопрос...»²⁰⁰. А.А. Рубанов полагал, что «природа международного взаимодействия не позволяет праву санкционировать соглашения, в которых стороны определили, что их имущественное отношение должно регулироваться нормами, которые можно объединить названием квазиправовых»²⁰¹. Аналогичным образом Н.В. Тригубович указывает на то, что ссылка сторон на вненациональные источники должна рассматриваться как инкорпорация их положений в договор, но не в качестве выбора применимого права²⁰². Похожим образом высказывается В.А. Канашевский, отмечая, что отсылка к применимому праву означает право какого-либо государства и не включает в себя *lex mercatoria*²⁰³.

¹⁹⁹ Об этом, в частности: Вилкова Н.Г. От глобального контрактного права к глобальному применимому праву // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: об. статей / М.П. Бардина, В.В. Безбах, Г.Н. Буднева и др.; под общ. ред. А.С. Комарова. М.: Статут, 2016.-С. 25.

²⁰⁰ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 503.

²⁰¹ Рубанов А.А. «Автономия воли» в международном частном праве как теоретическая проблема // Международное частное право: современные проблемы. М, 1994. – С. 218.

²⁰² Тригубович Н.В. Указ. соч. – С. 72.

²⁰³ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 107, 109.

Некоторые ученые высказываются менее категорично, отмечая, что государственные суды неохотно воспринимают отсылку сторон к *lex mercatoria* в качестве применимого права²⁰⁴, в большинстве случаев не рассматривая такие договоренности в качестве соглашений о применимом праве²⁰⁵. Нужно отметить, что среди решений отечественных арбитражных судов нам не удалось обнаружить ни одного решения, в котором ссылка на средства негосударственного регулирования рассматривались бы судом в качестве выбора применимого права. Это свидетельствует о том, что в настоящее время отечественные государственные суды продолжают исходить из недопустимости признания средств негосударственного регулирования в качестве применимого права. Указанные регуляторы рассматриваются государственными арбитражными судами в качестве норм, инкорпорированных в международный коммерческий договор. На указанные обстоятельства обращает внимание также М.П. Бардина²⁰⁶.

Безусловно, с чисто теоретической точки зрения понятие «применимое право» должно означать совокупность правовых норм, санкционированных к применению государством, закрепленных в источниках права и применяемых при регулировании международных коммерческих договоров. Как пишет А.В. Асосков, в поддержку данного тезиса часто приводят известный вывод Постоянной палаты международного правосудия Лиги Наций по делам о сербских и бразильских займах, в соответствии с которым каждый договор, который не является межгосударственным соглашением, должен основываться на национальном праве какой-либо страны. Мнение о том, что контракт не должен существовать в правовом вакууме и должен содержать отсылку к какой-либо системе национального частного права, было высказано в одном из решений палаты лордов, вынесенных в 1983 г. В зарубежной доктрине указанную позицию занимает П. Манковски, отмечая что вненациональным источникам недостает «демократической легитимации», поскольку соответствующие нормы не проходят демократические процедуры обсуждения в национальных парламентах и другие формы демократического контроля²⁰⁷.

Как отмечает А.В. Асосков, аргумент об отсутствии у вненациональных источников «демократической легитимации» выглядит «весьма странным с учетом того, что при применении выбранного сторонами национального правопорядка не осуществляется проверка того, насколько демократическим способом были изданы подлежащие применению материально-правовые нормы. Как известно, в современном мире существует множество стран, чье социально-политическое устройство не отвечает западным представлениям о демократии, однако само по себе это никогда не служило основанием для отрицания возможности коллизионного выбора подобных правовых систем»²⁰⁸.

К сказанному нужно также добавить, что подход, отрицающий возможность выбора средств негосударственного регулирования в качестве применимого права ввиду отсутствия у них связи с каким-либо национальным правом, не выдерживает критики и по другой причине. Как было показано ранее, современные средства негосударственного регулирования, такие как Принципы УНИДРУА, Принципы ЕДП, Модельные правила ЕЧП, по своему содержанию и регулирующей способности международных коммерческих договоров

²⁰⁴ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, часть третья: учебно-практический комментарий. — С. 328.

²⁰⁵ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный). 4-е изд., испр. и доп. / Отв. ред. Н.И. Марышева и К.Б. Ярошенко. М., 2014. — С. 531–532.

²⁰⁶ Бардина М.П. Основание применения Принципов УНИДРУА при разрешении международных коммерческих споров по существу спора // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сб. статей / Под общей ред. д-ра юр. наук, проф. А.С. Комарова. М., 2016. — С.7.

²⁰⁷ Цит. по: Асосков А.В. Указ. соч.

²⁰⁸ Асосков А. В. Указ. соч.

вполне могут конкурировать с целым рядом национальных правовых систем, в особенности развивающихся, которые могут быть избраны сторонами в качестве применимого к договору права. А *отсутствие связи* средств негосударственного регулирования с каким-либо национальным правом является не недостатком, а, скорее, достоинством, поскольку свидетельствует об их независимости, обеспечивает регулирование именно международных, не связанных только с одним государством коммерческих договоров.

В международных коммерческих арбитражах вопрос о возможности для сторон подчинить международный коммерческий договор в качестве применимого права средствам негосударственного регулирования решается иначе, чем в государственных судах. Для отечественного международного коммерческого арбитража возможность признавать в качестве применимого средства негосударственного регулирования в целом вытекает из абз. 2 п. 1 ст. 1186 ГК РФ, согласно которому особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже. В силу ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» МКАС при ТПП РФ разрешает спор согласно тем нормам права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Как пишет О.Ю. Малкин, выражение «нормы права» «имеет более широкое содержание, чем “право” государства, позволяя сторонам оговаривать применение вненациональных источников, т. е. документов, разработанных на международном уровне и не предполагающих одобрения государствами. К последним относятся, в частности, Принципы УНИДРУА 2010 г.»²⁰⁹.

Аналогичного мнения придерживается М.П. Бардина, которая считает, что условия и порядок применения Принципов УНИДРУА международным коммерческим арбитражем кардинально отличаются от применения их государственными арбитражными судами. Это связано с особым значением, которое вкладывает в «нормы права» арбитраж. «Общепризнанно, что это специальное значение термина “нормы права” включает транснациональное право, которое не входит в правовую систему государств, современное *lex mercatoria*, в котором Принципы УНИДРУА занимают основное место»²¹⁰.

Нужно отметить, что впервые термин «нормы права» с таким специальным значением был введен Декретом Франции о международном коммерческом арбитраже 1981 г., включен в ст. 1496 ГПК Франции. В соответствии с указанной статьей стороны договора, а в отсутствие выбора и арбитры могли свободно выбирать нормы права, применимые к их спору. При этом в Комментариях ГПК Франции отмечалось единство в признании отсылки к транснациональным нормам, и суды не оспаривали это толкование; то же выражение и с тем же значением использовали и некоторые другие правовые системы²¹¹.

Подобный подход подкрепляется тем, что Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже обязывает арбитраж применять не нормы права какого-либо государства, а «нормы права» (ст. 28.1). Как сказано в Пояснительной записке Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже, использование в Законе термина «нормы права» означает допустимость согласования сторонами и обязанность арбитров применять не только нормы права определенного государства, но и нормативные положения, которые не имеют своего происхождения в конкретных национальных правовых системах²¹². На сегодняшний день данное положение Типового закона содержится в законодательстве более 50 государств, включая РФ²¹³.

²⁰⁹ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 193.

²¹⁰ Бардина М.П. Указ. соч. – С. 8.

²¹¹ Fouchard Ph., Gaillard E., Goldman B. On International Commercial Arbitration / Ed. by E. Gaillard and J. Savage. The Hague – Boston – L., 1999. P. 802; Цит. по: Бардина М.П. Указ. соч. – С. 10.

²¹² Пояснительная записка Секретариата ЮНСИТРАЛ к Типовому закону о международном торговом арбитраже. Типо-

Как отмечает М.П. Бардина, «термин “нормы права” именно в таком значении был включен и в регламенты многих международных коммерческих арбитражей, как в действующих, так и в более ранних редакциях, как в странах, законодательство которых основано на Типовом законе, так и в не входящих в эту группу. Так, например, п. 1 ст. 21 Арбитражного регламента Международной торговой палаты (далее – МТП) 2012 г. предусматривает, что стороны свободны в выборе норм права, которые должны применяться составом арбитража к существу спора; ст. 22 Регламента Арбитражного института Торговой палаты Стокгольма 2010 г., ст. 33 Швейцарского регламента международного арбитража и многие другие арбитражные регламенты также предусматривают возможность для сторон выбрать нормы права»²¹⁴.

Таким образом, проблема допустимости применения средств негосударственного регулирования в качестве *lex contractus* в настоящее время решается положительно в международных коммерческих арбитражах, которые в целом допускают подобный выбор для сторон международного коммерческого договора. Поэтому если стороны международного коммерческого договора желают, чтобы он регулировался средствами негосударственного регулирования в качестве применимого права, в качестве органа, рассматривающего спор, должны выбирать международный коммерческий арбитраж. Государственные суды, во всяком случае отечественные, воспринимают ссылку сторон на средства негосударственного регулирования, или источники *lex mercatoria*, как инкорпорацию их норм в международный коммерческий договор либо применяют их в качестве международных торговых обычаев.

Вместе с тем, как подчеркивалось в предыдущих разделах настоящего исследования, с учетом содержания действующих в настоящее время документов *lex mercatoria* видится перспективной возможность признания за ними свойств применимого права, способного выступать в качестве *lex contractus* не только в международных коммерческих арбитражах, но и государственных судах.

Следующей проблемой, связанной с использованием негосударственных регуляторов в качестве применимого права, является *отсутствие единообразного термина*, который могли бы использовать стороны в своих международных коммерческих договорах для обозначения в качестве применимого права средств негосударственного регулирования. Указанная проблема имеет не только важное теоретическое, но и практическое значение, поскольку неверное указание сторонами применимого права может приводить к признанию соглашения о применимом праве недействительным.

Указанная проблема возникает в тех случаях, когда стороны международных коммерческих договоров не указывают конкретный свод негосударственного регулирования, например Принципы УНИДРУА 2010 г., избранный ими в качестве применимого к их договору права, а отправляются к средствам негосударственного регулирования в целом. Наиболее часто в подобных случаях стороны международных коммерческих договоров в качестве применимого права указывают *lex mercatoria*, общие принципы права и т. п., в которые вкладываются неодинаковое содержание.

Проблема определения содержания современного *lex mercatoria* не является новой для отечественной и зарубежной науки²¹⁵. Одним из недавних исследований является работа О.В. Аблѣзговой, в которой была проведена классификация мнений зарубежных ученых

вой закон ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г. с изменениями 2006 г. Издание ООН. Вена, 2008.- С. 34.

²¹³ Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей (постатейный). 4-е изд., испр. и доп. / Отв. ред. Н.И. Марышева и К.Б. Ярошенко. М., 2014. – С. 534.

²¹⁴ Бардина М.П. Указ. соч. – С. 11.

²¹⁵ Oser D. The UNIDRIOT Principles of International Commercial Contracts: a Governing Law? Leiden – Boston: Martines Nijhoff Publishers. – P. 19.

относительно понимания современного *lex mercatoria*. Руководствуясь в основном мнениями зарубежных ученых, она выделила три основные позиции относительно понимания *lex mercatoria* в зависимости от правовой силы регуляторов, включаемых в данное понятие. Так, к первой группе она отнесла исследователей (Б. Голдман, К. Шмиттгофф, Ф. де Лай, А. Голштейн, О. Ландо), которые включают в рассматриваемое понятие международные соглашения, общие принципы права, международные торговые обычаи и обыкновения, типовые контракты, акты международных организаций, арбитражные решения и т. д. Вторая группа исследователей, по ее мнению, несколько ограничивает широту источников *lex mercatoria*, включая в их число общие принципы права, международные торговые обычаи и арбитражные решения (например, Ж. Паульсон). Третья группа ученых рассматривает понятие источников *lex mercatoria* еще уже, относя к ним международные торговые обычаи, обыкновения и общие принципы права (Ф. Дассер), общие принципы права и некодифицированные торговые обычаи (Р. Гуд) либо только обычаи и обыкновения (А. Тынель, Я. Функ, В. Хвалей)²¹⁶. Таким образом, последняя группа ученых включает в «новое *lex mercatoria*» только негосударственные регуляторы, исключая из него международные соглашения и арбитражную практику.

В отечественной доктрине решение вопроса относительно понимания современного *lex mercatoria* также неоднозначно. Например, Е.Е. Веселкова включает в его состав международные договоры и международные обычаи²¹⁷. Е.В. Иванова считает, что его содержание составляют, с одной стороны, международные договоры и нормативные документы международных межправительственных организаций, а с другой – международные торговые обычаи, обыкновения и нормативные документы международных неправительственных организаций²¹⁸. Аналогичным образом выделяет два блока документов *lex mercatoria* С.В. Бахин²¹⁹, отмечая, что при таком понимании *lex mercatoria* предстает в качестве конгломерата норм и правил, разных по своей правовой природе и юридической силе²²⁰. Н.А. Карсакова также включает в состав *lex mercatoria* международные договоры, обычаи, обыкновения, общие принципы права, общие условия и другие инструменты регулирования международных коммерческих отношений, обладающие различной правовой силой²²¹; между тем в качестве кодификаций норм *lex mercatoria* она называет Принципы УНИДРУА и Принципы ЕДП²²².

С другой стороны, в литературе предлагается более узкое понятие *lex mercatoria*. Так, например, авторы книги «Курс международного торгового права» предлагают относить к *lex mercatoria* обычаи и обыкновения международной торговли, типовые контракты, общие условия сделок, руководства по заключению контрактов²²³. Сходным образом О.В. Аблезгова относит к *lex mercatoria* совокупность негосударственных невластных регуляторов международной торговли. Характерной особенностью норм *lex mercatoria* она считает их между-

²¹⁶ Аблезгова О.В. Нормы *lex mercatoria* в правовом регулировании международных коммерческих договоров: автореф. дис.... канд. юр. наук. М., 2008. – С. 18.

