

шей разрешение спора, происходящего из контракта, в каком-либо международном арбитраже означает волеизъявление сторон переместить разбирательство на международный уровень, за пределы какой-либо национальной юрисдикции. В этом случае арбитры прежде всего должны выявить выраженную или подразумеваемую волю сторон, чтобы решить коллизионную проблему, присущую подобному разбирательству, и определить материальное право, применимое к контракту. Если это не удается, арбитр, решая *ex bono et aequo*, должен определить применимое право, которое наиболее подходит к контракту, принимая во внимание объективные условия и особые обстоятельства дела.

Статья поступила в редакцию в декабре 1998 г.

ПРОБЛЕМЫ СИСТЕМАТИЗАЦИИ РОССИЙСКОГО ЗАКОНОДАТЕЛЬСТВА О МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

А.А. К а з а к о в*

В современных условиях дальнейшее обеспечение интеграции России в Мировую систему хозяйственных связей, участие в процессе международного разделения труда, активное привлечение иностранных инвестиций, увеличение объемов участия российских субъектов права в мировом частнопровом обороте становится крайне затруднительным без наличия в российском праве развитой системы правового регулирования международных частнопровых отношений.

Проблемы систематизации норм международного частного права исследовались разными поколениями отечественных юристов. Уже в 20-е годы была начата разработка советской системы норм МЧП (например, см. Плоткин М.А. Об общесоюзной советской системе норм Международного Частного Права//М.: Международное Право, 1928. — № 1. — с. 96—101).

*Слушатель Российской школы частного права при Президенте РФ, начальник юридического управления Балашихинской Торгово-Промышленной Палаты.

В 1989—90-х годах ВНИИ Советского государственного строительства и законодательства подготовил проект Закона о Международном частном праве и международном гражданском процессе. В дальнейшем вопрос о систематизации постоянно обсуждался доктриной.

Однако разработка подобной системы осложнена целым рядом трудностей. Отметим лишь некоторые из них:

1) В правовой науке нет единой точки зрения о состоянии и правовой природе норм МЧП, следовательно встает вопрос, а что, собственно говоря, систематизировать?

2) Какой из известных способов систематизации предпочесть?

3) Пожалуй, самое сложное — юридически корректно и непротиворечиво сформулировать нормы МЧП с учетом требований российской правовой традиции, с одной стороны, требований, предъявляемых общественными отношениями (в первую очередь, торгово-экономическими) к регулированию отношений с иностранным элементом на современном этапе развития общества и научно-технического прогресса, с другой стороны, а также по возможности учесть международный опыт в этой области.

В настоящее время практически завершена разработка раздела VII части 3-й Гражданского Кодекса Российской Федерации: опубликован проект этой части (см. Российская газета от 30 октября 1996 г.). Невозможно не оценить работу, проделанную авторами Проекта.

Однако следует отметить, что временное угасание интереса законодателя к вопросу систематизации норм МЧП, наблюдаемое сегодня, дает российской правовой мысли еще один шанс — “свежим взглядом” оценить уже проделанную работу, внести необходимые коррективы и дополнения.

Общетеоретические вопросы систематизации норм международного частного права

При рассмотрении вопроса о теоретических основах систематизации норм международного частного права, а также при проведении практической работы в этой области непременно встают две основных проблемы:

- определить предмет систематизации, т.е. что, какие действующие нормы приводить в определенную систему, и
- каким образом систематизировать отобранные нормы.

Для удобства обозначим эти две проблемы как предмет систематизации и метод систематизации.

Предмет систематизации

При проведении систематизации в области международного

частного права в первую очередь необходимо определить, что должно войти в систему МЧП, нашедшую свое отражение в некоем нормативном акте (для удобства назовем этот акт Законом)?

Ответ, что Закон о Международном Частном Праве должен объединить все нормы МЧП, не представляется удовлетворительным по ряду причин.

