

# Международное частное право

## ОБ ИСТОЧНИКАХ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА (НЕКОТОРЫЕ ВОПРОСЫ ТЕОРИИ)

Л. П. Ануфриева\*

Исследование источников международного частного права (МЧП) относится к тем нестандартным научным вопросам, которые с чисто внешней стороны вроде бы не характеризуются "проблемностью". Этим, вероятно, объясняется тот факт, что разработка теоретических аспектов учения об источниках МЧП не была интенсивной. Мировая литература насчитывает немного публикаций, прямо посвященных исследованию этой проблемы. Весьма заметными среди них являются работы Г. Лаутерпахта, А. Эренцвейга, Х. Валладао, В. Кутикова, в отечественной юридической литературе – В.Н. Дурденевского<sup>1</sup>.

После статьи В.Н. Дурденевского 1956 года лишь некоторые аспекты этого вопроса подвергались освещению, хотя в настоящее время эта проблема приобретает, несомненно, практическое значение.

Ввиду недостаточной разработанности в целом специфических вопросов, относящихся к исследованию проблем источников международного частного права, доминирующую роль на современном этапе играют исходные начала общей теории государства и права.

Одним из значимых результатов исследований, проведенных отечественной наукой теории государства и права, выступает тезис о двойственности понятия "источники права", что определяет деление последних на источники права в объективном (материальном) смысле и источники права как формы выражения права.

Напомним, что теорией предлагались различные по степени комплексности варианты решения проблемы выбора между термина-

---

\* Кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Московской государственной юридической академии (сведения об авторе см. МЖМП. – 1994. – № 4. – С. 152.).

ми "источник права" и "форма права". Так, А.М. Васильев, исследуя систему категорий теории права с точки зрения методологических аспектов ее разработки, ввел сложносоставное понятие "форма (источник) права". Вместе с тем он писал: «Используя в наименовании данной категории слово "источник", мы не имеем в виду существо вопроса, а отдаем дань юридической традиции, сохранившейся в отраслевых юридических науках, которые используют этот термин для наименования того, что современная теория права выражает понятием "форма права"»<sup>2</sup>. Тем самым представленная точка зрения превращается, по существу, в позицию отказа от категории "источник права". Другие авторы, занимавшиеся исследованием рассматриваемого вопроса, не отказываясь в принципе от данного термина, вводят в "конкурирующее" с ним понятие дополнительные элементы. В частности, С.Л. Зивс вслед за Д.А. Керимовым, который внешней формой правовой нормы называет "выражение вовне внутренне организованного содержания ее", различает два элемента понятия источника права: первый – это внешняя форма (форма выражения) и второй – конститутивный элемент (придание норме качества правовой нормы)<sup>3</sup>.

В этом отношении в науке международного частного права практически во всех курсах, учебниках и пособиях, а также в отдельных монографических работах, затрагивающих так или иначе теоретические вопросы МЧП, широко распространен и сам рассматриваемый термин "источники", и понятие "источники международного частного права". Но нельзя не заметить, что проблема источников права излагается в большинстве публикаций не с теоретико-правовых позиций, а скорее фактологически. Например, в известном издании книги И.С. Перетерского и С.Б. Крылова "Международное частное право"<sup>4</sup> глава III "Источники международного частного права" начинается позитивным изложением вопроса об основных видах источников МЧП. Аналогичным образом построен соответствующий раздел и в одной из последних работ с участием Л.А. Лунца<sup>5</sup>. В новейшем издании – учебнике М.М. Богуславского – также содержится специальная глава "Источники международного частного права", которая начинается общим положением о том, что под источниками права имеют в виду формы, в которых выражена та или иная правовая норма. Затем указывается на особенности источников международного частного права, к которым автор относит: 1) международные договоры; 2) внутреннее законодательство; 3) судебную и арбитражную практику; 4) обычаи<sup>6</sup>. В известной работе Л.А. Лунца, ставшей классическим трудом в отечественной науке МЧП, обширный и глубокий раздел посвящен источникам МЧП, причем начинается он с перечисления их видов<sup>7</sup>. Последнее крупное издание – "Междуна-

родное частное право: современные проблемы”, опубликованное в России в 1994 году, также обходит стороной теорию вопроса.