²¹⁷ Веселкова Е.Е. Международно-правовое регулирование внешнеэкономических сделок // Адвокат. 2014. № 5 // СПС «Консультант Плюс».

²¹⁸ Иванова Е.В. Внешнеэкономические сделки в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. Белгород, 2009. – С. 58.

²¹⁹ Бахин С.В. *Lex mercatoria* и унификация международного частного права // Журнал международного частного права. 1999. № 4 (26). – С. 16–17.

²²⁰ Бахин С.В. Указ. соч. – С. 17.

²²¹ Карсакова Н.А. Теория *lex mercatoria* в юридической доктрине и практике: автореф. дис... канд. юр. наук. М., 2006. – С. 7.

²²² Карсакова Н.А. Указ. соч.

²²³ Тынель А., Функ Я., Хвалей В. Курс международного торгового права. Минск: Амалфея, 2000. – С. 7–8.

народную природу. Такие нормы вырабатываются, по ее мнению, международным деловым сообществом в процессе его деятельности²²⁴.

Полагаем, что в отсутствие международного и национального определения *lex mercatoria* вопрос о его содержании и, следовательно, нормативной природе будет оставаться открытым. Если подходить к рассмотрению *lex mercatoria* как международного коммерческого права, то при таком подходе в него можно включить различные международные нормативные правовые и иные нормативные источники регулирования международных коммерческих отношений, которые будет объединять то, что все они применимы в международном коммерческом обороте и служат для регулирования и упорядочения международных коммерческих отношений. В этой связи заслуживает внимания мнение Е.В. Ивановой, которая отметила следующее: «Совершенно очевиден критерий включения тех или иных документов в состав “*lex mercatoria*” – его применимость в международном коммерческом обороте...»²²⁵.

Аналогичного мнения придерживается С.В. Бахин²²⁶.

В то же время, избирая в качестве применимого права *lex mercatoria*, стороны международных коммерческих договоров стремятся уйти не только от их национального, но и от международного правового регулирования. Применение норм какой-либо международной конвенции для регулирования международного коммерческого договора (как действующей для государства – участника такого договора, так и не вступившей в силу) вряд ли подразумевается сторонами при выборе в качестве применимого *lex mercatoria* в целом, а должно оговариваться ими отдельно. Напротив, выбор *lex mercatoria* в качестве применимого права, на наш взгляд, предполагает, что стороны согласились с тем, чтобы их договор регулировался средствами негосударственного регулирования, способными теоретически и практически выступать в качестве применимого права. В качестве таких средств негосударственного регулирования предлагается рассматривать своды негосударственного регулирования, конкретный выбор одного из которых для регулирования конкретного международного коммерческого договора должен осуществляться правприменительным органом. В регионе ЕАЭС в качестве такого свода предлагаются, прежде всего, Принципы УНИД-РУА 2010 г., а также специальные Принципы, посвященные отдельным видам международных коммерческих договоров²²⁷. Остальные средства негосударственного регулирования являются *lex mercatoria* в широком смысле, обладают способностью регулировать международные коммерческие договоры, как правило на стадии формулирования их условий, могут быть инкорпорированы в договор, но сами по себе не могут выступать в качестве *lex contractus*.

С другой стороны, как было отмечено ранее, стороны международных коммерческих договоров в качестве применимого могут указать «*общие принципы права*». Подобная возможность прямо предусматривается преамбулами Принципов УН ИДУ РА и Принципов ЕДП, в соответствии с которыми указанные документы подлежат применению не только тогда, когда стороны сослались в качестве применимого на них, а также *lex mercatoria* в целом, но также и в тех случаях, когда в качестве применимого права стороны избрали «*общие принципы права*».

Как отмечает А.А. Дроздов-Тихомиров, международный арбитраж может применять своды негосударственного регулирования, когда стороны «прямо не выразили согласия об их

²²⁴ Аблезгова О.В. Указ. соч. – С. 8.

²²⁵ Иванова Е.В. Внешнеэкономические сделки в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. Белгород, 2009. – С. 58.

²²⁶ Бахин С.В. Указ. соч. – С. 17.

²²⁷ Об этом подробнее в гл. 6 настоящей работы.

применении к договору, но согласились о применении “общих принципов права”»²²⁸. Вместе с тем, по мнению О.Ю. Малкина, «неверно будет утверждать, что Принципы УНИДРУА в содержательном плане тождественны иным вненациональным регуляторам – “общим принципам права”... и “*L ex mercatoria*”». Нормативная составляющая всех названных источников полностью не совпадает и совпадать не может. Невозможность сведения «общих принципов права» к Принципам УНИДРУА обусловлена, в частности, тем, что, как сказано во введении к Принципам, последние «не только отражают концепции, которые можно найти если не во всех, то в большинстве правовых систем», но «включают также и то, что предположительно является наилучшим решением, даже если оно еще не стало общепринятым»²²⁹.

На наш взгляд, используемый в Принципах УНИДРУА, равно как и Принципах ЕДП, термин «общие принципы права» является не совсем корректным. Несмотря на то что указанные документы отражают ряд правовых принципов, встречающихся в целом ряде национальных правовых систем (например, принцип добросовестности, принцип свободы договора и т. д.), указанные документы не обладают государственно-правовой природой, а потому не могут содержать основополагающих норм права, коими выступают общие принципы права, свойственные национальным правовым системам или международному праву.

Между тем в своей практике арбитраж применяет именно эти документы (в основном Принципы УНИДРУА), когда стороны ссылаются на «общие принципы права» и иные подобные ему термины. Так, проведя анализ ряда решений международных коммерческих арбитражей, А.А. Дроздов-Тихомиров пришел к выводу о том, что в ряде решений, принятых международным институциональным арбитражем МТП, а также арбитражем *ad hoc* Принципы УНИДРУА применялись, когда стороны ссылались на них как на «общие принципы права, применимые к международным контрактам»²³⁰, «общие принципы международного коммерческого права»²³¹, «общие принципы международного договорного права»²³² и т. п.

В то же время в ряде других решений Международный арбитраж МТП соглашался применять Принципы УНИДРУА только в тех пределах, в которых они действительно отражают общие принципы и правила. В другом решении в отношении Европейских принципов указанный арбитраж указал, что они представляют собой научное исследование, которое на данном этапе не очень хорошо известно международному деловому сообществу и являются предварительным шагом к проекту будущего Европейского договорного кодекса, который еще не вступил в силу, и поэтому исключил их применение при разрешении дела²³³.

Используемый таким образом в Принципах УНИДРУА и Принципах ЕДП термин «общие принципы права» имеет несколько иное значение по сравнению со значением, придаваемым принципам права в рамках правовых систем, которые были рассмотрены ранее. Очевидно, под термином «общие принципы права», равно как и под терминами «общие принципы международного коммерческого права», «общие принципы международного договорного права», имеются в виду собственно не принципы права, а фундаментальные нормативные предписания, сложившиеся и применяемые в международном коммерческом обороте, как правило, закрепленные в сводах негосударственного регулирования. В этом смысле применительно к Принципам УНИДРУА, Принципам ЕДП, Модельным прави-

²²⁸ Дроздов-Тихомиров А.А. Своды принципов договорного права как инструмент регулирования сделок в международном коммерческом обороте: дис... канд. юр. наук. М., 2011. – С. 12.

²²⁹ Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 87.

²³⁰ Решение Международного арбитражного суда МТП по делу № 12111 от 6 января 2003 г. // Режим доступа: URL: <http://www.unilex.info>; Цит. по: Дроздов-Тихомиров А.А. Указ. соч. – С. 65.

²³¹ Дела, рассмотренные арбитражем *ad hoc* // Режим доступа: URL: <http://www.unilex.info>; Цит. по: Дроздов-Тихомиров А.А. Указ. соч. – С. 66.

²³² Там же.

²³³ Об этом: Дроздов-Тихомиров А.А. Указ. соч. – С. 67.

лам ЕЧП корректнее вести речь о нормативных принципах международного коммерческого оборота, при ссылке сторон на которые арбитраж (а в перспективе и суд) должен применять один из указанных сводов негосударственного регулирования. Между тем, как отмечалось ранее, сами своды содержат положение, в соответствии с которыми они применяются, если стороны в качестве применимого ссылаются на «общие принципы права» и аналогичные ему термины.

С учетом изложенного полагаем, что указание сторонами международных коммерческих договоров в качестве применимого *lex mercatoria*, а также общих принципов права должно пониматься как отсылка к сводам негосударственного регулирования. При этом используемый в сводах негосударственного регулирования термин «общие принципы права» следует понимать как «нормативные принципы международного коммерческого оборота», закрепленные в указанных документах. Соответствующую норму можно было бы отразить в ГК РФ, в соответствии с ней указание сторон в качестве применимого права на *lex mercatoria*, или нормативные принципы международного коммерческого оборота, следовало бы воспринимать как отсылку к сводам негосударственного регулирования.

В литературе неоднократно высказывались мнения о неспособности *lex mercatoria* выступать в качестве применимого права ввиду отсутствия в совокупности норм, к нему относимых, общей *системности* и *иерархии*, которыми обладает совокупность национальных правовых норм. Как, например, пишет Е.В. Иванова, источники негосударственного регулирования («*lex mercatoria*») не являются «автономной системой права и не могут служить правовым регулятором международных коммерческих сделок в силу своей неопределенности»²³⁴.

К аналогичному мнению приходит Н.А. Карсакова, которая считает, что «на современном этапе “*lex mercatoria*” не составляет “правовой системы” в свете понимания права, основанного на позитивистском подходе, который в целом поддерживается российской правовой наукой. “*Lex mercatoria*” не вполне отвечает характеристикам, присущим “праву”, в том числе не обладает в полной мере такими признаками, как государственное признание, “санкция государства”»²³⁵. Такого же мнения придерживается В.А. Канашевский, считая, что *lex mercatoria* «не является автономной системой права в силу своей неопределенности»²³⁶. – С.В. Бахин отмечает, что в тех случаях, когда речь идет о системе права, предполагается определенная взаимосвязь и взаимозависимость входящих в нее элементов, наличие определенной структуры и соподчинение входящих в нее элементов, которое отсутствует в *lex mercatoria*²³⁷.

Нужно отметить, что *lex mercatoria* не может рассматриваться в качестве системы правовых норм, потому что собственно правом с присущим ему обязательным характером и возможностью использования принудительной силы государства оно не является. В зарубежной литературе на этот счет справедливо отмечается, что *lex mercatoria* как международное обычное право правовыми системами мира не признается в качестве обязательных норм²³⁸.

Отсутствие обязательного характера *lex mercatoria* ведет к отсутствию образования системы *lex mercatoria*, подобной национальным правовым системам, и подчинения одних норм *lex mercatoria* другим его нормам. Тем не менее, как было отмечено ранее, в каче-

²³⁴ Иванова Е.В. Внешнеэкономические сделки в МЧП: дис... канд. юр. наук. – С. 60.

²³⁵ Карсакова Н.А. Теория *lex mercatoria* в юридической доктрине и практике: автореф. дис... канд. юр. наук. М., 2006. – С. 7–8.

²³⁶ Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. – С. 136.

²³⁷ Бахин С.В. Указ. соч. – С. 17.

²³⁸ Calleros Ch. R. Op. cit. P. 648.

стве «применимого права», которое могут избрать стороны международного коммерческого договора, должны рассматриваться не все средства негосударственного регулирования, а лишь своды негосударственного регулирования, содержащие общие нормы, подобные национальному гражданскому (договорному) праву, но не связанные с каким-либо государством, и предназначенные для упорядочения отношений, возникающих из международных коммерческих договоров.

Отсутствие иерархии средств негосударственного регулирования влечет *коллизия* между сводами негосударственного регулирования, то есть однопорядковыми средствами негосударственного регулирования, каждое из которых в принципе может претендовать на регулирование того или иного международного коммерческого договора. Указанная проблема возникает, когда в качестве применимого права стороны в целом ссылаются на *lex mercatoria*, не называя конкретно его применимые источники.

Таковыми однопорядковыми нормативными актами являются Принципы УНИДРУА, Принципы ЕДП и Модельные правила ЕЧП. Между тем документом универсального характера, направленным на регулирование именно международных и к тому же коммерческих сделок, являются лишь Принципы УНИДРУА. В то же время в тех случаях, когда спор из международного коммерческого договора рассматривается международным коммерческим арбитражем в ЕС, альтернативу Принципам УНИДРУА могут составить документы, принятые в этом регионе, хотя и не направленные на регулирование именно коммерческих договоров международного характера. Речь идет о Принципах ЕДП и Модельных правилах ЕЧП. Сказанное позволяет предположить, что вопрос о применении одного из этих документов при отсылке сторон в качестве применимого права к *lex mercatoria* будет решаться арбитражем исходя из собственной практики и конкретных обстоятельств дела. Однако такой вывод нельзя сделать в том случае, если спор рассматривается арбитражем *ad hoc*, у которого подобная практика может являться незначительной либо вовсе отсутствовать.

С теоретической и практической точек зрения решение указанной проблемы лежит на поверхности. При указании в качестве применимого права на *lex mercatoria* в целом сторонам международных коммерческих договоров предпочтительнее обращаться в институциональные международные коммерческие арбитражи, предварительно ознакомившись с практикой их деятельности. Однако учитывая то, что подобная практика нечасто бывает доступна, в практическом плане сторонам международных коммерческих договоров достаточно согласовывать в качестве применимого права конкретный источник *lex mercatoria*, способный выступать в качестве *lex contractus*, не ограничиваясь общим указанием на *lex mercatoria* в качестве применимого права.

Другой проблемой, возникающей в данной связи, являются случаи, когда стороны указывают *одновременно* несколько источников *lex mercatoria* в качестве применимого права для своего международного коммерческого договора, либо одновременно ссылаются на *lex mercatoria* и национальное право в качестве применимого к договору, либо ссылаются на *lex mercatoria* и нормы международной конвенции.