Во-первых, в правовой науке нет единой точки зрения о составе и правовой природе норм МЧП.

Традиционное понимание этой проблемы относит к нормам МЧП лишь коллизионные нормы внутреннего происхождения. Указанной концепции придерживаются Г.К. Матвеев, А.Б. Левитин. Известный немецкий ученый Лео Раапе в своем труде “Международное Частное Право” отмечает, что “источником МЧП является лишь закон и обычай. Международные договоры, как двухсторонние, так и групповые (многосторонние), например, Гаагские конвенции по международному частному праву, служат лишь опосредованным источником МЧП. Они (международные договоры — прим. автора) связывают граждан заключившего договор государства, лишь если последнее превращает эти договоры в закон” (11, с. 27—28). Из этого можно сделать вывод, что коллизионные нормы, независимо от их изначального происхождения, находят свое закрепление лишь посредством национального закона и/или обычая, следовательно и система МЧП состоит в итоге лишь из коллизионных норм внутреннего происхождения.

Наравне с этой теорией существует предположение о том, что МЧП включает коллизионные нормы как внутреннего, так и внешнего происхождения. Этому мнению придерживаются такие ученые, как С.Н. Лебедев, А.И. Минаков.

И если С.Н. Лебедев признает себя вынужденным согласиться с некоторыми оговорками с мнением Л. Раапе (Лебедев С.Н. К вопросу о природе Международного Частного Права.//М.: Советский ежегодник международного права за 1979 год. — 1980. — С. 61—80), то А.И. Минаков уже подвергает так называемую теорию “трансформации” детальной критике (Минаков А.И. Международный договор как источник Международного Частного Права (вопросы теории)//М.: Советский ежегодник международного права за 1986 год. — 1987. — С. 228—241), справедливо замечая, что признание лишь внутренней природы норм МЧП “выхолащивает сущность Международного Частного Права” (с. 241).

Наряду с указанными концепциями существует теория, согласно которой МЧП состоит как из коллизионных норм, так и

из материально-правовых норм внутреннего происхождения, специально предназначенных для регулирования гражданско-правового оборота, отягощенного иностранным элементом. Впервые данную теорию развили в 1940 году И.С. Перетерский и С.Б. Крылов в своем учебнике Международного Частного Права. Против такого понимания природы норм международного частного права активно выступал Лазарь Адольфович Лунц, отмечая, что по всякому отношению с иностранным элементом возникает коллизионный вопрос и отнесение материально-правовых норм внутреннего права к системе МЧП стерло бы всякую разницу между ним (МЧП) и гражданским правом. Он же совместно с М.И. Брагинским и Г.К. Матвеевой активно участвовал в формировании теории, согласно которой МЧП включает в себя как коллизионные нормы, так и унифицированные материально-правовые нормы. Следует отметить, что эта теория подвергается в последнее время все большей критике со стороны М.М. Богуславского (7, с. 97—98; с. 180).

Для целей настоящей статьи важно то, что несмотря на разницу подходов подавляющее большинство юристов сходятся на том, что коллизионные нормы являются частью МЧП. Соответственно, разумно предположить, что Закон о МЧП должен включать в себя по крайней мере коллизионные нормы, т.е. нормы, отсылающие к тем или иным материально-правовым нормам.

Следует также отметить, что как на практике, так и в теории возникает необходимость в урегулировании применения иностранного права (применение которого вполне может быть обусловлено конкретной коллизионной нормой). Проблемы квалификации (первичной и вторичной), обратной отсылки и отсылки к третьему и последующим правопорядкам, взаимности, реторсий, публичного порядка, обхода закона, классически относимые к общей части системы международного частного права, требуют законодательного разрешения.