Аналогичная картина наблюдается и в зарубежных курсах МЧП. Весьма краток и фрагментарен параграф об источниках МЧП (точнее, о некоторых их видах) в известной монографии Л. Раапе ”Международное частное право”<sup>8</sup>. Вообще отсутствует анализ источников в английском курсе международного частного права Дж.Чешира и П. Норта<sup>9</sup>. Указанное характерно в ряде случаев и для крупных исследований в области теории международного частного права в восточноевропейских странах. Так, фундаментальный труд венгерских ученых Ф. Мадла и Л. Векаша также не содержит постановки проблемы источников МЧП в теоретическом аспекте<sup>10</sup>.

В учебном пособии под общей редакцией Г.К. Матвеева<sup>11</sup> многие аспекты проблемы (например, место национального закона и международного договора в ряду источников МЧП, специфический характер источников МЧП, юридическая природа унифицированных норм и др.) исследованы нетрадиционно, с серьезной глубиной анализа. В то же время некоторые основы теории источников международного частного права остались неисследованными. Что же касается специальных работ по отдельным видам источников, то они достаточно редки<sup>12</sup>.

Таким образом, даже беглый обзор публикаций показывает, что в разработке в отечественной науке МЧП учения об источниках нет системности, комплексности, преемственности исследований, увязки их с достижениями других правовых наук. Подобный пробел отрицательно сказывается не только на развитии теории международного частного права. Весьма негативно он отражается на практической стороне дела при решении соответствующих вопросов международного сотрудничества, проявляясь, в частности, в области применения компетентными органами (национальными или зарубежными судами и арбитражами) российских или иностранных правовых норм в ситуациях выбора подлежащего применению права. Известные затруднения, кроме того, создаются и при изучении дисциплины международного частного права в рамках вузовских и иных учебных программ.

Анализ соответствующей юридической литературы показывает существенные различия во взглядах авторов даже в трактовке самого термина ”источник” в понятии ”источник права”: одни подразумевают под источником права силу, придающую нормативным актам общеобязательный характер (А.Ф. Шибанов, Н.Н. Разумович); другие – то, что уже создано, действует и реально осязаемо (В.И. Смолярчук); третьими источник права понимается как ”объективированный в документальном виде акт правотворчества”, являющийся

”формой юридически официального бытия, существования” соответствующих юридических норм (С.С. Алексеев)<sup>13</sup>.

Французский исследователь Р. Давид, характеризуя в свое время доктрину источников права в СССР, указывает, что она только во вторую очередь называет источниками права ”те технические приемы, с помощью которых в данной стране и в данный период создают или уточняют юридические нормы”<sup>14</sup>. А чешский ученый З. Кучера, рассматривая источники чехо-словацкого международного частного права, подчеркивает гносеологический момент в содержании анализируемого понятия: «Термин ”источники права” применяется здесь, – отмечает он, – в смысле источника познания юридических правил, правовых форм, в которых содержится право и которые служат познанию содержания и текста юридических правил»<sup>15</sup>.

Теоретики права отмечают, что формирование права, правообразование начинается в сфере материальных отношений собственности. Завершается же сложный процесс правообразования формированием соответствующих юридических норм посредством государственной деятельности<sup>16</sup>, результатом которой являются акты правотворчества.

Источники права выступают, таким образом, и как *носители юридических норм*, и как *формы выражения объективного права*. Вместе с тем еще довоенная наука общей теории государства и права в лице видных ее представителей определяла источники права как *способы закрепления правил поведения*, которым государство придает правовую силу<sup>17</sup>. Однако данными характеристиками не исчерпывается содержание рассматриваемого понятия. Еще один его элемент – *властная обеспеченность формы выражения права*, то есть государственно-правовые гарантии применения и соблюдения данного акта правотворчества. Таковы, как представляется, три элемента, конституирующих понятие ”источник права”.

В работах по международному частному праву – как отечественных, так и зарубежных – принято деление источников на две категории: ”внутренние”, или национально-правовые (конституционные акты, законы, подзаконные акты, обычное право, судебная практика), и ”внешние” (международный договор и международный обычай, международная судебная практика)<sup>18</sup>. Однако с отрицанием в последние годы в доктрине МЧП качеств источника у международного договора<sup>19</sup> (следовательно, и международного обычая) тезис о ”двойственности” источников международного частного права теряет, как может показаться, свою основу.