Как отмечает М.П. Бардина, при указании в качестве применимого национального права и источников *lex mercatoria* при одновременном обращении сторон международного коммерческого договора в государственный суд, последний будет рассматривать отсылку к национальному праву как основной статут, а отсылку, например, к Принципам УНИДРУА – как субсидиарный статут²³⁹. Это означает, что нормы последних будут применяться в части, не урегулированной императивными нормами применимого национального права, условиями договора и диспозитивными нормами указанного права.

²³⁹ Бардина М.П. Указ. соч. – С. 7

В то же время при обращении за разрешением спора в международный коммерческий арбитраж стороны международного коммерческого договора могут предусмотреть обратную ситуацию, выбрав в качестве основного статута, например, Принципы УНИДРУА, а в качестве субсидиарного – нормы какого-либо национального права. Такой выбор признается арбитражем состоявшимся выбором права. При этом, как

было отмечено МКАС при ТПП в одном из дел, учитывая то, что в качестве субсидиарного статута было избрано российское право, арбитраж применил нормы Венской конвенции 1980 г., в которой участвует Россия²⁴⁰. Между тем в тех случаях, когда стороны не определяют, какая из двух систем регулирования: национальная или *lex mercatoria* — является основным и субсидиарным статутами, такой выбор может быть признан несостоявшимся.

Что касается одновременного выбора двух однопорядковых сводов негосударственного регулирования в качестве применимого права, например Принципов УНИДРУА и Принципов ЕДП, то в государственных судах, как было показано выше, подобный выбор не будет признан. Международный коммерческий арбитраж скорее всего воспримет такой выбор как отсылку сторон международного коммерческого договора к *lex mercatoria* в целом и желание сторон руководствоваться общими для обоих документов принципами, сформулированными в них. Во всяком случае к подобному выводу приходит МКАС при ТПП РФ²⁴¹. В то же время характер норм сводов негосударственного регулирования в принципе позволяет применить к различным отделимым частям международного коммерческого договора различные своды норм при обращении в арбитраж.

Вместе с тем представляется, что в ряде случаев при регулировании международного коммерческого договора возможно одновременное указание на два свода негосударственного регулирования. Как отмечалось ранее, в Европе действуют Принципы европейского договорного права: коммерческое агентирование, франшиза и дистрибуция (Принципы ПАФД)²⁴², которые выступают в качестве *lex specialis* по отношению к Принципам ЕДП. Принятие подобного документа предлагается в рамках ЕАЭС, который будет рассматриваться как *lex specialis* по отношению к Принципам УНИДРУА в отношении международных коммерческих договоров франчайзинга, коммерческого агентирования и дистрибуции, заключенных в указанном регионе.

Не является однозначным решение вопроса в тех случаях, когда стороны международного коммерческого договора в качестве применимого права одновременно ссылаются на нормы какой-либо международной конвенции и нормы *lex mercatoria*. Как известно, выбор права какого-либо государства означает в том числе выбор международных соглашений, в которых участвует государство, однако выбор какой-либо конвенции не означает автоматически выбора какого-либо национального права, поскольку в такой конвенции могут участвовать десятки государств. Кроме того, стороны могут сослаться на применение к их отношениям конвенции, которая не подлежит применению к их отношениям.

Поскольку государственный суд, как правило, не признает выбор *lex mercatoria* в качестве применимого права, одновременный выбор его и международной конвенции в качестве применимого права скорее всего будет признан несостоявшимся. Взамен этого суд должен применить коллизионные нормы и самостоятельно определить применимое к договору право, включая нормы указанной сторонами конвенции.

²⁴⁰ Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 166/2012 от 24 мая 2013 г. // СПС «Консультант Плюс».

²⁴¹ Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 224/2013 от 25 июня 2014 г. (не опубликовано) // Цит. по: Жильцов А.Н. Применение раздела VI части третьей ГК РФ в практике МКАС при ТПП РФ // Вестник международного коммерческого арбитража. 2014. № 2. – С. 6 // СПС «Консультант Плюс».

²⁴² Принципы европейского договорного права: коммерческое агентирование, франшиза и дистрибуция // Коммерческое право. 2011. № 1. – С. 176–198.

При рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже указанный вопрос, скорее всего, будет решен иначе. При этом могут быть смоделированы как минимум два возможных пути его решения. Учитывая то, что ссылка на нормы конвенции и ссылка на нормы *lex mercatoria* сами по себе могут рассматриваться арбитражем в качестве применимого права, основная проблема для него заключается в том, чтобы определить, какие из этих норм считать основным статутом, а какие – субсидиарным для решения вопроса о приоритете при возникновении противоречий между ними. Другое решение арбитража может быть основано на том, что нормы *lex mercatoria* будут признаны арбитражем в качестве применимого права, а нормы конвенции считаться инкорпорированными в договор и в этой связи пользоваться приоритетом по отношению к первым.

Вместе с тем стороны международных коммерческих договоров могут одновременно ссылаться на международный торговый обычай, типовой контракт и какой-либо свод негосударственного регулирования, например Принципы УНИДРУА. В каком порядке должен действовать арбитраж в данном случае, если ни один из указанных регуляторов не имеет преимущественной силы по отношению к другому? Полагаем, что ответ на поставленный вопрос должен даваться самими участниками международного коммерческого договора, которые в силу автономии воли вправе самостоятельно определить порядок применения указанных документов к своему договору, что требует своего отражения в договоре.

В тех случаях, когда стороны не определили порядок применения нескольких регуляторов к своему договору, за них это должен сделать арбитраж. Как было отмечено ранее, Инкотермс²⁴³ является средством негосударственного регулирования, однако отсылка к нему не должна восприниматься в качестве применимого права, поскольку оно не содержит общих норм, позволяя определить лишь некоторые аспекты международной торговой сделки. Следовательно, отсылка сторон к Инкотермс должна означать инкорпорацию его положений в международный коммерческий договор. Аналогичным образом отсылка сторон в договоре к условиям типового контракта сама по себе не означает выбора применимого права, а означает инкорпорацию его положений в международный коммерческий договор. А поскольку по общему правилу условия договора имеют приоритет над иными условиями, в том числе предлагаемыми сводами негосударственного регулирования, например Принципами УНИДРУА, представляется, что условия договора, включающие отсылку к Инкотермс и / или типовому контракту, должны пользоваться приоритетом над Принципами УНИДРУА или подобным ему сводом норм, если иное не согласовано сторонами договора. При этом отсылка сторон к типовому контракту и Инкотермс, которые содержат неодинаковые положения по одним и тем же вопросам, должны считаться не согласованными сторонами, если стороны не договорились об ином. В случае указанной коллизии разумно применить нормы общего свода негосударственного регулирования как применимого права, к которому обращаются стороны, т. е. в данном случае Принципов УНИДРУА.

Аналогичным образом, международный торговый обычай, нигде не зафиксированный и широко применяемый в какой-либо области деятельности, на наш взгляд, будет пользоваться приоритетом над общим сводом негосударственного регулирования. При этом, как неоднократно отмечалось ранее, в соответствии с международными конвенциями и сводами негосударственного регулирования стороны международных коммерческих договоров связаны не только обычаем, относительно которого они договорились, но и таким обычаем, который широко известен и применяется в какой-либо области международной торговли. Например, п. 2 ст. 1.9 Принципов УНИДРУА 2010 г. содержит норму о том, что стороны связаны обычаем, «который широко известен и постоянно соблюдается в международной

²⁴³ Международные правила толкования торговых терминов (Инкотермс) 2010 // Режим доступа: URL: incoterms.iccwbo.ru/pravila-incoterms-inkoterms (дата обращения: 22 декабря 2016 г.).

торговле сторонами в соответствующей области торговли, кроме случаев, когда применение такого обычая было бы неразумным». Полагаем, что подобное достаточно строгое правило несколько противоречит принципу свободы договора, в соответствии с которым стороны свободны в формулировании условий своего договора. В этой связи полагаем, что применение подобных обычаев должно обуславливаться желанием сторон им руководствоваться.

Таким образом, согласованные условия сторон международных коммерческих договоров, происходящие из международных соглашений, типовых контрактов, Инкотермс, а также международных торговых обычаев, должны пользоваться приоритетом над сводами негосударственного регулирования международных коммерческих договоров. Если же между такими условиями возникает коллизия, их следует считать не согласованными сторонами, поскольку и если сторонами не определено иное. В отсутствие согласования сторонами данных условий либо определения ими порядка, какое из коллидирующих условий пользуется приоритетом, предлагается применять нормы свода негосударственного регулирования как применимого права.

Иным образом, на наш взгляд, должен решаться вопрос в том случае, если стороны ссылаются на различные руководства по заключению контрактов или кодексы практической деятельности и иные подобные им документы. Характер подобных документов таков, что позволяет использовать их при заключении международных коммерческих договоров, однако в отсутствие иного согласованного сторонами их нормы не должны пользоваться приоритетом над нормами свода негосударственного регулирования. Подобное мнение связано с тем, что руководства содержат лишь рекомендации сторонам международных коммерческих договоров, связанные с заключением договора, но, как правило, не сами регулирующие нормы, а кодексы практики по сути содержат этические нормы, касающиеся поведения в определенной сфере деятельности. Учитывая природу этих документов, отсылка сторон международного коммерческого договора к подобным руководствам и кодексам практики в отсутствие согласования иного не должна считаться инкорпорацией их положений в международный коммерческий договор.

При применении сводов негосударственного регулирования в целях регулирования международных коммерческих договоров может также возникнуть проблема их *толкования*. Рассматриваемые своды негосударственного регулирования на этот счет содержат специальные правила (ст. 1.6 Принципов УНИДРУА, п. 1 ст. 1:106 Принципов ЕДП, п. 3 ст. 1.-1:102 Модельных правил ЕЧП). Исключением из данного общего правила является Свод CENTRAL²⁴⁴, который содержит разд. 4, посвященный толкованию договора, однако ничего не говорит о правилах толкования самого документа.

В силу п. 1 ст. 1.6 Принципов УНИДРУА 2010 г. при их толковании следует учитывать их международный характер, включая необходимость содействовать достижению единообразия в их применении. В соответствии с п. 1 ст. 1:106 Принципов ЕДП их толкование должно осуществляться в соответствии с их целями, с учетом соблюдения принципов добросовестности и честной деловой практики, определенности в договорных отношениях и единообразия в применении. Согласно п. 3 ст. 1.-1:102 Модельных правил ЕЧП при их толковании необходимо обеспечение единообразия в применении, добросовестности и честной деловой практики, а также правовой определенности.

При некоторых различиях свода негосударственного регулирования, содержащие нормы об их толковании, исходят из одного общего правила, в соответствии с которым их толкование должно осуществляться в целях обеспечения единообразия в их применении. Данное правило относится как к самим сторонам международных коммерческих договоров,

²⁴⁴ Свод принципов, правил и требований *lex mercatoria* CENTRAL // Режим доступа: URL: <http://www.central.uni-koeln.de/index.php> (дата обращения: 22 декабря 2016 г.).

так и к органам, разрешающим споры с помощью указанных норм. Достижение единообразия в применении негосударственных регуляторов должно обеспечиваться прежде всего в практике международных коммерческих арбитражей, а также путем анализа и обобщения практики арбитражей и деятельности участников международных коммерческих договоров соответствующими международными организациями, в рамках которых указанные документы были приняты, в соответствующих рекомендациях и комментариях к изданным ими документам.

Еще одной проблемой, связанной с выбором средств негосударственного регулирования, является отсутствие в большинстве сводов негосударственного регулирования специальных норм, посвященных отдельным видам договоров. Таким образом, указанная проблема связана с *пробелами* в регулировании международных коммерческих договоров с помощью средств негосударственного регулирования.

Действительно, ни Принципы УНИДРУА, ни Принципы ЕДП не содержат специальных норм, применимых к той или иной разновидности международных коммерческих договоров. Ряд посвященных отдельным видам гражданско-правовых договоров норм, которые были приняты в Европе после принятия Принципов ЕДП, не получили широкого распространения в данном регионе, а Европейский гражданский кодекс принят не был. В то же время указанные нормы послужили основой для Модельных правил ЕЧП, которые содержат целый спектр норм, посвященных различным видам договоров.

Между тем ссылка сторон международного коммерческого договора конкретной разновидности на Модельные правила ЕЧП в качестве применимого права предполагает, что к данному международному коммерческому договору будут применяться как общие положения Модельных правил, так и специальные положения, регулирующие конкретную разновидность международного коммерческого договора. Как было отмечено ранее, в кн. IV Модельных правил ЕЧП нашли отражение такие виды договоров, как купля-продажа, аренда вещей, услуги, поручение, агентирование, франчайзинг и дистрибуция и некоторые другие, которые могут использоваться в международном коммерческом обороте. При этом в силу закрепленного в п. 5 ст. 1.-1:102 Модельных правил ЕЧП принципа *lex specialis derogate lex generalis* специальные положения рассматриваемого документа имеют приоритет над его общими положениями.

Вместе с тем, учитывая диспозитивный характер Модельных правил ЕЧП, стороны международного коммерческого договора вправе отказаться от применения тех или иных его положений, в том числе специальных норм, регулирующих разновидность договора, ими заключенного. Однако нежелание сторон конкретного международного коммерческого договора применять к своим отношениям указанные специальные нормы должно быть оговорено отдельно.

В целом можно предложить следующие способы восполнения пробелов в регулировании международных коммерческих договоров с помощью сводов негосударственного регулирования, которые могут применяться как по отдельности, так и вместе:

- а) детальное формулирование условий договора его сторонами, в том числе посредством инкорпорирования в него норм какого-либо национального права, в котором есть нормы, регламентирующие данный вид договора;
- б) использование сторонами типовых контрактов, регламентирующих условия заключаемого договора;
- в) применение норм свода негосударственного регулирования, содержащего нормы, регулирующие конкретный международный коммерческий договор;
- г) применение общих норм свода негосударственного регулирования, а также принципов, на которых он основан.