Учитывая современное развитие правовой мысли и опыт зарубежных стран в кодификации норм МЧП, можно сделать вывод о том, что национальный Закон о МЧП должен содержать:

- 1) в общей части — нормы о квалификации, обратной отсылке и отсылке к третьему и последующим правопорядкам, взаимности, реторсиях, публичном порядке, соотношении норм Закона о МЧП и правил международных договоров. Уже упоминавшийся нами правовед-международник М.А. Плоткин предлагал внести еще и норму об “экстерриториальности действия советского (теперь уже российского) закона”, что в сложившихся в 20-е годы условиях всеобщего отказа от применения советского права

(даже при наличии отсылки к нему) было в высшей степени оправдано. В современных условиях вокруг проблемы экстерриториального действия национального законодательства идут жесткие дискуссии. Особенно показателен здесь опыт США, считающих экстерриториальность ключевым принципом правового регулирования, имеющим своей целью расширение пространственной сферы действия внутренних нормативных актов США. Мы считаем, что включение общей нормы об экстерриториальном действии российского права в целом в Закон о МЧП недопустимо ввиду противоречия данной нормы основным принципам международного публичного права о суверенитете государств и невмешательстве во внутренние дела. Отметим также, что в самих США большая часть норм об экстерриториальном действии американского права находится в составе отраслевого законодательства (в основном — экспортного), а не в Своде законов о конфликте законов и Своде законов о праве международных отношений;

2) в особенной части — коллизионные нормы внутреннего происхождения.

Включение же в Закон о МЧП внутренних материально-правовых норм, предназначенных для регулирования гражданско-правовых, семейных и трудовых отношений с иностранным элементом, едва ли оправдано в силу большего объема таких норм и их постоянного изменения, что не может способствовать установлению стабильности Закона о МЧП, с одной стороны, с другой стороны включение в Закон о МЧП указанных внутренних материально-правовых норм пойдет вразрез с мировой и отечественной практикой материально-правового регулирования отношений с иностранным элементом путем издания отдельных актов (см., например Закон РСФСР об иностранных инвестициях в РСФСР от 04.07.1991 г., Кодекс Международной Торговли ЧССР, Закон о международных хозяйственных договорах КНР, Инвестиционные Кодексы и законы о передаче технологий ряда развивающихся стран и пр.).

При рассмотрении вопроса о предмете Закона о МЧП необходимо также учесть критику самой идеи систематизации норм МЧП в едином источнике. Один из критиков идеи какой-либо систематизации — В.А. Гридин утверждает, что практически невозможно в одном законодательном акте объединить все действующие коллизионные нормы, и что за рамками такого акта неизбежно останется определенное число таких норм “специального” назначения. Например, коллизионные нормы в области торгового мореплавания, кредитно-расчетных отношений.

Действительно, объединить абсолютно все действующие в

стране коллизионные нормы в едином акте если не теоретически, то практически невозможно. Да и стоит ли к этому стремиться? Пожалуй, нет. Основная цель подобного акта — объединить коллизионные нормы, имеющие наибольшее значение, а также нормы так называемой “общей” части МЧП, оставив отраслевому законодательству регулировать специальные отношения.

Метод систематизации

До этого момента мы намеренно пытались избежать употребления термина “кодификация” норм МЧП, применяя вместо него термин “систематизация”, имеющий, как это известно, более широкое значение. Систематизация подразумевает упорядочение нормативных актов в целях обеспечения удобства пользования ими на практике. Теория права различает три основных вида систематизации: инкорпорация, консолидация и кодификация.

Из приведенных выше трех видов кодификация представляет собой наиболее сложную и совершенную форму систематизации, направленную на коренную — как внешнюю, так и внутреннюю — переработку действующего законодательства. Формами кодификации являются основы, кодексы, уставы, положения и т.п. Независимо от названия все они представляют собой органические законы, в которых объединены различные правовые нормы, институты, регламентирующие отношения в рамках определенной правовой отрасли.

Консолидация же является специфическим видом систематизации законодательства. Ее цель — устранение множественности нормативных актов, их унификация и создание в структуре законодательства крупных однородных блоков (но не отдельных актов!). Консолидация выступает в качестве важнейшего звена между правотворчеством и кодификацией.