В этой связи необходимо заметить, что, по существу, различия в источниках права (международного частного права) обусловлены своеобразием генезиса правовых норм. Однако коренное различие

состоит в механизме создания и формирования модели поведения на этапе ее существования еще в качестве "преднормы". Как результат – не одинаковы в каждом конкретном случае те процессы, в ходе которых складывается то или иное правило поведения в правовую норму: повторяющееся, молчаливое признание со стороны государства правила поведения как юридически обязательного (обычай) – в одном случае, согласование в определенных отношениях своей воли с волей других государств (международный договор) – в другом, или независимое, суверенное волеизъявление государства (издание закона, нормативного акта и т.д.). На завершающей же стадии все правовые нормы, действующие в пределах национальной юрисдикции данного государства, должны быть как бы "пропущены" через государственную волю, то есть установлены или санкционированы им.

Таким образом, для источников права (международного частного права особенно) характерно, с одной стороны, разграничение, а с другой – сочетание формы права как внешнего его выражения (внутригосударственного закона, международного договора и пр.) и способа придания государством данному правилу поведения юридической силы. Тем самым третий элемент понятия "источник права" – властная обеспеченность соблюдения (о чем говорилось выше) – едва ли не более всего проявляется именно в источниках международного частного права.

Последовательный анализ национального закона, международного договора и обычая, а также судебного прецедента позволяет установить, что каждый из них обладает всеми поименованными элементами.

В развитие этого положения уточним некоторые устоявшиеся "клише" в части учения об источниках права, в том числе и МЧП. Так, явной корректировки требует утверждение "судебная практика – источник МЧП". Правильнее говорить о таком источнике МЧП соответствующих стран, как судебный прецедент, а не именовать источником права судебную практику вообще, как это сейчас имеет место в литературе. Источником права в собственном значении, то есть в юридическом смысле, следует считать судебный прецедент как конкретную форму выражения права, получающую надлежащее одобрение со стороны государства и обеспеченную гарантиями соблюдения. Бесспорно, что совокупность признаков источников права – ранее сформулированные три элемента – присущ не судебной практике, а именно конкретному, индивидуализированному прецеденту.

Устоявшееся выражение "судебная практика – источник права" если и может быть принято, то как условная формула объединения

двух юридических понятий – источника права в объективном смысле и источника права в формальном значении. Проникновение и вхождение его в правовой обиход должны, думается, связываться прежде всего с континентальной доктриной. Недаром концепции разделения источников международного частного права на виды, выдвинутые старейшими французскими авторами, характеризуются столь большим разнообразием, достигаемым, между прочим, именно благодаря смешению и неразграничению источников права в формальном и объективном смысле<sup>20</sup>.

Для англосаксонской системы права утверждение "судебная практика – источник права" по самой своей сути представляется противостественным: в этом случае лишается смысла собственно доктрина прецедента "общего права" *stare decisis*. Кроме того, если принять за истину, что источником права является судебная практика, то – применительно опять-таки к англо-американскому прецедентному праву – было бы лишено оснований существующее здесь различие между судебными решениями, имеющими либо "убеждающее", либо "связывающее" действие, между прецедентами *propter vires* и просто судебными решениями. Наконец, беспочвенной была бы также и теория единой юрисдикции, действующей в США<sup>21</sup>, поскольку вся судебная практика должна якобы составлять источник права.

При рассмотрении вопроса нельзя обойтись без анализа работ отечественных авторитетов. Авторы коллективного труда "Судебная практика в советской правовой системе" однозначно определяют судебную практику как итог судебной деятельности, "результаты толкования норм права в процессе их применения судом при разрешении конкретных дел"<sup>22</sup>. Несмотря на то что это суждение вынесено на базе анализа советской судебной практики, оно верно отражает суть судебной практики вообще. Подчеркнем: именно судебной практики, но не судебного решения, судебного прецедента. В силу этого естественно, что понимаемая таким образом судебная практика не может быть квалифицирована как источник права, поскольку судебная практика есть правоприменение, результат (точнее, совокупность результатов) толкования норм, между тем как источник права – это результат правотворчества. Таковым, следовательно, может быть (при определенных условиях, разумеется) только судебное решение – прецедент.

Правомерно ли, что прецедент не признается у нас в качестве источника права на том основании, что суд подчиняется только закону? Чем объяснить, что едва ли не единственным источником права, применяемым в свое время в правовой системе СССР, стали подзаконные акты при резком падении престижа и авторитета собствен-

но закона<sup>23</sup>, а ныне при лавинообразном росте актов правотворчества в форме закона цели правового регулирования в значительной степени так и не достигаются? Неудивительно, что в результате права Российской Федерации лишается целого пласта, состоящего из элементов права, "которые можно отнести к исторически накопленным ценностям социальной и правовой культуры"<sup>24</sup>.