Именно к последнему из названных способов предлагают обращаться своды негосударственного регулирования в целях восполнения их пробелов. Так, например, согласно п. 4 ст. 1.-1:102 Модельных правил ЕЧП вопросы, возникающие в сфере их применения, но прямо ими не урегулированные, должны разрешаться, насколько это возможно, в соответствии с принципами, лежащими в их основе. Аналогичным образом, в силу п. 2 ст. 1.6 Принципов УНИДРУА 2010 г. разрешение вопросов, охватываемых их сферой, но прямо в них не разрешенных, должно осуществляться в соответствии с их основополагающими общими принципами. В силу п. 2 ст. 1:106 Принципов ЕДП вопросы, охватываемые их сферой, но прямо ими не урегулированные, разрешаются в соответствии с идеями, положенными в основу Принципов.

Проблема регулирования международных коммерческих договоров в соответствии с общими принципами, на которых основаны своды негосударственного регулирования, осложнена отсутствием в данных сводах конкретного перечня принципов и их определений, на которые стороны и суд (арбитраж) должны ориентироваться при заключении и исполнении своих договоров, а также при разрешении могущих возникнуть из них споров. Данное обстоятельство делает неизбежным судебское усмотрение и не способствует определенности и предсказуемости регулирования международных коммерческих договоров с их помощью.

Однако помимо недостатков средства негосударственного регулирования имеют целый ряд *преимуществ* по сравнению с национальным правом, которые обуславливают постоянно растущий интерес участников международных коммерческих договоров к негосударственному регулированию.

Прежде всего, выбор средств негосударственного регулирования в качестве применимого права ставит стороны международных коммерческих договоров в *равное положение* относительно знания содержания применимого к нему права. Понятно, что каждая сторона лучше знает свое национальное право, право другого участника сделки может быть ей вовсе незнакомо, учитывая то, что последнее включает всю совокупность правовых норм, действующих в государстве, включая судебные прецеденты и обычаи, нормы множества различных законов, а не только нормы гражданских и торговых кодексов.

Как отмечает по этому поводу О.Ю. Малкин, ценность использования для регулирования международных коммерческих договоров источников внационального характера обусловлена, в частности, тем, что «подчинение подобных сделок праву одного из участников создает для него очевидные преимущества, выражающиеся в надлежащем знании норм “своего” законодательства. В то же время другой участник сделки, будучи незнакомым в достаточной степени с “чужим” законодательством, рискует столкнуться с непривычной для себя регламентацией отношений, возникающих из международных торговых сделок, что может привести к неоправданным убыткам»²⁴⁵.

Казалось бы, решением проблемы может являться выбор сторонами международного коммерческого договора в качестве применимого права третьего государства, не связанного с участниками сделки. Однако выбор права третьего государства хотя и ставит их в данном вопросе в относительно равное положение, но не способствует определенности в том случае, когда содержание норм последнего не известно ни одному из участников международного коммерческого договора.

Указанную проблему способны решить средства негосударственного регулирования. Не имея прямой связи с каким-либо национальным правом, средства негосударственного регулирования ставят стороны международного коммерческого договора в равные в юриди-

²⁴⁵ Малкин О.Ю. Указ. соч. – С. 86.

ческом смысле условия, поскольку они в принципе известны (во всяком случае доступны для ознакомления и изучения) обеим сторонам международного коммерческого договора.

Выбор средств негосударственного регулирования в качестве применимого права позволяет сторонам международного коммерческого договора практически полностью *уйти* от государственного регулирования международных коммерческих договоров за исключением некоторых обязательных предписаний, обойти которые стороны не вправе. Так, практически во всех национальных законах по МЧП существуют нормы об оговорке о публичном порядке, а также о сверхимперативных нормах, которые подлежат обязательному применению. Более того, в случаях, когда договор связан с правом только одной страны, подлежат применению императивные нормы данного государства (п. 5 ст. 1210 ГК РФ). При этом, несмотря на то что арбитраж в принципе не связан какими-либо нормами, он может отказать в применении права, противоречащего, например, международному публичному порядку, и, кроме того, может применить сверхимперативные нормы, которые он сочтет применимыми.

В связи с тем, что международные коммерческие договоры являются трансграничными, то есть не связанными с внутренним правом какого-либо государства или государств, предпочтительным является их *международное* регулирование. Однако, как отмечалось ранее, международные соглашения в настоящее время носят фрагментарный характер и не способны обеспечить желаемое правовое регулирование рассматриваемых договоров.

С задачей международного нормативного регулирования международных коммерческих договоров способны справиться своды негосударственного регулирования, которые имеют ряд преимуществ перед их конвенционным регулированием.

Применительно к Принципам УНИДРУА данный вывод был сделан А.В. Кукиным, который отметил, что указанный документ, с одной стороны, использует юридико-технические решения, нашедшие применение, например, в Венской конвенции 1980 г., а с другой стороны, содержит положения по тем вопросам, которые не были в ней отражены, т. е. выполняет Конвенцию²⁴⁶.

Современные своды негосударственного регулирования действительно являются нормативными документами, в которых часто более детально, нежели в конвенциях, регламентируются условия договоров международного коммерческого характера. Недаром в литературе система международного коммерческого права, основу которой составляют своды негосударственного регулирования, называется третьей правовой системой, существующей наряду с национальным правом государств и международным публичным правом (К. Бергер). При этом, как справедливо отмечает Г.К. Дмитриева, термин «правовая система» применительно к средствам негосударственного регулирования следует понимать условно, как нормативную регулируемую систему, выступающую, по ее словам, параюридической системой²⁴⁷. Тем не менее, в перспективе роль указанной системы будет только расти, равно как и изменится понятие «право», которое будет включать и подобные источники.

Независимость средств негосударственного регулирования от национального права соответствует «международному» характеру международных коммерческих договоров, не связанных с правом отдельно взятых стран. Как справедливо отметил А.В. Кукин применительно к Принципам УНИДРУА, указанный документ «имеет большое практическое значение. Его реализация способствует снятию противоречий между интернациональным характером международных сделок и национальным содержанием существующего в отдельных странах правового регулирования»²⁴⁸.

²⁴⁶ Кукин А.В. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: основные положения, юридическая природа: дис... канд. юр. наук. М., 2004. – С. 5.

²⁴⁷ Международное частное право: учебник / Отв. ред. Г.К. Дмитриева. М., 2017. – С. 358.

²⁴⁸ Кукин А.В. Указ. соч. – С. 5.

К достоинству сводов негосударственного регулирования следует отнести *диспозитивный* характер подавляющего числа их норм. Так, в ст. 1.5 Принципов УНИДРУА содержится правило о диспозитивности принципов, позволяющее сторонам международного коммерческого договора отступать от Принципов и изменять содержание их положений, если иное не установлено ими. Аналогичную норму содержит п. 2 ст. 1:102 Принципов ЕДП.

Возможность отказаться от применения всего или части документа прописана в Принципах УНИДРУА, Принципах ЕДП, Модельных правилах ЕЧП и должна оцениваться как одно из достоинств указанных документов, практически не содержащих императивных предписаний, от которых стороны при их применении не вправе отступать (в частности, подобные предписания связаны с обязанностью сторон действовать добросовестно).

§ 4. Основные критерии определения права, применимого к международному коммерческому договору в отсутствие соглашения сторон о применимом праве

Во многих международных коммерческих договорах отсутствует условие о применимом праве. Как отмечает М.У. Алем, некоторые участники международных коммерческих договоров забывают включить в свой договор оговорку о выборе права, другие намеренно ее не включают, поскольку считают, что объективно применимое право способно надлежащим образом урегулировать их взаимоотношения, третьи вообще стараются не поднимать указанный вопрос²⁴⁹. В ряде случаев стороны международного коммерческого договора не могут прийти к соглашению о выборе того или иного применимого права либо считают, что международный коммерческий договор является самодостаточным регулятором их отношений, в связи с чем выбор применимого права им кажется ненужным. Иногда стороны международного коммерческого договора заключают ущербное соглашение о применимом праве, которое признается судом (арбитражем) незаключенным или недействительным, и, следовательно, выбор права также отсутствует.

Во всех этих и других подобных случаях при отсутствии выбора сторонами применимого к международному коммерческому договору права возникает коллизионный вопрос о применимом к такому договору праве, установление которого происходит судом (арбитражем), как правило, на основе коллизионных норм. Подобные нормы содержатся в международных правовых актах, а также в национальном законодательстве государств. При этом государственные суды связаны своим правом и применяют свои национальные коллизионные нормы, а в определенных случаях также международные коллизионные нормы, что в целом следует из п. 1 ст. 1186 ГК РФ и ст. 13 АПК РФ. Как отмечал М.Г. Розенберг, «государственным судам законом не предоставлена свобода усмотрения при выборе применимых коллизионных норм. Они обязаны строго следовать указаниям закона об использовании соответствующих коллизионных норм»²⁵⁰. В то же время международный коммерческий арбитраж применяет коллизионные нормы, которые он считает применимыми (п. 1 ст. 1186 ГК РФ, п. 2 ст. 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже»).

Исследование коллизионного регулирования международных коммерческих договоров в отсутствие применимого к ним права в той или иной степени затрагивалось в отечественной и зарубежной доктрине. В советское время указанная проблема применительно к внешнеэкономическим сделкам подробно исследовалась Л.А. Лунцем²⁵¹. В российской доктрине она ставилась И.С. Зыкиным²⁵², В.П. Звековым²⁵³, В.А. Канашевским²⁵⁴, А.В. Асосковым²⁵⁵ и рядом других ученых²⁵⁶. В зарубежной доктрине свои исследования рассматриваемой проблеме посвятили М.У. Алем²⁵⁷, Г.Б. Испаева²⁵⁸, Д. Кордеро-Мосс²⁵⁹ и другие.

²⁴⁹ Alem M.Y. *The Applicable Law to International Commercial Contracts: Harmonization Perspectives Between Civil and Common Law*. Thesis LLM. Montreal, 1991. – P. 61.

²⁵⁰ Розенберг М.Г. *Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда*. М., 2000. – С. 44.

²⁵¹ Лунц Л.А. *Указ. соч.* – С. 484–528.

²⁵² Зыкин И.С. *Внешнеэкономические операции: право и практика*. М.: Международные отношения, 1994.

²⁵³ Звеков В.П. *Указ. соч.*

²⁵⁴ Канашевский В.А. *Внешнеэкономические сделки: основные регуляторы, их соотношение и взаимодействие: дис... д-ра юр. наук*. М., 2009; Канашевский В.А. *Международные сделки: правовое регулирование*.

²⁵⁵ Асосков А.В. *Нормообразующие факторы, влияющие на содержание коллизионного регулирования договорных*

В литературе справедливо отмечается, что регулирование договорных обязательств с иностранным элементом характеризуется определенной сложностью в связи с тем, что само по себе договорное обязательство является «идеальной юридической категорией, у которой отсутствует естественная связь с территорией определенного государства»²⁶⁰. На данное обстоятельство в свое время обращали внимание М.И. Врун²⁶¹ и В.М. Корецкий²⁶², в современной литературе – Ф. Юнгер²⁶³, Дж. Долингер²⁶⁴, К. Гонзалез²⁶⁵, в отечественной доктрине – А.В. Асосков²⁶⁶.

Между тем в международных соглашениях и национальном коллизионном праве государств, а также доктрине предпринимались и продолжают предприниматься попытки «привязать» договоры, осложненные иностранным элементом, в том числе международные коммерческие договоры, к тому или иному праву. Для этого используются различные формулы прикрепления, содержащиеся, как уже было сказано, в международных и национальных правовых актах и подлежащие применению в тех случаях, когда выбор применимого права отсутствует.

Основополагающим принципом международного частного права, в соответствии с которым осуществляется коллизионное регулирование договорных обязательств в целом, включая международные коммерческие договорные обязательства, является *принцип наиболее тесной связи*.

Связь представляет собой одну из категорий диалектики. Как отмечал И. Кант, притяжение и есть та всеобщая цель, которая соединяет в одном пространстве все части природы²⁶⁷. Связь – отношение общности, соединения или согласованности²⁶⁸. В общем виде принцип наиболее тесной связи проистекает из философско-правовой идеи о том, что каждое правоотношение должно регулироваться правом, наиболее адекватно отражающим суть

обязательств: дис... д-ра юр. наук. М., 2011; Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс»; Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс».

²⁵⁶ Напр.: Толстых В.Л. Указ, соч.; Ходыкин Р.М. Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. М., 2005; Шулаков А.А. Принцип наиболее тесной связи в международном частном праве: монография. М.: Изд-во СГУ, 2012; Шулаков А.А. Принцип наиболее тесной связи в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. М., 2013; Буланов В.В. Категория наиболее тесной связи в международном частном праве: дис... канд. юр. наук. М., 2012; Ерпылева Н.Ю. Международное частное право: учебник для вузов. М.: Изд. дом Высшей школы экономики, 2015; Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова.

²⁵⁷ AlemM.YOp.cit.

²⁵⁸ Испаева Г.Б. Договор в международном частном праве: коллизионные проблемы: автореф. дис... д-ра юр. наук. Астана, 2010.

²⁵⁹ Cordero-Moss G. International Commercial Contracts: Applicable Law and Enforceability. Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

²⁶⁰ Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012.

²⁶¹ Врун М.И. Международное частное право. Курс, читанный в Московском коммерческом институте в 1910/1911 гг. – С. 79–80.

²⁶² Корецкий В.М. Международное хозяйственное право // Корецкий В.М. Избранные труды: в 2 кн. Киев, 1989. Кн. 1. – С. 171.

²⁶³ Juenger Fr. Choice of Law and Multistate Justice. Dordrecht, Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1993. – P. 371.

²⁶⁴ Dolinger J. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts // Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 2000. Vol. 283.