В.И. Кисель (см. Кисель В.И. Правовая реформа в СССР и некоторые аспекты Международного Частного Права // М.: Советское Государство и Право, 1990. — № 1. — С. 98—105) также отмечает, что кодификация норм международного частного права возможна следующими тремя путями:

- 1) в различных разделах общего материально-правового акта (например — Франция);
- 2) в отдельных разделах отраслевых законодательных актов (например, разделы гражданских и семейных кодексов — Греция, Испания, Португалия, Аргентина, СССР). По этому же пути идут авторы Проекта;
- 3) в едином специализированном законе (Венгрия, ФРГ, Польша, Чехия, Югославия, Швейцария, Турция).

За исключением того, что термин “кодификация” применим

лишь к третьему пункту перечня, позиция В.И. Киселя представляется правильной.

Необходимо заметить, что консолидация норм МЧП в отдельных разделах отраслевых законодательных актов в странах континентальной Европы рассматривается как переходный этап к качественно более высокому уровню — кодификационному акту. Такова, например, позиция профессора Альфреда фон Овербека (Alfred E. von Overbeck).

В плане выбора пути систематизации представляет интерес опыт ГДР, где долгое время действовало Германское Гражданское Уложение 1896 г. с соответствующими изменениями и поправками. Когда обсуждалась возможность кодификации норм гражданского и семейного права встал вопрос о судьбе коллизионных норм. Часть разработчиков предложила следовать традиции и включить в Гражданский и Семейный кодексы соответствующие разделы. Другие предлагали разработать самостоятельный акт. При подготовке Семейного кодекса учли первое предложение. Однако в дальнейшем после обработки опыта этой кодификации, на основе более глубокого изучения тенденций развития МЧП и его национальных кодификаций пошли по второму пути, включив в кодификационный акт коллизионные нормы гражданских, семейных и трудовых отношений.

Советская и российская правовая мысль на протяжении всего времени обсуждения вопроса о систематизации норм МЧП также склонялась к принятию единого кодификационного акта. Ярким сторонником этого подхода является О.Н. Садилов. В пользу проведения кодификации норм МЧП, заключающейся, как уже было указано, в коренной переработке действующего законодательства, свидетельствует и процесс усложнения структуры самой коллизионной нормы. По мнению профессора О.Н. Садилова, появление третьего элемента в структуре коллизионной нормы — гипотезы, обусловило появление так называемых дополнительных, или субсидиарных коллизионных норм (16, с. 205—219). “Усложнение в новейших источниках системы коллизионных норм проявляется также и в том, что для многих гражданско-правовых институтов предусматривается главная (основная) коллизионная привязка, а затем формулируются специальные (дополнительные) коллизионные привязки, применяемые для решения конкретных вопросов, которые могут возникать в рамках данного института... Примером является использование общей и специальной коллизионных привязок для определения сферы действия обязательного статута” (16, с. 211).

Сложно отрицать и необходимость в современных условиях подробного коллизионного регулирования новых правовых ин-

ституты (прежде всего многочисленные разновидности подряда — геологоразведочные работы, проектирование, монтаж, а также различные формы передачи технологий — лицензионное соглашение, франшизное соглашение, традиционное соглашение на право использования товарного знака и т.д.).

Указанные проблемы практически невозможно решить простой консолидацией норм МЧП. Коренное, качественно новое переосмысление действующего законодательства, его не только внешняя, но и внутренняя переработка возможны только в отдельном кодификационном акте, который, кстати, даже по своему объему значительно превысит те сорок статей, вошедших на сегодняшний день в текст Проекта.