Сегодня многое в представлениях о том, как можно исправить такое положение, связывается с принятием нового Гражданского кодекса РФ, поскольку реформа и сам проект направлены на создание системы гражданского законодательства и системы подзаконных нормативных актов, касающихся гражданско-правового регулирования общественных отношений<sup>25</sup>. Однако ни проект ГК, ни готовящиеся проекты других национальных актов в области регулирования хозяйственного оборота, в том числе и внешнеэкономического (например, проект Закона РФ о внешнеэкономической деятельности, подготовленный Министерством внешних экономических связей), к сожалению, не легитимируют судебный прецедент в качестве источника права, как это, скажем, произошло с обычаем (по терминологии проекта Гражданского кодекса – "обычаями делового оборота").

Вместе с тем общеизвестно, что практика правоприменительных органов (судов и арбитражей) непосредственно воздействует на состояние развития или изменения права. Примеров тому немало. Хрестоматийна история создания статьи 126 Основ гражданского законодательства Союза ССР 1961 года, которая закрепила коллизионную норму о подчинении прав и обязанностей сторон по внешнеэкономической сделке закону места ее совершения. Практика органа международного коммерческого арбитража того времени (ВТАК при ТПП СССР) при решении дел последовательно применяла критерий *loci contractus*. "Основы, – пишет об этом Л.А. Лунц, – только подвели итог тому, что применялось ВТАК в течение ряда десятилетий"<sup>26</sup>. Другой пример. Согласно статье 2 Правил Арбитражной комиссии (в последующем именуемой "Арбитражный суд") при Торговой палате Румынии комиссия вправе решать споры имущественного характера, вытекающие из внешнеэкономических операций. В арбитражной практике этого органа постепенно сложилось расширительное толкование легального понятия "внешнеторговая операция", трактуемого не только в смысле собственно внешнеэкономических операций, но и включающего операции экономического и научно-технического сотрудничества. В дальнейшем такая практика получила закрепление в Законе № 1/1971 о деятельности в области международного экономического сотрудничества (ст. 3)<sup>27</sup>.

Далее. В национальном законодательстве восточноевропейских стран далеко не все договоры по вопросам международного эконо-

мического и научно-технического сотрудничества урегулированы как отдельные виды или урегулированы исчерпывающе. Кроме того, часто заключаются сложные гражданско-правовые договоры, содержащие ряд простых типов (так, комплектная поставка включает договоры купли-продажи, подряда, найма имущества, перевозки, страхования и т.д.). Однако единство цели сложного договора требует подчинения всех спорных вопросов, вытекающих из различных договорных положений, единому арбитражному процессу, основанному на общем применимом к договору праве, с тем чтобы избежать вынесения по отдельным спорам противоречивых решений.

Именно в таком смысле высказывалась Арбитражная комиссия Торговой палаты Румынии, вынося решение № 28 от 9 сентября 1970 г. по делу № 547/1969<sup>28</sup>. Впоследствии такой целостный подход стал общепринятым в практике международного коммерческого арбитража, хотя соответствующие предписания национального законодательства имелись не во всех странах\*.

Развитие правового регулирования соответствующих отношений в конкретной стране может быть обусловлено влиянием тенденций, имеющих в арбитражной или судебной практике другого государства или ряда государств. В частности, для регламентации современных отношений по внешнеэкономическим связям в известной их части характерно использование наряду с общими коллизионными нормами специальных коллизионных привязок, способствующих отысканию обязательственного статута – *lex causae*, если отсутствует волеизъявление сторон в отношении применимого к договору права. В нынешней редакции Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик (1991 г.) содержится целая совокупность таких коллизионных принципов, основанных на критерии наиболее характерного предоставления применительно к обязательству.

Между тем одно-два десятилетия назад подобный подход был присущ арбитражной практике некоторых государств. В частности, решения Арбитражного суда Болгарской Торгово-промышленной палаты (АС БТПП) с конца 60-х годов исходили из принципа прикрепления договора к закону того из контрагентов, который предоставляет наиболее характерное исполнение: закон продавца – к договору купли-продажи, поставки; закон экспедитора – к договору экспедиции; закон подрядчика – к договору подряда и т.д. В то же время использовался и закон места предоставления характерного исполнения. Так, в одном из решений АС БТПП недвусмысленно указал: "В соответствии с болгарским международным частным правом и

---

\* Такая норма содержится в Законе ЧССР о международном частном праве и процессе 1963 года.