²⁶⁵ Gonzalez C. Switzerland and Europe: International Contracts and Characteristic Performance // Tradition and Innovation of Private International Law at the Beginning of the Third Millennium. Liber in Memoriam of Prof. Fr. Juenger / Eds. C. Leonel, Tr. Tullio, Fr. Seatzu. Juris Publishing. Inc., 2006. – P. 59.

²⁶⁶ Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012; Асосков А.В. Основы коллизионного права. М., 2012 // СПС «Консультант Плюс».

²⁶⁷ Кант И. Соч. в 6 т. Т. 1. М., 1964. – С. 72.

²⁶⁸ Буланов В.В. Указ. соч. – С. 14.

явления²⁶⁹. В международном частном праве, когда говорят о наиболее тесной связи, имеют в виду связь общественного отношения с правом какого-либо государства²⁷⁰. Используемыми при этом терминами могут быть: наиболее тесная связь, наиболее существенная связь, наиболее реальная связь, наиболее прочная связь, принцип близости, оседлость правоотношения²⁷¹.

В установлении материального права, наиболее близкого правоотношению, состоит назначение любых объективно применимых коллизионных норм, в том числе регулирующих международные коммерческие договоры. На данное обстоятельство обращали внимание Л. Раапе²⁷², Р.М. Ходыкин²⁷³, Я. Долингер²⁷⁴.

В соответствии с принципом наиболее тесной связи правовое регулирование общественных отношений, в том числе отношений международного коммерческого характера, осуществляется с помощью права, к которому «тяготеет» договор, с которым он обнаруживает наиболее тесную связь. Недаром одним из наименований принципа тесной связи в Англии стал термин «свойственное [договору] право» (*Proper Law*), введенный в научный оборот Дж. Уэстлейком²⁷⁵.

Принцип наиболее тесной связи получил отражение в международных соглашениях и национальном законодательстве государств. Так, указанный принцип был закреплен в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. и пришедшем ему на смену Регламенте «Рим I», Федеральном законе Швейцарии о МЧП 1987 г., ЕТК США, ГК Луизианы²⁷⁶, Своде законов штата Орегон, Втором своде о конфликте законов США, Модельном ГК СНГ (ч. III), законодательстве по МЧП стран ЕАЭС, включая ГК РФ.

Наиболее точно принцип наиболее тесной связи сформулирован в Федеральном законе о МЧП Австрии 1978 г. В соответствии с п. (1) § 1 указанного документа обстоятельства дела, соприкасающиеся с границей, рассматриваются в частноправовом отношении согласно тому правопорядку, с которым [у них] присутствует наиболее прочная связь. При этом австрийский законодатель определяет, что содержащиеся в ФЗ о МЧП Австрии отдельные правила о применимом правопорядке (отсылочные нормы) рассматриваются как выражение этого принципа²⁷⁷.

В отечественной литературе еще в 2002 г. справедливо было отмечено, что несмотря на то, что в ГК РФ отсутствует закрепление наиболее тесной связи, аналогичное тому, которое имеет место в австрийском Законе о МЧП, «принцип наиболее тесной связи можно отнести к разряду стержневых, формирующих одно из основных начал свода коллизионного права России»²⁷⁸. Приведенное мнение, на наш взгляд, в настоящее время не потеряло своей актуальности.

²⁶⁹ Ходыкин Р.М. Указ. соч. – С. 132.

²⁷⁰ Буланов В.В. Указ. соч. – С. 14.

²⁷¹ Ходыкин Р.М. Указ. соч. – С. 135.

²⁷² Раапе Л. Указ. соч. – С. 44–45.

²⁷³ Ходыкин Р.М. Указ. соч. – С. 12.

²⁷⁴ Dolinger J. Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts // Collected Courses of the Hague Academy of International Law. The Hague – Boston – L., 2000. Vol. 283. P. 497–498.

²⁷⁵ Westlake J. Treatise on Private International Law or the Conflict of Laws. L., 1858. P. iii; Цит. по: Ходыкин Р. М. Указ. соч. – С. 136.

²⁷⁶ Официальный сайт НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw> (дата обращения: 25 декабря 2016 г.).

²⁷⁷ Международное частное право: иностранное законодательство / Предисл. А. Л. Маковского; сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2000. – С. 156–180.

²⁷⁸ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М., 2002. – С. 319 (автор комментария к ст. 1186 ГК РФ (кроме п. 8) – В.П. Зевков).

Таким образом, в соответствии с принципом наиболее тесной связи в отсутствие выбора сторонами применимого права международный коммерческий договор должен регулироваться правом того государства, к которому он тяготеет, т. е. с которым он обнаруживает наиболее тесную связь. Принцип наиболее тесной связи следует рассматривать как основное коллизионное начало правового регулирования частнопровых отношений с иностранным элементом, включая те, которые возникают из заключенных сторонами международных коммерческих договоров. В рассматриваемой сфере данный принцип находит свое непосредственное проявление в сформулированных законодателем коллизионных привязках, с помощью которых определяется право, применимое к международным коммерческим договорам.

В разное время договор обнаруживал тесную связь с правом различных государств. Так, например, старейшей коллизионной привязкой при определении права, применимого к договору, в том числе международного коммерческого характера, выступает привязка к праву *места заключения договора (lex loci contractus)*. Указанная коллизионная привязка «восходит еще к XIV в., к доктрине статутариев, которые считали, что в соответствии с принципом *locus regit actum* должна регулироваться не только форма, но и содержание договора»²⁷⁹. «Связь договора с местом его совершения моделировалась почти как связь физическая, т. е. место “рождения договора”, как место рождения или происхождения человека»²⁸⁰, что не в последнюю очередь было обусловлено тем, что большинство договоров заключались в присутствии сторон на ярмарках, куда съезжались торговцы из различных мест и стран²⁸¹. Такое значение места «рождения договора» сохранялось на протяжении нескольких веков.

В XX в. привязка к месту заключения договора была воспринята некоторыми международными соглашениями и национальным законодательством ряда государств, а также судебной практикой. Например, указанная привязка до сих пор используется в качестве основной в ст. 186 Кодекса международного частного права (Кодекс Бустаманте) 1928 г. при определении права, применимого к договорам с иностранным элементом, в том числе коммерческого характера, а также законодательстве по МЧП Египта, Йемена, Тайланда, ОАЭ и некоторых других стран²⁸².

В советском законодательстве привязка к месту заключения договора для определения договорного статута традиционно использовалась в практике Внешнеторговой арбитражной комиссии, а впоследствии получила закрепление в ст. 126 Основ гражданского законодательства СССР 1961 г.²⁸³. Однако когда в действие вступили Основы гражданского законодательства СССР 1991 г.²⁸⁴, указанная привязка перестала действовать для внешнеэкономических сделок, а с вступлением в силу ч. III ГК РФ она и вовсе перестала определять договорный статут сделки с иностранным элементом.

Рассматриваемая привязка продолжает применяться в международных соглашениях, принятых в рамках СНГ, заключенных с участием РФ (п. «е» ст. 11 Киевского соглашения СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., ст. 41 Минской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по

²⁷⁹ Шулаков А.А. Принцип наиболее тесной связи в международном частном праве. М., 2012. – С. 197–198.

²⁸⁰ Шулаков А.А. Указ. соч. – С. 198.

²⁸¹ Бендевский Т. Международное частное право: учебник / Пер. с македонского С.Ю. Клейн / Отв. ред. Е.А. Суханов. М., 2005. – С. 336; Международное частное право: учебник в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С. Н. Лебедев, Е.В. Кабатова (автор раздела М. П. Бардина).

²⁸² Международное частное право: иностранное законодательство.

²⁸³ Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик. Утв. Законом СССР от 8 декабря 1961 г. (в ред. от 12 июня 1990 г.). Утратили силу // Ведомости ВС СССР. 1961. № 50. Ст. 525.

²⁸⁴ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик № 2211-1 от 31 мая 1991 г. (в ред. ФЗ № 52-ФЗ от 30 ноября 1994 г.). Утратили силу // Ведомости СНД и ВС СССР. 1991. № 26. Ст. 733.

гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.), а также в ст. 44 Кишиневской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 г., в которой РФ не участвует.

Между тем в настоящее время, в эпоху развития информационных технологий и заключения договоров между отсутствующими, привязка к месту заключения договора практически не обнаруживает тесной связи с договором и не отражает потребностей современного международного коммерческого оборота. Например, Н.Г. Вилкова отмечает, что используемый в конвенциях СНГ подход противоречит коллизионным подходам, используемым во внутреннем законодательстве стран СНГ, а также международных конвенциях²⁸⁵. Аналогичную позицию занимает А.В. Асосков, отмечая, что в современном международном коммерческом обороте место заключения договора во многих случаях имеет случайный характер²⁸⁶.

Более того, во многих случаях при заключении электронных сделок место заключения договора трудно установить, следовательно, стороны будут называть любое место, которое может не соответствовать истинному месту заключения договора. Кроме того, в континентальном и англо-американском праве неодинаково трактуется понятие «место заключения договора». Как известно, романо-германское, а также российское право исходят из теории получения оферты, в то время как в англо-американском праве исходят из теории отправления акцепта. А поскольку для определения применимого к международному коммерческому договору права в соответствии с привязкой к месту заключения договора необходимо прежде всего определить такое место, решение вопроса о применимом праве будет зависеть от того, какой теорией воспользуется суд при определении такого места. Подобное положение вещей не способствует правовой определенности и предсказуемости, выглядит неудобным для сторон и провоцирует широкое судебское усмотрение.

Мнение о несоответствии привязки к праву страны заключения договора современным потребностям международного коммерческого оборота разделяется и другими учеными²⁸⁷. В целом нужно признать, что указанная привязка выглядит устаревшей, не отражающей современных потребностей международного коммерческого оборота, не соответствует внутреннему законодательству государств – участников СНГ (ЕАЭС), препятствует дальнейшему развитию коллизионного регулирования в рамках СНГ и ЕАЭС, требует пересмотра их документов. Вполне возможно, недостатки рассматриваемой привязки могли бы быть учтены законодателем ЕАЭС в рамках подготовки нового нормативного правового акта, содержащего коллизионные нормы, посвященные регулированию международных коммерческих договоров.

Привязка к месту заключения договора в настоящее время используется для установления формального статута международного коммерческого договора в соответствии с нормами международных конвенций и национального законодательства целого ряда государств, о чем уже говорилось в § 3 главы 1 настоящей работы. При этом, как уже отмечалось, предпочтительным видится использование указанной привязки в качестве альтернативной, но не единственной.

Таким образом, в настоящее время коллизионная привязка к праву страны заключения договора применительно к рассматриваемым в настоящей работе международным коммерческим договорам может быть использована

²⁸⁵ Вилкова Н.Г. Международные коммерческие контракты: теория и практика унификации правового регулирования: дис... д-ра юр. наук. М., 2002. – С. 197–199.

²⁸⁶ Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012.

²⁸⁷ Напр.: Асосков А.В. Указ, соч.; Ахрименко М.А. Концепции гибкого подхода к определению права, подлежащего применению к договорам, в современном коллизионном праве государств Западной Европы и США: дис... канд. юр. наук. М., 2006. – С. 14; Вилкова Н.Г. Указ, соч. – С. 198–199; Вилкова Н.Г. Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2002. – С. 155–156; Испаева Г.Б. Указ, соч. – С. 15.

1) в целях установления договорного статута подобного договора (ст. 186 Кодекса Бустаманте 1928 г., п. «е» ст. 11 Киевского соглашения СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., ст. 41 Минской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., ст. 44 Кишиневской конвенции СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 г., ст. 20 ГК Египта 1948 г., ст. 30 ГК Йемена 1992 г., § 13 Закона Таиланда 1938 г. и др.);

2) в целях установления формального статута международного коммерческого договора:

а) в качестве альтернативной коллизионной привязки (п. 1 ст. 11 Регламента «Рим I», ст. 13 Межамериканской конвенции 1994 г., ст. 11 Гаагской конвенции 1986 г., ст. 124 Федерального закона о МЧП Швейцарии 1987 г., п. 1 ст. 834 ГК Вьетнама, п. 1 ст. 1216 Модельного ГК СНГ, п. 1 и 2 ст. 1104 ГК Республики Казахстан, п. 1 и 2 ст. 1190 ГК Кыргызской Республики, п. 1 и 2 ст. 1281 ГК Республики Армения, п. 1 и 2 ст. 1116 ГК Республики Беларусь, п. 1 ст. 1209 ГК РФ);

б) в качестве единственной коллизионной привязки (п. «г» ст. 11 Киевского соглашения СНГ 1992 г., ст. 39 Минской конвенции СНГ 1993 г., ст. 42 Кишиневской конвенции 2002 г.).

По сравнению с правом страны заключения договора связь международного коммерческого договора гораздо более обнаруживается с *правом страны его исполнения (lex loci solutionis)*. Родоначальником привязки к праву страны исполнения договора считают Савиньи²⁸⁸, хотя, как пишет А.В. Асосков, «данная привязка использовалась и до Савиньи, но в основном носила подчиненное значение по отношению к месту заключения договора, регулируя преимущественно вопросы о том, какое исполнение можно считать надлежащим»²⁸⁹.

Свою позицию Савиньи объяснял тем, что в исполнении состоит сущность обязательства, к исполнению направляется воля сторон²⁹⁰. С учетом этого он полагал, что стороны хотят, чтобы там, где они получают обладание вещами в результате исполнения, существующие нормы определяли судьбу обязательства²⁹¹. В отечественной дореволюционной доктрине привязка к месту исполнения договора предлагалась Б.Э. Нольде²⁹².

Несомненным достоинством указанной привязки является то, что она, в отличие от привязки к праву страны заключения договора, в принципе отражает специфику договора как регулятора взаимоотношений сторон. Как справедливо отмечал Савиньи, основным преимуществом привязки к месту исполнения договора по сравнению с местом его заключения является то, что оно в меньшей степени зависит от случайных обстоятельств и, помимо прочего, является конечной целью договора²⁹³. Кроме этого, как пишет А.В. Асосков, указанная привязка «влечет предпочтительное совпадение применимого права и одного из распространенных оснований международной подсудности», поскольку в процессуальном законодательстве ряда стран предусматривается альтернативная подсудность по месту исполнения обязательства²⁹⁴.