К сожалению, при решении вопроса о методе систематизации разработчики Проекта не учитывают ни достижений российской и зарубежной юридической мысли, ни опыта новейших кодификаций норм МЧП, ни современного уровня развития МЧП, следуя по пути Основ Гражданского Законодательства Союза ССР и Республик 1991 г. Соответственно, в случае принятия Проекта в настоящей редакции можно будет констатировать, что задача кодификации российского законодательства о МЧП остается нерешенной. Таким образом и вопрос о создании российской системы международного частного права остается открытым: Проект являет собой лишь очередной шаг в этой области.

Некоторые вопросы общей части Проекта

Как уже отмечалось выше, возникает необходимость в урегулировании самого применения иностранного права. Проблемы квалификации, обратной отсылки и отсылки к третьему и последующим правопорядкам, взаимности, реторсий, публичного порядка, обхода закона прежде всего требуют законодательного разрешения. Это признается и практикой систематизации норм МЧП. Уже кодекс Бустаманте 1928 г. (5), хотя он и не является национальной кодификацией норм МЧП, все же содержит во вступительном разделе некоторые нормы, касающиеся квалификации (ст. 6 кодекса Бустаманте), международного публичного порядка — т.е. норм, одинаково обязывающих всех, находящихся на территории данного государства (ст. 8 кодекса Бустаманте). Однако некорректно будет умолчать, что часть рассматриваемых нами норм находятся и в других частях кодекса Бустаманте. Например, норма о квалификации и классификации имущества (ст. 113 кодекса Бустаманте).

Первый раздел системы коллизионного права М.А. Плоткина включает нормы о пределах экстерриториального действия советского права, принятия обратной ссылки, публичном порядке.

Учитывая же доктрину и опыт современных иностранных кодификаций (общая часть Закона о МЧП Венгрии, СФРЮ, и пр.), авторы Проекта включили рассматриваемые нами нормы в отдельную главу.

Раздел 1 Проблемы квалификации (ст. 1224 Проекта).

Вопросы квалификации традиционно считаются одними из наиболее сложных как в теории, так и в практике МЧП. В своих работах Л.А. Лунц указывает, что “применение коллизионной нормы требует надлежащего разрешения вопроса о порядке ее толкования” (Лунц Л.А. К вопросу о “квалификации” в Международном Частном Праве // М.: Советский ежегодник международного права за 1979 год. — 1980. — С. 212—220). Анализ действующих ныне Основ обнаруживает практически полный пробел по вопросу о квалификации (исключение составляет ст. 165 Основ, устанавливающая, что место совершения сделки определяется по советскому праву). Отдельной статьи, посвященной квалификации, в Основах нет. Решение вопроса квалификации и стало одной из первоочередных задач авторов Проекта.

Как известно, “объем” коллизионной нормы и ее “привязка” обозначаются терминами и соответствующими понятиями, далеко не всегда совпадающими в различных правовых системах (даже в рамках одной правовой семьи можно наблюдать различное, а иногда и прямо противоположное понимание того или иного термина. Так, облигации корпораций, не имеющие какого-либо конкретного обеспечения, носят в США название *debentures*. В Великобритании значение этого слова прямо противоположное: облигации с обеспечением. Соответственно проблему квалификации можно разделить на две части — квалификацию понятий “объема” и квалификацию понятий “привязки”.

Что касается квалификации понятий, содержащихся в “привязке” коллизионной нормы, то этот вопрос можно считать решенным: необходима квалификация по закону суда. Данная концепция давно получила подтверждение в отечественной доктрине.

Сложнее дело обстоит с квалификацией понятий, содержащихся в “объеме” коллизионной нормы. Самым простым вариантом решения проблемы и здесь будет квалификация по закону суда (именно по этому пути пошли авторы Проекта). Эта теория также господствует в литературе и судебной практике на Западе.

Однако данная теория имеет многочисленных противников как в России, так и за рубежом: М. Вольф (квалификация по *lex causae*), Э. Рабель (теория автономной квалификации) резко выступали против квалификации по закону суда. Можно также констатировать, что подавляющее большинство советских юристов склонны к автономной квалификации понятий “объема”

коллизии нормы. Однако трудно представить, как на практике суд или арбитраж будут квалифицировать понятия “объема” путем обобщения цивилистических понятий различных правовых систем. На Западе справедливо отмечается, что нельзя требовать от суда знания и применения методов сравнительного правоведения.