согласно постоянной арбитражной практике Арбитражного суда в случае двусторонних обязательств материальное право государства, в котором имеет место исполнение ведущего обязательства, должно рассматриваться в качестве основного, т.е. как характерное для обязательственного отношения"<sup>29</sup>.

Следует подчеркнуть, что существенно возрастает роль арбитражной и судебной практики при наличии пробелов в национальном законодательстве или появлении принципиально новых, не регулируемых правом, отношений. Скажем, в законодательстве России (как и Болгарии, Польши, Чехии, Словакии) не содержится каких-либо указаний относительно понятия косвенных убытков. Как же решить вопрос о разграничении прямых и косвенных убытков? Можно ли подвести под понятие косвенных убытков ответственность производителя за ущерб, причиненный товаром (product liability)? Какая коллизионная привязка применяется при product liability? Ответы на эти вопросы могут дать только судебные и арбитражные решения по конкретным делам, опирающиеся в значительной мере на общие нормы обязательственного права и доктрину. Нетрудно предположить, что в случае разработки специальных норм для указанного вида отношений их основу составят соответствующие решения арбитражных и судебных органов данных стран.

Аналогичный вывод можно сделать и применительно к вопросу о характере регулирования порядка подписания внешнеэкономических сделок в Российской Федерации. Несмотря на то что Постановление СМ СССР от 14 февраля 1978 г., установившее особый порядок подписания внешнеторговых сделок, не отменено, его предписания утратили свою императивность. На это указывает текущая практика рассмотрения дел международными коммерческими арбитражами и судебными органами, в которой решения о признании сделки ничтожной по основаниям нарушения порядка подписания контракта (отсутствия второй подписи как преимущественного основания) уже не имеют места, кроме как в особых случаях, то есть когда такой порядок требуется учредительными документами российских участников внешнеэкономических сделок<sup>30</sup>.

С учетом изложенного нельзя не поставить вопрос: если решения, к которым приходит практика правоприменительных органов в результате рассмотрения конкретных спорных отношений (например, практика международного коммерческого арбитража) могут быть косвенным – отражаемым в законе – источником права для соответствующего государства или государств, то в силу каких причин они не могут служить прямым, непосредственным источником?

Можно с уверенностью констатировать, что вследствие интенсификации внешнеэкономических обменов между российскими и за-

рубежными физическими и юридическими лицами, растущей вовлеченности России в мировое хозяйство практика рассмотрения споров, вытекающих из отношений, регулируемых международным частным правом, будет давать все больше оснований для кристаллизации и укрепления такой формы внутригосударственного права, как судебный прецедент.

Для этого имеются предпосылки и объективного характера. Во-первых, невозможно предусмотреть в так называемом "писаном праве" все разнообразные жизненные ситуации, которые, тем не менее, должны быть обеспечены надлежащими юридическими решениями, отражаемыми в нормах права. Во-вторых, экономические потребности международного хозяйственного оборота настоятельно подталкивают к определенной устойчивости правового регулирования. Между первым и вторым всегда существует известный разрыв, однако он не должен превышать допустимого предела, чтобы не превратить право в тормоз развития экономики. Судебный прецедент представляется в этом плане тем средством, которое могло бы способствовать созданию и удержанию необходимого равновесия в системе правового регулирования базисных отношений.

Значение накопленного судебной и арбитражной практикой опыта единообразного применения правовых норм отмечается в правовой литературе<sup>31</sup>. Освещена, например, особая роль руководящих разъяснений Пленума Верховного Суда бывшего СССР, обязательных, как известно, для судов, других органов и должностных лиц, применяющих закон, по которому дано разъяснение. В рамках отечественной правовой системы существует правило: "Суд не создает нормы права, а только толкует ее". Если же применение нормы различными органами не было единообразным, а разъяснение ее Верховным Судом стало обязательным, то тем самым достигнуто однозначное правовое решение, создан тот единственный образец правовой модели поведения, который ранее данной нормой не обеспечивался. Следовательно, толкование привело к иному положению субъектов правоотношения.

В работах, специально исследовавших компетенцию высших судебных органов нашего государства в области разъяснения законодательства, можно встретить довольно радикальные по их глубинному содержанию мнения: "Аккумулируя разнообразный опыт судебной и иной правоприменительной практики... праворазъяснение поддерживает единство (целостность) общегосударственной правовой системы... Причем широкомасштабное формирующее воздействие высших судов... представляет значительно более тонкий и эффективный регулирующий инструмент, чем традиционная унификация законодательства в различных ее видах"<sup>32</sup>. По существу, это хотя и не явное,

но признание того, что институт праворазъяснения далеко не пассивное средство осуществления правосудия в рамках государственно-правовых структур.