Вместе с тем, несмотря на определенные достоинства, привязка к праву страны исполнения обязательства имеет ряд недостатков, указанных, в частности, М.А. Ахрименко и А.В. Асосковым. Как пишет М.А. Ахрименко, еще А. Батиффоль и Б.Э. Нольде отмечали ряд про-

²⁸⁸ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 131.

²⁸⁹ Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М., 2012.

²⁹⁰ Шулаков А.А. Указ. соч. – С. 199.

²⁹¹ Корецкий В.М. Савиньи в международном частном праве // Вестник советской юстиции. 1926. 15 февраля. № 4 (62).

²⁹² Нольде Б.Э. Очерк международного частного права. Юрьев: Типография К. Маттисена, 1980. – С. 70.

²⁹³ Вольф М. Международное частное право. М., 1948. – С. 461–472; Шулаков А.А. Указ. соч. – С. 199.

²⁹⁴ Асосков А.В. Указ. соч.

блем применения указанной привязки: во-первых, место исполнения в договоре могло быть не определено (например, в договоре могло быть указано, что место исполнения будет определено позже, либо выбором должника, либо кредитора); во-вторых, в договоре могла иметь место множественность мест исполнения (такая ситуация фактически возможна в любом двусторонне обязывающем договоре: поставка осуществляется в месте нахождения покупателя, а платеж – в домицилии продавца, или возможна поставка в несколько государств)²⁹⁵. А.В. Асосков обращает внимание на такой недостаток рассматриваемой привязки, как малое расщепление договорного статута в двустороннем договоре, связанное с невозможностью определить единственное место его исполнения, поскольку в его исполнении участвуют обе стороны. На указанный недостаток в свое время обращал внимание также Э. Рабель. Еще одна проблема применения привязки к праву страны исполнения обязательства связана с неоднозначным пониманием места исполнения обязательства в праве разных государств, на что было обращено внимание Э. Цительманом²⁹⁶.

Тем не менее, несмотря на определенные недостатки, в настоящее время указанная привязка закреплена в некоторых нормативных правовых актах. Например, в ст. 13 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. она используется в качестве альтернативной при определении формальной действительности международного коммерческого договора. Указанная привязка применяется для определения права, подлежащего учету в отношении способа исполнения, в ст. 9 Гагской конвенции о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г., а также в качестве основной для установления договорного статута в соответствии с п. 2 ст. 834 ГК Вьетнама 1995 г. и ст. 17 ГК Кубы 1987 г., а также шведским и ранее действовавшим итальянским законодательством²⁹⁷.

Рассматриваемая привязка используется в подп. 2 п. 2 ст. 1225 Модельного ГК СНГ для определения права, применимого к договору строительного подряда, а также подп. 2 п. 2 ст. 1199 ГК Кыргызской Республики и подп. 2 п. 3 ст. 1113 ГК Республики Казахстан. В целом аналогичные нормы (с несколько расширенным содержанием предмета регулируемых договорных обязательств подрядного типа) используются в законодательстве других стран ЕАЭС (подп. 1 п. 3 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, подп. 2 п. 2 ст. 1285 ГК Республики Армения, подп. 2 п. 2 ст. 1285 ГК Республики Армения, подп. 3 ст. 1211 ГК РФ).

Используемая в подп. 3 ст. 1211 ГК РФ привязка для договоров строительного подряда и договоров подряда на выполнение проектных и изыскательских работ уходит корнями в ст. 166 ОГЗ СССР 1991 г., в которой для ряда внешнеэкономических сделок были предусмотрены специальные коллизионные нормы, в том числе для договоров о выполнении строительных, монтажных и других работ по капитальному строительству. В соответствии с указанными нормами принимал свои решения МКАС при ТПП РФ²⁹⁸.

Таким образом, в настоящее время привязка к праву страны исполнения договора применяется:

- 1) в качестве альтернативной коллизионной привязки для определения формального статута международного коммерческого договора (ст. 13 Межамериканской конвенции 1994 г.);
- 2) в целях конкретизации правового регулирования агентского договора в части способа исполнения договора (ст. 9 Гагской конвенции о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г.);

²⁹⁵ Ахрименко М.А. Указ. соч. – С. 38.

²⁹⁶ Асосков А.В. Указ. соч.

²⁹⁷ Ахрименко М.А. Указ. соч. – С. 39.

²⁹⁸ Решение МКАС при ТПП РФ по делу № 417/1998 от 24 января 2000 г. // Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999–2000 гг. /Сост. М. Г. Розенберг. М., 2002. – С. 193–194.

3) в целях определения договорного статута для любых договоров (п. 2 ст. 834 ГК Вьетнама 1995 г., ст. 17 ГК Кубы 1987 г.);

4) в целях определения договорного статута для договоров подрядного типа (ст. 1225 Модельного ГК СНГ, п. 2 ст. 1199 ГК Кыргызской Республики, п. 3 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, п. 2 ст. 1285 ГК Республики Армения, п. 3 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, подп. 3 ст. 1211 ГК РФ).

В законодательстве некоторых стран получило распространение сочетание коллизионных привязок, прежде всего одновременная отсылка к праву страны заключения договора и к праву страны его исполнения при регулировании одного и того же договора. Подобное сочетание было предложено Бартолом, который предлагал, в частности, вопросы, касающиеся заключения договора и его формы, рассматривать в соответствии с привязкой к месту его заключения, а вопросы, связанные с исполнением, – на основе права места его исполнения²⁹⁹.

Рассматриваемое сочетание коллизионных привязок имеет место в судебной практике некоторых штатов США³⁰⁰. Как известно, в 1934 г. в этой стране был принят Первый свод по коллизионному праву (*Restatement of the Conflict of Laws*), основу которого составили учения А. Биля³⁰¹. В указанном документе привязка к месту заключения договора определяла действительность и правовую природу договора (§ 332), а привязка к месту исполнения решала вопросы, касающиеся исполнения договора (§ 358)³⁰². Вместе с тем «после так называемой американской революции в международном частном праве во второй половине XX в. (связанной с появлением работ Карри, Лефлара и др.) в коллизионном праве изменился подход и применяются различные методики определения применимого права»³⁰³. Соответствующие изменения коснулись Второго свода о конфликте законов США, правила определения применимого права в котором по сравнению с Первым сводом стали несколько иными, о чем будет сказано далее.

Одновременное применение к договору привязки к праву страны его заключения и к праву страны его исполнения получило название большого расщепления применимого права. Недостатки его использования были показаны в ряде зарубежных исследований (А. Страйкен, К. Липштейн, Ф. Вишер, Э. Рабель) и отечественной доктрине (А.В. Асосков). Практическое неудобство указанной привязки было отмечено еще Э. Рабелем и продемонстрировано в работе А.В. Асоскова³⁰⁴.

В настоящее время рассматриваемое сочетание коллизионных привязок к праву страны заключения и к праву страны исполнения договора не имеет широкого распространения, что не в последнюю очередь обусловлено нежелательностью большого расщепления договорного статута ввиду практического неудобства его применения, в том числе при регулировании международных коммерческих договоров.

Следующей коллизионной привязкой, используемой при определении права, применимого к международному коммерческому договору, выступает отсылка к *праву страны суда (lex fori)*. Свои истоки указанная привязка имеет в трудах германского ученого Вахтера (Wächter), который в 1841 г. выступал против теории статутариев и высказывал положение

²⁹⁹ Брун М.И. Очерки конфликтного права. Конфликтное право постглоссаторов (XIII–XVbb.). Теория статутов (XVI–XVIIIbb.). Изд. 2-е. М.: ЛЕНАНД, 2016. – С. 35.

³⁰⁰ Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. – С. 95.

³⁰¹ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 142.

³⁰² Об этом: Lorenzen E.G. Restatement of the Conflict of Laws // University of Pennsylvania Law Review. 1935. Vol. 83. № 5. – P. 575 // Режим доступа: URL: www.digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=5590&context=fss_papers (дата обращения: 20 декабря 2016 г.).

³⁰³ Канашевский В.А. Указ. соч. – С. 95.

³⁰⁴ Асосков А.В. Указ. соч.

о том, что «если в действующем внутреннем праве нет прямой отсылки к иностранному закону, то судья должен исходить из общего духа отечественных законов для того, чтобы решить дело, осложненное иностранным элементом»³⁰⁵.

Привязка к праву страны суда на протяжении многих лет использовалась в национальном законодательстве по международному частному праву, а также в судебной практике и доктрине государств общего права. Так, например, в английской и американской доктрине в XIX – начале XX в. существовало правило, в соответствии с которым государство применяло лишь собственное право, однако могло признавать субъективные права, основанные на иностранном законе (так называемые приобретенные права – *vested rights*), исходя из международной вежливости³⁰⁶. При этом в тех случаях, когда суды общего права обращались к иностранному закону, они рассматривали его не как право, а как фактическое обстоятельство, которое подлежало доказыванию наряду с другими обстоятельствами дела³⁰⁷.

Позднее в США был выдвинут ряд теорий, в целом поддерживающих коллизионную привязку к праву страны суда в качестве основной при разрешении споров с иностранным элементом (У. Кук, А. Эренцвейг, Д. Каверс, Б. Карри и др.). Как считал, например, А. Эренцвейг, дела с иностранным элементом решаются на основании права страны суда, составляющего основу коллизионного права³⁰⁸. По его мнению, «иностранное право в принципе не призвано регулировать данные отношения, оно может, поскольку это соответствует “политике суда” [policy], восполнить вакуум, создаваемый в отдельных случаях самоограничением со стороны закона суда»³⁰⁹. Позднее он внес некоторые уточнения в положения своей теории, оставляя праву страны суда так называемую «резервную» роль, считая, что «если нет установившегося в законе или практике правила о применении для данного рода случаев иностранного права, то суд должен прибегнуть к толкованию соответствующей американской материальной нормы, руководствуясь лежащей в ее основании policy (“политикой права”»³¹⁰.

В настоящее время роль привязки к праву страны суда существенно снизилась. Тем не менее, при невозможности установить содержание иностранного права суд не может отказать в вынесении решения и вынужден руководствоваться своим правом. Так, в силу п. 3 ст. 1191 ГК РФ, если содержание норм иностранного права, несмотря на предпринятые в соответствии с кодексом меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право. Аналогичная коллизионная норма, отсылающая к *lex fori*, содержится в ст. 1196 Модельного ГК СНГ, а также в гражданском законодательстве других стран ЕАЭС (п. 4 ст. 1086 ГК Республики Казахстан, п. 4 ст. 1169 ГК Кыргызской Республики, п. 4 ст. 1255 ГК Республики Армения, п. 4 ст. 1095 ГК Республики Беларусь).

Коллизионные нормы, отсылающие к *lex fori* при невозможности установления содержания иностранного права, предусмотрены п. 2 § 4 Закона Австрии о международном частном праве 1979 г., § 2 ст. 15 Закона Бельгии о Кодексе международного частного права 2004 г., п. 3 § 5 Указа Венгрии о международном частном праве 1979 г., ст. 14 Закона Италии «Реформа Итальянской системы международного частного права» 1995 г., п. 2 ст. 4 Закона Лихтенштейна о международном частном праве 1996 г., п. 2 ст. 10 Закона Польши о между-

³⁰⁵ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 131.

³⁰⁶ Монастырский Ю.Э. Господствующие доктрины коллизионного права в США: дис... канд. юр. наук. М., 1999. – С. 38.

³⁰⁷ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 142; Монастырский Ю. Э. Указ. соч. – С. 17, 28.

³⁰⁸ Монастырский Ю.Э. Указ. соч. – С. 55.

³⁰⁹ Лунц Л.А. Указ. соч. – С. 152.

³¹⁰ Там же. – С. 152.

народном частном праве 2011 г., п. 2 ст. 16 Федерального закона Швейцарии о международном частном праве 1987 г.³¹¹.

Таким образом, современные зарубежный и отечественный законодатели используют привязку к праву страны суда в качестве «резервной», прежде всего для тех случаев, когда суд (арбитраж) не может установить содержание иностранного права, избранного сторонами для регулирования международного коммерческого договора или определенного судом (арбитражем) на основании соответствующих коллизионных норм. Помимо этого, как было показано выше, в современном праве привязка к собственному праву, т. е. к праву страны суда, применяется в качестве альтернативной коллизионной привязки для установления формального статута международного коммерческого договора (например, ст. 1209 ГК РФ, гражданское законодательство других стран ЕАЭС).

В отличие от приведенных выше коллизионных привязок сама по себе привязка к праву страны суда не обнаруживает тесной связи с международным коммерческим договором. Так, например, стороны международного коммерческого договора могут заключить пророгационное соглашение в пользу какого-либо национального суда либо арбитражное соглашение в пользу арбитража, располагающегося на территории какого-либо государства, не имеющего никакого отношения к договору, а выбранного сторонами из каких-либо практических соображений. Тот факт, что суд или арбитраж вынуждены применять свое материальное право ввиду невозможности установить содержание иностранного права, избранного сторонами либо объективно применимого, также не означает связи такого права с международным коммерческим договором, спор из которого подлежит рассмотрению.

Вместе с тем в некоторых случаях право страны суда (арбитража) все-таки будет иметь тесную связь с договором. Например, в ситуациях, когда место исполнения договора либо местонахождение коммерческого предприятия участника договора, осуществляющего характерное исполнение, расположены в стране суда. Но, как следует из контекста, для того, чтобы *lex fori* имело тесную связь с договором, необходимо, чтобы на территории страны суда (арбитража) находилось место его исполнения или местонахождение коммерческого предприятия стороны, осуществляющей характерное исполнение в договоре, и т. п., благодаря чему тесная связь между *lex fori* и международным коммерческим договором будет установлена.