Возможно, исходя из соображений практики, правы авторы Проекта, применившие, с одной стороны, привычный и наиболее удобный способ квалификации по *lex fori*, а с другой стороны, указав исключения из данного принципа (п. 2 ст. 1224 Проекта), которые позволят суду применять иностранное право в случае необходимости при отсутствии или несовпадении соответствующих понятий в российском праве, невозможности толкования этих понятий по российскому праву). Отметим, что подобный подход наблюдается и в Законе о МЧП Венгрии.

Все сказанное выше является лишь кратким изложением некоторых соображений автора, касающихся наиболее общих вопросов дальнейшего развития отечественной системы международного частного права. Подводя итоги, еще раз отметим предпочтительность принятия отдельного нормативно-правового акта, целиком посвященного регулированию системы МЧП, лишь с принятием которого действительно можно будет говорить о создании российской системы международного частного права.

Отметим также, что несмотря на то, что автор разделяет взгляды И.С. Перетерского, С.Б. Крылова и М.М. Богуславского, согласно которым в систему МЧП входят не только коллизионные и унифицированные нормы, но и внутренние материально-правовые нормы, регулирующие отношения с иностранным элементом, Закон о МЧП (либо любой иной источник, систематизирующий нормы МЧП) должен избежать включения указанных материально-правовых норм. Сфера его (Закона) действия — разрешение вопросов коллизии права. По мнению автора, в идеале российский Закон о МЧП должен содержать:

1) в общей части — нормы о сфере действия Закона, квалификации, применении права страны с множественностью правовых систем, установлении содержания иностранного права, взаимности, публичном порядке, общее правило о неприменении иностранного публичного права (в особенности — иностранных карательных законов и иностранного налогового законодательства), оговорку о возможности применения так называемых “сверхимперативных” норм (например, норм о национализации), обратной отсылке и отсылке к третьему и последующим правопорядкам, взаимности и реторсиях;

2) в особенной части — главы о лицах (физических и юриди-

ческих), о браке и разводе (включая нормы об определении происхождения, алиментных обязательствах, опеке и попечительстве), имуществах и способах приобретения собственности, об обязательствах и договорах, о наследовании.

Статья поступила в редакцию в сентябре 1998 г.

РОССИЙСКИЕ ВЛАСТИ, РОССИЙСКИЕ ИНВЕСТОРЫ, БЕРИТЕ ПРИМЕР!

В Англии продана национальная святыня британцев, гордость нации — стадион “Уэмбли”, с которым связано много знаменательных событий в истории английского футбола. В частности, именно на нем сборная Англии более двадцати лет назад стала чемпионом мира.

Стадион продан всего за \$172,2 млн. Купил его консорциум футбольной ассоциации Англии. В то же время американская компания SFX Entertainment предлагала за эту историческую реликвию в два с лишним раза больше — \$352 млн.

Акционеры компании, владевшей стадионом, мотивировали свой поступок тем, что эта спортивная арена “должна оставаться английской”. Сооруженная в 1923 году, она обветшала, и на ее восстановление потребуется \$ 380 млн, которые новый собственник собирается получить от всеанглийской лотереи.

А затем в 2006 году Англия хочет получить право на проведение чемпионата мира, открытие и финал которого состоятся, конечно, на обновленном “Уэмбли”. Кроме Англии за это право борются Бразилия, Германия, Гана, Египет, Марокко, Нигерия и ЮАР. В ходе предварительных переговоров англичане призвали ЮАР отказаться от борьбы за ЧМ — 2006 в пользу Англии, за что, по сообщению ИТАР-ТАСС, англичане поддержат ЮАР в проведении ЧМ — 2010, но южноафриканцы категорически отказались.