Если в результате издания руководящих разъяснений по вопросам применения законодательства судами, обязательных для всех правоприменяющих инстанций, правило поведения получает новую трактовку, то фактически речь идет об изменении его содержания. Старая по форме норма стала новой по содержанию.

Этот вопрос широко и многократно обсуждался в юридической литературе<sup>33</sup>. Некоторые авторы вообще не считали руководящие разъяснения Пленума Верховного Суда судебной практикой на том основании, что они носили общий характер и раскрывали смысл общего правила, не являясь решениями по конкретным делам. В то же время, согласно одной из точек зрения, разъяснения Пленума Верховного Суда относятся к категории подзаконных актов, являются источником права<sup>34</sup>.

Ведущие теоретики права и цивилисты весьма четко сформулировали свою позицию в этом вопросе: "С отрицанием за руководящими разъяснениями Пленума Верховного Суда СССР характера определенных правовых положений, выработанных в процессе применения закона, согласиться нельзя. В подавляющем большинстве случаев руководящие разъяснения содержат обобщенное выражение устоявшейся практики применения законодательства либо назревшие потребности такой практики... обобщение, которое воспринимается, как правило (выделено мною. — Л.А.), для разрешения конкретных дел. Такие разъяснения тоже входят в судебную практику"<sup>35</sup>. Однако, отрицая за судебной практикой свойство быть дополнительным к закону источником права, коллектив авторов процитированного труда не во всем последователен: "Чем более общий характер имеет норма права, тем больший круг отношений она охватывает, но для того, чтобы выполнить поставленную законодателем задачу, норма должна быть опосредована другими нормами (курсив мой. — Л.А.), являющимися также общими правилами, но более детализированного порядка. *Лишь в этом случае* (курсив мой. — Л.А.) закон в сочетании с конкретизированными на его основе правилами выполняет свою служебную роль — регулирует охватываемые им общественные отношения"<sup>36</sup>. Далее указываются два способа конкретизации: издание подзаконных актов и выработка конкретизирующих правовых положений судебной практикой<sup>37</sup>.

Выделенное нами свидетельствует о расхождении общей концепции авторов с отдельными частями ее аргументации. Если норма права нуждается в конкретизации и лишь в сочетании с ней выполняет свою служебную роль, очевидно, что именно это дополнение и опре-

деляет норму права с точки зрения качества. Если необходимый уровень конкретизации достигается выработкой соответствующих положений судебной практикой, к тому же дополняющей издание подзаконных актов, то как можно отрицать в целом возможность признания судебной практики (судебных решений) дополнительным по отношению к закону источником права?

Негативное следствие формального (точнее, декларативного) непризнания судебного прецедента в качестве источника права – тот факт, что одно и то же правовое положение могло составить основу для противоположных подходов в процессе праворазъяснения. Так, в Постановлении Пленума Верховного Суда СССР от 23 октября 1963 г. "О судебной практике по искам о возмещении вреда" говорится: "Правила ст. 88–95 Основ гражданского законодательства не распространяются на случаи возмещения вреда, причиненного вследствие неисполнения обязательства, принятого ответчиком по договору или возникшего у него из других оснований, предусмотренных законом. В этих случаях ответственность за вред должна определяться или в соответствии с условиями договора, заключенного между сторонами (ст. 36–38 Основ), или же по правилам того закона, который регулирует данное правоотношение"<sup>38</sup>. А в постановлении от 5 апреля 1985 г. предусмотрено, что, если скрытые производственные недостатки проданной вещи выявились в ходе ее эксплуатации по истечении гарантийного срока, в результате чего личности или имуществу гражданина причинен вред, предприятие-изготовитель обязано его возместить на основании статьи 88 Основ гражданского законодательства<sup>39</sup>. Таким образом, вопрос об ответственности за ущерб, причиненный товаром, в первом случае решается на основе установления преимущественного значения договорной ответственности (с помощью устранения конкуренции исков), а во втором – на основе деликтной ответственности.