Отметим, что во многом из подобного понимания значения *lex fori* исходит законодатель штата Орегон. В ст. 15.32 °Свода законов штата Орегон 2013 г. содержится ряд привязок, в соответствии с которыми ряд договоров регулируются правом указанного штата: если услуги предоставлены в Орегоне или товары поставлены в Орегон; если штат, его органы власти или территориальные подразделения являются одной из сторон договора; если работы по договору подряда должны быть выполнены преимущественно в Орегоне и некоторые другие. В этих случаях применение привязки к *lex fori* обуславливается тем, что здесь находятся юридически значимые обстоятельства, указывающие на связь договора с правом Орегона, которое и подлежит применению как право страны суда.

Помимо сказанного, нормы права страны суда могут применяться к международному коммерческому договору в рамках применения строго императивных норм страны суда и оговорки о публичном порядке, о которых уже говорилось в § 1 настоящей главы. Применение *lex fori* в рамках использования оговорки о публичном порядке и строго императивных норм осуществляется не в порядке обнаружения тесной связи указанных норм и спорного правоотношения, а в порядке обеспечения интересов государства (государств), рассматри-

³¹¹ Международное частное право: иностранное законодательство; Официальный сайт НИУ «Высшая школа экономики» // Режим доступа: URL: <https://pravo.hse.ru/intprivlaw/EE> (дата обращения: 7 января 2017 г.).

вающего спор, а также в силу п. 2 ст. 1192 ГК РФ – обеспечения интересов государства, с правом которого тесно связано отношение.

Еще одной коллизией привязкой, на основании которой может определяться применимое к международному коммерческому договору право, выступает привязка к *праву страны продавца*. Применение права продавца основывается на положениях о том, что применимым является право стороны, чьи обязательства являются более сложными и поэтому более интенсивно регулируемы правом. Как пишет М.У. Алем, «продавец должен подсчитать расходы и риски множества договоров» и «его подсчеты будут более надежны, если все его договоры регулируются одним тем же правом»³¹².

Одним из первых нормативных правовых актов, в которых был закреплен «закон продавца», является Закон Польши о МЧП 1926 г., где впервые была сформулирована привязка по отношению к договорам, заключенным в розничной торговле, отсылающая к праву места оседлости продавца (ст. 25). Аналогичным образом отсылка к праву страны продавца была сформулирована в § 9 Закона о МЧП ЧССР 1948 г.³¹³. Коллизионный принцип «права страны продавца» был принят за основу в Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г. (ст. 3) и Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г. (ст. 8). В социалистических странах закон продавца получил свое закрепление в Общих условиях поставок СЭВ 1958 г.³¹⁴.

Как справедливо отмечает М.У. Алем, место ведения предпринимательской деятельности продавца часто является «реальным местом исполнения его договоров, поскольку именно в данном месте большинство его договоров разрабатываются, калькулируются, заключаются и исполняются»³¹⁵. Страна продавца является тем государством, в котором производятся товары продавца, нередко заключаются договоры поставки и осуществляется их отгрузка, то есть находится его регулярное место деятельности, выступающее экономическим квалифицирующим признаком отнесения заключаемых им коммерческих договоров к международным. В связи с этим право страны регулярного осуществления предпринимательской деятельности продавца во многих случаях является правом, тесно связанным с заключаемыми им международными коммерческими договорами.

В то же время международный коммерческий договор поставки может быть в большей степени связан с правом другой страны, которое и подлежит применению. Соответствующие нормы на этот счет содержат Гаагские конвенции 1955 г. и 1986 г. В соответствии со ст. 3 Гаагской конвенции 1955 г. и ст. 8 Гаагской конвенции 1986 г. в тех случаях, когда договор купли-продажи имеет тесную связь с другим правом, нежели право страны продавца (например, с правом страны покупателя), он регулируется указанным в Конвенциях правом, обнаруживающим, по мнению разработчиков Конвенций, более тесную связь с заключаемым продавцом международными коммерческими договорами.

Привязка к праву страны продавца послужила основой для появления в конце XX в. *теории характерного (решающего) исполнения*, получившей широкое распространение в международном и национальном законодательстве европейских государств. По мнению В.В. Буланова, «характерное исполнение следует рассматривать в качестве одного из связующих обстоятельств, подлежащих учету при определении права, с которым отношение имеет наиболее тесную связь»³¹⁶. На наш взгляд, критерий характерного исполнения служит проявлением принципа тесной связи.

³¹² Alem M. Уоp.cit.-R 73.

³¹³ Лунц Л.А. Внешнеторговая купле-продажа (коллизийные вопросы). – С. 36.

³¹⁴ Лунц Л.А. Курс международного частного права. – С. 225.

³¹⁵ Alem M. Уоp.cit. — С. 73.

³¹⁶ Буланов В.В. Указ. соч. – С. 7.

Как отмечает А.В. Асосков, разработчики теории характерного исполнения ставили перед собой следующие задачи: отказ от большого и малого расщеплений договорного статута; формулирование коллизионных подходов, которые были бы способны обеспечить высокий уровень определенности и предсказуемости; уход от чисто догматического обоснования коллизионных решений в пользу функционального анализа различных видов гражданско-правовых договоров и их социально-экономической роли³¹⁷.

Основоположниками теории характерного исполнения были швейцарские ученые Ф. Вишер³¹⁸ и А. Шнитцер³¹⁹. Суть их теории заключалась в том, чтобы подчинить договорное обязательство тому правопорядку, в соответствии с которым осуществляется характерное исполнение. По мнению сторонников теории характерного исполнения, его можно обнаружить как в договорах, в которых обе стороны осуществляют денежное исполнение, так и в договорах, одна из сторон которых его осуществляет. Для этого необходимо определить, исполнение какой из сторон с экономической точки зрения является вознаграждением, и применить право противоположной стороны. Подобного мнения в отношении понимания характерного исполнения придерживался А. Батиффоль³²⁰, а в более поздних исследованиях – О. Ландо³²¹.

В соответствии с теорией характерного исполнения для договоров купли-продажи характерным будет являться исполнение продавца, для договоров возмездного оказания услуг – исполнение услугодателя и т. п. В так называемых «денежных» договорах характерным будет являться исполнение той стороны, которая не является стороной, уплачивающей, например, проценты в договоре займа или страховую премию в договоре страхования, поскольку характерным в них будет исполнение заимодавца и страховщика. Определенная сложность может возникнуть с установлением характерного исполнения для договоров мены (так, А. Шнитцер предлагал считать характерным исполнение того, чье исполнение являет собой большую экономическую ценность)³²². Аналогичного мнения придерживается Ф. Феррари³²³.

Основная проблема применения теории характерного исполнения состояла в том, чтобы правильно локализовать такое исполнение на территории того или иного государства. Так, А. Шнитцер предлагал в качестве такой территории страну, где существует долг в рамках исполнения характерного обязательства, Ф. Вишер – страну, где ведет коммерческую деятельность или имеет обычное место пребывания сторона, осуществляющая исполнение характерного обязательства, И. Швондер – в зависимости от конкретной разновидности договора – местонахождение стороны, осуществляющей характерное исполнение, либо место исполнения характерного обязательства³²⁴. Последней точки зрения придерживался также А. Батиффоль, который, выделяя понятие исполнения, характеризующего договор, в отличие от А. Шнитцера и Ф. Вишера полагал, что «для договоров, в которых одна сторона должна уплатить деньги взамен определенного представления, именно это представление

³¹⁷ Асосков А.В. Указ. соч.

³¹⁸ Vischer F. The Principle of the Typical Performance in International Contracts and the Draft Convention // Harmonization of Private International Law by E. E. C / Ed. K. Lipstein. L, 1978. – P. 25.

³¹⁹ Schnitzer A. Handbuch des Internationalen Privatrechts, einschlie ßlich Prozessrecht, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. 4Auffl. Bd. II. Basel, 1958. S. 642; Цит. по Асосков А.В. Указ, соч.

³²⁰ Ахрименко М.А. Указ. соч. – С. 57.

³²¹ Guiliano M., Legard P. Op. cit. – P. 20; Цит. по: Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. – С. 216.

³²² Асосков А.В. Указ. соч. – С. 7–8.

³²³ Ferrari F. Contracts for the International Sale of Goods: Applicability and Applications of the 1980 United Nations Convention. Leiden – Boston: Martines Nijhoff Publishers, 2012.

³²⁴ Асосков А.В. Указ. соч. – С. 7–8.

обычно будет характеризовать договор, то есть определит его локализацию»³²⁵. Подобная привязка к праву страны, где осуществлялось характерное исполнение, находила поддержку в трудах Савиньи и Б.Э. Нольде³²⁶, о чем говорилось ранее.

Таким образом, если следовать приведенным выше позициям ученых, в самом общем виде теория характерного исполнения может раскрываться с помощью права страны существования долга в рамках договора, права продавца в широком смысле либо права страны исполнения договора, каждое из которых может выступать в качестве места локализации договора, а их право – считаться правом, тесно связанным с договором.

Тем не менее, несмотря на различное понимание места характерного исполнения, в международном и национальном законодательстве получила отражение «узкая» концепция характерного исполнения, предложенная Ф. Вишером. В соответствии с ней местом характерного исполнения выступает страна, в которой находится сторона, осуществляющая решающее исполнение для содержания того или иного договора³²⁷. Именно местонахождение указанной стороны в настоящее время выступает основанием для критерия характерного исполнения, с помощью которого в международных и национальных правовых актах традиционно определяется право, применимое к международным коммерческим договорам.

В таком виде критерий характерного исполнения, получивший название *specific performance*, закреплен, например, в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., ст. 6 Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским договорам, 1978 г., ст. 117 Швейцарского закона о МЧП 1987 г.

В Регламенте «Рим I» отсутствует прямое закрепление принципа тесной связи как основополагающего коллизионного принципа регулирования договорных обязательств международного, в том числе коммерческого, характера, в соответствии с которым формулируются коллизионные привязки, определяющие право, применимое к договорным обязательствам с иностранным элементом. Разработчики указанного документа, как сказано в п. 16 регламента, исходили из необходимости достижения общей цели Регламента «Рим I» – правовой определенности в рамках пространства правосудия. В связи с этим они посчитали, что коллизионные нормы должны быть в высокой степени предсказуемыми. Добиться предсказуемости было решено путем введения жестких коллизионных привязок в целях регулирования некоторых договорных обязательств, указанных в подп. «а» – «b» п. 1 ст. 4 Регламента «Рим I». Однако содержание указанных подпунктов дает основание для вывода о том, что в отношении половины указанных здесь договоров, а именно договора купли-продажи, договора оказания услуг, договора аренды, договора коммерческой концессии, используется критерий характерного исполнения, поскольку применимым признается право страны, где имеет свое коммерческое предприятие продавец, поставщик услуг, собственник, правообладатель соответственно, выступающие сторонами, осуществляющими решающее исполнение для содержания соответствующего договора.

Кроме того, в п. 2 ст. 4 Регламента «Рим I» содержится правило, в соответствии с которым в тех случаях, если договор не подпадает под действие § 1 или если элементы договора подпадают под действие нескольких пунктов § 1, договор регулируется правом страны, где находится обычное место жительства (с учетом ст. 19 – коммерческое предприятие) стороны, которая должна осуществить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Таким образом, отсутствующий в п. 1 ст. 4 договор или договор, одновре-

³²⁵ Batifol H. Les conflits de lois en matiere de contracts. R: Librairie du Recueil Sirey, 1938. S. 84; Цит. по: Шулаков А.А. Указ. соч. – С. 215.

³²⁶ Нольде Б.Э. Очерк международного частного права // Лист Ф. Международное право в систематическом изложении / Под ред. проф. В.Э. Грабаря; с дополнениями редактора и очерком частного международного права, составленными проф., бар. Б.Э. Нольде. Юрьев, 1909. – С. 523.

³²⁷ Vischer F. Op. cit. – P. 84; Цит. по: Шулаков А.А. Указ. соч. – С. 215.

менно подпадающий под действие нескольких пунктов указанной статьи, регулируется в соответствии с критерием характерного исполнения, то есть по праву страны, где находится коммерческое предприятие стороны, осуществляющей решающее значение для содержания договора. Указанный критерий нельзя назвать субсидиарным, поскольку он находит свое применение не только в случаях, указанных в п. 2 ст. 4 Регламента, но также и в случаях, указанных в подп. «а», «b», «с», «е», конкретизируясь в привязках к праву продавца, поставщика услуг, собственника арендованного имущества и правообладателя в договоре франчайзинга. В то же время в соответствии с нормами регламента критерий характерного исполнения может носить как жесткий, так и гибкий характер, в последнем случае не определяя конкретно право стороны, осуществляющей решающее исполнение в договоре, не упомянутого в регламенте, а лишь устанавливая общий ориентир, позволяя правоприменительному органу самостоятельно такую сторону определить.

В п. (2) ст. 117 Закона о МЧП Швейцарии 1987 г. в качестве основного критерия также постулируется критерий характерного исполнения. Помимо этого общего критерия швейцарский законодатель устанавливает несколько жестких коллизионных привязок для договоров об отчуждении имущества, договоров о пользовании вещью или правом, договоров поручения, подряда и других договоров об оказании услуг, договора хранения, договоров гарантии и поручительства. При этом в силу п. (1) ст. 118 рассматриваемого закона к купле-продаже движимого имущества применяется Гагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., в силу которой применимым по общему правилу является право продавца.

В Модельном ГК СНГ (ч. III) законодатель также предлагает целый ряд жестких коллизионных привязок, в соответствии с которыми подлежит определению право, регулирующее международные коммерческие договоры, которое основано на критерии характерного исполнения. Так, в соответствии с п. 1 ст. 1225 Модельного ГК СНГ договор купли-продажи регулируется правом страны, где учрежден, имеет место жительства или основное место деятельности продавец, и так далее в отношении 14 других договоров. Аналогичные нормы содержит п. 1 ст. 1125 ГК Республики Беларусь и п. 1 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, п. 1 ст. 1199 ГК Кыргызской Республики. Еще более широкий перечень коллизионных привязок, основанных на критерии характерного исполнения, содержит п. 1 ст. 1285 ГК Республики Армения, дополняя предложенный в Модельном ГК СНГ перечень привязками к агентскому договору, договору финансирования под уступку денежного требования, договорам банковского вклада и банковского счета, договору комплексной лицензии. Стороной, осуществляющей решающее исполнение в данных договорах, признается агент, финансовый агент, банк и правообладатель.