Еще более убедительны, как представляется, примеры, когда праворазъяснение конституирует норму и внешне, и по существу. В частности, сошлемся на Постановление № 8 от 23 февраля 1994 г. Пленума Высшего арбитражного суда РФ «О внесении изменений в Постановление Пленума Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 22 декабря 1992 г. № 23 "О некоторых вопросах применения арбитражными судами Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик на территории Российской Федерации"», касающееся действия Основ от 31 мая 1991 г. Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик, наряду с прочим, по-новому решали вопросы исковой давности. А именно: статья 43 установила, что исковая давность применяется судом, арбитражным судом или третейским судом только по заявлению стороны в споре. Если

суд, арбитражный суд или третейский суд признает уважительной причину пропуска срока исковой давности, нарушенное право подлежит защите. Другими словами, суд в ряде случаев может восстановить пропущенный срок в зависимости от квалификации им причины пропуска. Такова общая норма гражданского права. Упомянутое же постановление затрагивает некоторые специальные случаи действия сокращенных сроков исковой давности. Так, в нем устанавливается: "В соответствии со статьями 208 и 210 ГК РСФСР кредитор может предъявить иск к поручителю (гаранту) в течение 3 месяцев со дня наступления срока обязательства. С истечением этого срока прекращаются обязательства поручителя (гаранта) перед кредитором. Данный срок не может быть восстановлен арбитражным судом". Подчеркнем: в отличие от диспозитивного приведенного выше положения статьи 43 Основ это – категорическое, императивное предписание. Здесь нет места усмотрению суда ни в том, что касается констатации (есть причина пропуска исковой давности или нет), ни в том, что касается квалификации (уважительна эта причина или нет). И это, естественно, – принципиальное отличие от общей нормы, выраженной в статье 43 Основ.

Если же соотнести анализируемые положения Постановления Пленума ВАС РФ со статьями 208 и 210 ГК РСФСР, то и в данном случае имеются существенные различия в объеме содержания, поскольку Постановление 1994 года содержит новый элемент: срок не может быть восстановлен арбитражным судом. Таким образом, и текстуально, и по содержанию праворазъяснительное предписание шире толкуемой нормы, что означает новое ее качество, возникшее в результате толкования, то есть новое правоположение.

Таким образом, закономерен вывод из сказанного: необходимо признать де-юре то, что существует де-факто, поскольку функционирование отечественной судебной системы в рамках существовавших и существующих государственно-правовых структур убеждает в том, что по существу она формирует источники права.

---

<sup>1</sup> См. Дурденевский В.Н. Об источниках международного частного права после второй мировой войны//Вопросы международного частного права. – М., 1956.

<sup>2</sup> Васильев А.М. Правовые категории. Методологические аспекты разработки системы категорий теории права. – М., 1976. – С. 167.

<sup>3</sup> См. Керямов Д.А. Философские проблемы права. – М., 1972. – С. 226; Зивс С.Л. Источники права. – М., 1981. – С. 9.

<sup>4</sup> См. Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. Изд. 2-е. – М., 1959.

<sup>5</sup> См. Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. Международное частное право. – М., 1984.

<sup>6</sup> См. **Богуславский М.М.** Международное частное право. — М., 1994. — С. 47. Как видно из приведенного фрагмента, данная работа также не избежала в общем влиянии веяний за отказ от термина "источник права" в пользу термина "форма права".

<sup>7</sup> См. **Лунц Л.А.** Международное частное право. — М., 1970.

<sup>8</sup> См. **Раале Л.** Международное частное право. — М., 1960.

<sup>9</sup> См. **Чешер Дж., Норт П.** Международное частное право. — М., 1982.

<sup>10</sup> См. **Mádl F., Vékás L.** The Law of Conflicts and Foreign Trade. — Budapest. 1987. К сожалению, в одной из самых значительных последних публикаций по МЧП — коллективном труде российских ученых "Международное частное право. Современные проблемы" (М., 1994) — также не исследуются проблемы источников МЧП.

<sup>11</sup> См. **Международное частное право/Под общей ред. Г.К. Матвеева.** — Киев, 1985.

<sup>12</sup> См., например, **Зыкин И.С.** Обычаи и обыкновения в международной торговле. — М., 1983; **Минаков А.И.** Международный договор как источник международного частного права (вопросы теории)//Сов. ежегодник международного права. 1986. — М., 1987; **Бабаев М.Х.** Международный договор и источники международного частного права//Вестник Киевского университета. Международные отношения и международное право. — Вып. 13. — Киев, 1981.

<sup>13</sup> См. **Алексеев А.А.** Общая теория права. — Т. 1. — М., 1981. — С. 314, 317.

<sup>14</sup> **Давид Р.** Основные правовые системы современности. — М., 1988. — С. 192.

<sup>15</sup> **Кучера З.** Международное частное право в ЧССР//Bulletin de droit tchécoslovaque. — Prague, 1982. — № 1–2. P. 13–14.

<sup>16</sup> См. **Явич Л.С.** Общая теория права. — Л., 1976. — С. 112.

<sup>17</sup> См. **Голуцкий С.А., Строгович М.С.** Теория государства и права. — М., 1940. — С. 173.

<sup>18</sup> См., например, **Кутиков В.** Същность и источники на международно частно търговско право. Лекции за следдипломна специализация на юристи. — Том IV. — С., 1971; **его же.** Международно частно право на НР България. — София, 1976. — С. 105–126. Заметим, что этот вопрос является своеобразной проверкой на последовательность для многих исследователей. Как весьма точно подчеркивается в работе "Международное частное право", изданной в 1993 году, «концепцию "двойственности источников" разделяют даже те авторы, которые рассматривают международное частное право как элемент внутрисоветской системы права (например, Л.А. Лунц, Г.К. Матвеев, М.М. Богуславский и др.)» (см. **Международное частное право.** Учеб. пособие. — М., 1993. — С. 33).

<sup>19</sup> См. **Международное частное право.** Учебное пособие. — С. 33–36; **Бабаев М.Х.** Указ. соч. — С. 115–118.

<sup>20</sup> См. **Arminjon P.** Précis de droit international privé. — 3-e éd. — Tome 1. P., 1947; **Batiffol H.** Droit international privé. — 4-e éd. — P., 1967; **Niboyet L.P.** Traité de droit international privé français. — Vol. 1. — p., 1938.

<sup>21</sup> Подробнее см. **Мозолян В.Л., Фарсворт Е.А.** Договорное право в США и СССР. История и общие концепции. — М., 1988.

<sup>22</sup> **Судебная практика в советской правовой системе/Отв. ред. С.Н. Братусь.** — М., 1975. — С. 16.

<sup>23</sup> Эта тенденция не преодолена и сегодня. В этом отношении любопытна фразеология проекта Закона РФ о внешнеэкономической деятельности: "Внешнеэкономическая деятельность регулируется Конституцией Российской Феде-

рации, настоящим Законом и другими актами законодательства Российской Федерации...” (ст. 6) (*Interfax Business Law Review*. – 1994. – № 16. – 19 апр.).

<sup>24</sup> **Разумович Н.Н.** Источники и форма права//Сов. государство и право. – 1988. – № 3 – С. 20.

<sup>25</sup> См. *Interfas Business Law Review*. – 1994. – № 22. – 31 мая.

<sup>26</sup> **Луиц Л.А.** Курс международного частного права. Особенная часть. – М., 1975. – С. 189.

<sup>27</sup> См. *Bulletinul oficial (В.О.)*. – 1971. – No 33. – P. 1. Изменения и дополнения этого акта см. *В.О.* – 1983. – No 2. – P. 1.

<sup>28</sup> См. **Рукэряну И.** Арбитраж и договоры в области проектирования промышленных установок, поставок, монтажа. – М., 1972. – С. 8.

<sup>29</sup> *Droit international privé et public*. – Sofia-Press, 1978. – P. 43–44.

<sup>30</sup> См. **Богуславский М.М.** Указ. соч. – С. 206–207.

<sup>31</sup> См. **Луиц Л.А., Марышева Н.И., Садилов О.Н.** Указ. соч. – С. 36.

<sup>32</sup> **Авидова И.В.** Расширение компетенции Верховных судов союзных республик в области разъяснения законодательства//Сов. государство и право. – 1990. – № 3. – С. 61.

<sup>33</sup> См. об этом: **Вильнявский С.И.** Лекции по советскому гражданскому праву. – Харьков, 1958; **Иоффе О.С.** Советское гражданское право. – Л., 1958; **Новицкий И.Б.** Источники советского гражданского права. – М., 1959.

<sup>34</sup> См. **Вильнявский С.И.** Правовые и иные социальные нормы в период развернутого строительства коммунизма//Правоведение. – 1962. – № 4. – С. 21.

<sup>35</sup> **Судебная практика в советской правовой системе.** – С. 14.

<sup>36</sup> **Там же.** – С. 15.

<sup>37</sup> **Там же.** – С. 15–16.

<sup>38</sup> **Бюллетень Верховного Суда СССР.** – 1963. – № 6. – С. 14.

<sup>39</sup> **См. Бюллетень Верховного Суда СССР.** – 1985. – № 3. – С. 17.