Как и европейский законодатель, законодатель СНГ и законодатель зарубежных стран ЕАЭС постулируют критерий характерного исполнения в качестве общего правила для регулирования договоров с иностранным элементом, для которых не предусмотрено специальных правил в соответствии с этим или иными критериями (об иных критериях будет далее). Так, согласно п. 3 ст. 1225 Модельного ГК СНГ к договорам, не перечисленным в п. 1–2 данной статьи, при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора. Аналогичные нормы содержат п. 3 ст. 1285 ГК Республики Армения, п. 4 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, п. 4 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, п. 3 ст. 1199 ГК Кыргызской Республики.

Одной из проблем применения критерия характерного исполнения является его неопределенность, вызванная отсутствием четкого понимания права, в соответствии с которым будет определяться сторона, осуществляющая решающее исполнение для договора.

В соответствии с указанными законами стран ЕАЭС в основу рассматриваемого критерия может быть положена страна места учреждения, места жительства или основного места деятельности указанной стороны, которые могут не совпадать. Вследствие этого правовое регулирование международного коммерческого договора будет зависеть от выбора судом или арбитражем того места, где находится сторона, которая осуществляет решающее исполнение, которое и будет положено в основу критерия характерного исполнения, то есть где она учреждена, проживает либо имеет основное место деятельности. В этой связи полагаем, что правом, наиболее тесно связанным с международным коммерческим договором, следует признавать право страны регулярного места деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, которое и следует положить в основу определения критерия характерного исполнения.

В советское время критерий характерного исполнения получил отражение в ст. 166 ОГЗ СССР 1991 г. В п. 1 указанной статьи содержалось 13 коллизионных привязок в соответствии указанным критерием, которые были дополнены несколькими привязками, основанными на других критериях. При этом в п. 5 ст. 166 указанного документа было сказано, что к правам и обязанностям по договорам, не перечисленным в п. 1–4 ст. 166, применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора. Специальных норм о принципе тесной связи здесь не было, однако представляется, что советский законодатель, говоря о решающем исполнении, понимал, что страна, где находится сторона, его осуществляющая, имеет наиболее тесную связь с договором, в отношении которого ведется поиск применимого права. Иначе не был бы установлен в качестве общего критерий характерного исполнения для договоров, не регулируемых в законе в п. 1–4 ст. 166 ОГЗ СССР.

Основная сложность применения критерия характерного исполнения заключалась в ее неопределенности, поскольку правом стороны, осуществляющей решающее исполнение, могло признаваться право, где она была учреждена, имела место жительства либо основное место деятельности, что не всегда совпадало. При этом, как отмечает М.П. Бардина, как правило, арбитры использовали отсылку к праву страны места учреждения стороны, осуществляющей характерное исполнение. Реже они руководствовались правом страны, где находится основное место деятельности указанной стороны³²⁸.

До внесения изменений в 2013 г. ст. 1211 ГК РФ напоминала редакцию ст. 4 Римской конвенции 1980 г. Так, п. 1 ст. 1211 ГК РФ закреплял принцип тесной связи, поскольку именно в соответствии с ним подлежало определению право, применимое к договору в отсутствие соглашения сторон. Далее в п. 2 ст. 1211 ГК РФ принцип тесной связи раскрывался через критерий характерного исполнения, поскольку считалось, что договор наиболее тесно связан (если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела) с правом страны, где находится место жительства или основное место деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Вместе с тем, в отличие от Римской конвенции 1980 г., в п. 3 ст. 1211 содержались коллизионные привязки, определяющие характерное исполнение применительно к 19 видам договоров, осложненных иностранным элементом.

В этой связи необходимо отметить, что в своем критерии характерного исполнения законодатель 2002 г. отошел от привязки к стране учреждения стороны, осуществляющей решающее исполнение, оставив привязку к месту жительства или основному месту деятельности указанной стороны. В международных коммерческих договорах такой привязкой

³²⁸ Международное частное право: учебник: в 2 т. Т. 2: Особенная часть / Отв. ред. – С.Н. Лебедев, Е.В. Кабатова. 2015. – С. 210.

являлось основное место деятельности стороны, однако понятие такого основного места законодатель не раскрывал, что в судебной практике ставило ряд вопросов, связанных с определением данного места. Вместе с тем в отечественном МКАС при ТПП РФ подобных вопросов практически не возникало³²⁹.

В действующей редакции ст. 1211 ГК РФ в коллизионном регулировании договоров с иностранным элементом произошли некоторые изменения, имеющие определенные сходства с нормами Регламента «Рим I». Как и в нем, в п. 1 ст. 1211 ГК РФ, на первый взгляд, отсутствует упоминание принципа наиболее тесной связи как основополагающего начала коллизионного регулирования договорных обязательств с иностранным элементом в отсутствие выбора применимого к ним права. Тем не менее, в действующей редакции п. 1 ст. 1211 ГК РФ содержится положение о том, что при отсутствии соглашения сторон о применимом праве к договору применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, осуществляющей исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора. Учитывая ранее высказанное мнение, полагаем, что термин «основное место деятельности» предпочтительнее заменить термином «регулярное место деятельности» стороны, осуществляющей решающее исполнение для договора, привязку к которому и следует использовать в ст. 1211 ГК РФ.

В п. 2 ст. 1211 ГК РФ отечественный законодатель перечисляет 18 коллизионных привязок, основанных на критерии характерного исполнения, в соответствии с которыми определяется применимое к договорам право. По сравнению с утратившей силу редакцией п. 2 ст. 1211 ГК РФ здесь появился договор возмездного оказания услуг, решающее исполнение в котором осуществляет исполнитель, а в договоре коммерческой концессии и лицензионном договоре помимо критерия характерного исполнения теперь используются также иные критерии.

Поддерживая в целом отечественного законодателя в необходимости создания жестких коллизионных привязок, определяющих право для договоров с иностранным элементом, способствующего правовой определенности и предсказуемости правового регулирования для сторон международного коммерческого договора, вместе с тем отметим один недостаток одной из таких жестких привязок. Речь идет о появившейся в 2013 г. привязке для договора возмездного оказания услуг, применимым правом для которого является право страны услугодателя (исполнителя) (подп. 16 п. 2 ст. 1211 ГК РФ). Безусловно, право страны услугодателя имеет тесную связь с международным коммерческим договором возмездного оказания услуг, в особенности в тех случаях, когда исполнитель оказывает услуги в том месте, где находится его коммерческое предприятие (регулярное место деятельности), не перемещаясь к услугополучателю. В то же время в тех случаях, когда услугодатель перемещается в какую-либо страну для оказания услуг, будь то страна заказчика или третья страна, правом, более тесно связанным с договором, на наш взгляд, вполне может оказаться право страны оказания услуг, которое, по нашему мнению, и следует применить в подобных случаях, закрепив ее в ст. 1211 ГК РФ. Данное положение прямо не закреплено ни в Регламенте «Рим I», ни в новой редакции ГК РФ, хотя может быть применено на основании п. 3 ст. 4 Регламента «Рим I» и п. 9 ст. 1211 ГК РФ как право, имеющее более тесную связь с договором, нежели право страны услугодателя, однако подобная возможность всецело зависит от усмотрения суда. В то же время, например, в подп. «b» п. 2 ст. 15.38 °Свода законов штата Орегон к данному виду договора применяется право государства, в котором по условиям договора будут предоставлены услуги, то есть право страны места исполнения договора. В то же время швейцарский

³²⁹ Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М., 2006. – С. 110, 308.

законодатель предлагает в договорах оказания услуг использовать привязку к праву услугодателя (подп. «с» п. (3) ст. 117 Швейцарского закона о МЧП 1987 г.).

Несмотря на определенные достоинства, теория характерного исполнения имеет ряд недостатков. Следует признать, что критерий характерного исполнения оправдывает себя в тех случаях, когда место исполнения международного коммерческого договора совпадает с местонахождением регулярного места деятельности стороны, осуществляющей решающее значение для содержания договора. Такое совпадение встречается довольно часто. Однако, как справедливо отмечает А.А. Шулаков, в тех случаях, когда указанные места не совпадают, именно место исполнения договора «в значительно большей степени презюмирует наиболее тесную связь, чем привязка к месту жительства исполнителя»³³⁰. Следовательно, пишет ученый, «если коллизионный критерий, созданный Ф. Вишером, в основном рассчитан на единообразное и предсказуемое применения права судьями, то формула места исполнения Ф.К. Савиньи, Б.Э. Нольде и А. Батиффоля – на интересы сторон и интересы государства, на территории которого осуществляются операции»³³¹.

Другой не менее важной проблемой является определение «местонахождение стороны», осуществляющей решающее исполнение для содержания договора³³². Полагаем, что применительно к рассматриваемым в настоящей работе международным коммерческим договорам указанная проблема не должна решаться в зависимости от личного закона индивидуального предпринимателя или коммерческой организации, осуществляющей такое исполнение. Представляется, что рассмотренное ранее понятие «коммерческое предприятие», или «место регулярной деятельности» стороны, используемое при формулировании определения международного коммерческого договора, с успехом может использоваться в целях определения местонахождения стороны, осуществляющей решающее исполнение для содержания договора.

Таким образом, в настоящее время критерий характерного исполнения может носить конкретный (жесткий) и общий (гибкий) характер: в первом случае предусматривая жесткие коллизионные привязки для различных видов договоров с иностранным элементом, во втором случае – устанавливая только правило применения данного критерия и не указывая конкретное применимое право для той или иной разновидности договора. Как правило, в нормативных правовых актах РФ и рассмотренных выше зарубежных стран используются как жесткое, так и гибкое правила определения характерного исполнения.

Помимо критерия характерного исполнения поиск «близкого» к международным коммерческим договорам права осуществляется также на основании *иных* критериев, выступающих проявлением принципа наиболее тесной связи. Например, общепризнанной привязкой для договоров, связанных с недвижимостью, является *право страны*, где находится *недвижимое имущество*. Еще Д'Аржантре писал, что «когда речь идет о недвижимостях, лежащих в разных местах, и спор возникает о том, по какому закону определяется приобретение или переход собственности, то наблюдается закон места, где находится недвижимость»³³³.

Привязку к праву страны местонахождения недвижимого имущества для договоров о недвижимости содержат поди, «с» п. 1 ст. 4 Регламента «Рим I», п. (1) ст. 119 Швейцарского закона о МЧП 1987 г., поди, «а» п. 2 ст. 15.38 °Свода законов штата Орегон США, поди. 2 п. 2 ст. 1225 Модельного ГК СНГ, поди. 1 п. 2 ст. 1285 ГК Республики Армения, п. 2 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, п. 2 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, поди. 1 п. 2 ст. 1199 ГК

³³⁰ Шулаков А.А. Указ. соч. – С. 216.

³³¹ Там же. – С. 216.

³³² Асосков А. В. Указ. соч.

³³³ Брун М.И. Очерки конфликтного права. – С. 53.

Кыргызской Республики, п. 1 ст. 1213 ГК РФ. Таким образом, в зарубежном и отечественном законодательстве в договорах о недвижимости принцип наиболее тесной связи раскрывается через критерий местонахождения недвижимости, а не характерного исполнения.

Аналогичным образом, через критерий, отличный от характерного исполнения, определяется право к международному коммерческому *договору, заключенному на бирже, аукционе или конкурсе*. Подобные нормы в отношении таких договоров известны еще со времен Гагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже, 1955 г., согласно ст. 3 которой продажа на бирже или с аукциона регулируется правом страны, в которой расположена биржа или проходит аукцион. Аналогичную норму содержит ст. 9 Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. В Регламенте «Рим I» подобная привязка, отсылающая к месту проведения соответствующего мероприятия, используется для договоров, заключенных на аукционе, а также договоров, заключенных в рамках многосторонней системы (подп. «g» и «b» п. 1 ст. 4).

В соответствии с подп. 3 п. 2 ст. 1225 Модельного ГК СНГ к договору, заключенному на аукционе, по конкурсу или бирже, применяется право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа. Аналогичные нормы содержат подп. 2 п. 3 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, подп. 2 п. 3 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, подп. 1 п. 2 ст. 1199 ГК Кыргызской Республики, п. 5 ст. 1211 ГК РФ.

Правовое регулирование некоторых международных коммерческих договоров с позиции права ЕАЭС и ЕС является различным. В частности, это относится к *международному коммерческому договору страхования*. В соответствии с правом стран ЕАЭС применимым на основании критерия характерного исполнения в его жесткой форме будет право страховщика (подп. 12 п. 1 ст. 1225 Модельного ГК СНГ, подп. 18 п. 1 ст. 1285 ГК Республики Армения, подп. 12 п. 1 ст. 1125 ГК Республики Беларусь, подп. 12 п. 1 ст. 1113 ГК Республики Казахстан, подп. 12 п. 1 ст. 1199 ГК Кыргызской Республики, подп. 12 п. 2 ст. 1211 ГК РФ). Однако, в отличие от ГК зарубежных стран ЕАЭС, в силу п. 9 ст. 1211 ГК РФ может быть применено право иного государства, с которым договор имеет более тесную связь, нежели право, определяемое в силу критерия характерного исполнения. В то же время Регламент «Рим I» использует привязку к праву страховщика только в том случае, когда договор страхования покрывает крупные риски в значении п. «d» ст. 5 Первой директивы 73/239/ЕЭС от 24 июля 1973 г. В остальных случаях в отсутствие применимого к договору права он регулируется правом государства-члена, где находится риск на момент заключения договора, с местонахождением которого и связывается наиболее тесная связь рассматриваемого договора.

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.