

ВОПРОСЫ ТЕОРИИ

Соотношение международного права и международного частного права (Часть 1)

*Вельяминов Г.М.**

1. Краткий экскурс в доктрину

Обозначенная в заголовке проблема – одна из теоретически сложнейших и интереснейших. Соответственно она издавна вызывает неослабеваемое внимание правоведов. При этом ключ к проблеме – определение самого понятия международного частного права. Понятие это, к сожалению, неоднозначно. Литература по проблеме, как отмечает проф. М.М. Богуславский, – необозрима. Им же предпринята внушительная и увенчавшаяся успехом попытка представить в сжатом виде аналитический обзор современной отечественной и зарубежной доктрины международного частного права. Трудно что-либо добавить к этому обзору, проделанному живым классиком отечественной науки международного частного права, и остается лишь отослать к нему читателя¹.

Опираясь на доктрину, можно в кратком виде выделить несколько основных направлений в понимании рассматриваемой проблемы.

1. Внутринациональная атрибутивность международного частного права. Англо-американская доктрина, по сути, включает в международное частное право лишь национальное коллизионное право: правовое регулирование выбора права (conflict of laws), а также вопросы подсудности (conflict of jurisdiction) – и таким образом сводит т.н. меж-

* Вельяминов Георгий Михайлович – д.ю.н., профессор.

¹ См.: М.М. Богуславский в кн.: Международное частное право. Современные проблемы. Кн. 1. М., 1993. С. 212-230. Его же: Международное частное право. Изд. пятое. М., 2004. С. 27-31, 33-43, 50-72.

дународное частное право к процессуальной проблематике (М. Вольф, А. Дэйси, П. Норт, Дж. Чешир – Великобритания; Дж. Биль, Г. Гудрич – США и др.).

Французская доктрина (А. Батиффоль, П. Саватье и др.) включает в международное частное право национальные нормы о гражданстве и правовом положении иностранцев (заметим, что это формально нормы не частного, но публичного права), а также коллизионные и юрисдикционные правила (т.е. нормы процессуальные).

Германская доктрина (Г. Кегель, Л. Раапе, Т. Раушер, К. Сир, К. Шуринг и др.) относит к международному частному праву коллизионные и юрисдикционные процессуальные правила, а также регулирование международных «экспроприационных», валютных, картельных и т.п. (т.е. публичных) отношений.

В принципе современная правовая доктрина западных стран практически помещает т.н. международное частное право в правопорядок внутринационального права той или иной страны. В научной литературе нового времени эта концепция – разумеется, в самом общем виде и с определенными нюансами – разделяется и такими зарубежными учеными, как Х. Фон Бар, Ф. Кан, М. Келлер, П. Неухаус, А. Нусбаум, Р. Покар, Ф. Швинд, Э. Хамбро и др.

По существу, из принципиального подхода к трактовке международного частного права в качестве составной части внутринационального права исходит и отечественная цивилистическая школа международного частного права. Вслед за основоположниками этой школы И.С. Перетерским и Л.А. Лунцем такого взгляда придерживаются А.Б. Альтшулер, Л.П. Ануфриева, М.И. Брагинский, Н.Г. Вилкова, И.А. Грингольц, С.А. Гуреев, Г.К. Дмитриева, К.Ф. Егоров, В.П. Зевков, С.Н. Лебедев, А.Л. Маковский, Н.И. Марышева, Г.К. Матвеев, Н.В. Орлова, В.С. Поздняков, М.Г. Розенберг, А.А. Рубанов, О.Н. Садиков и др. Этого же подхода придерживается М.М. Богуславский, подчеркивающий, как и ряд других авторов, определяющее влияние международного фактора, в том числе основополагающих принципов международного публичного права, на развитие международного частного права. Из отечественных международников соглашались с отнесением международного частного права к внутринациональному И.И. Лукашук, Е.Т. Усенко, Г.М. Вельяминов.

Значение международного публичного права, его общепризнанных принципов и особенно международных договоров в качестве источ-

ников международного частного права подчеркивают в своих работах и многие зарубежные теоретики (У. Губер, П. Гугенхейм, Ф. Джесуп, Д. Житта, П. Манчини, Ф.К. Савиньи, Б. Уортли, Э. Цительман и др.).

2. Концепция международного частного права как составной части «большого» международного права в зарубежной доктрине (с известными теоретическими нюансами: О. Фон Бисмарк, Р. Квадри. Ж. Нибуайе, Ф. Суарес и др.) ныне рассматривается, скорее, как дань исторической традиции. В отечественной науке эта концепция, однако, сохраняет свои позиции. Ряд отечественных авторов (И.П. Блищенко, Л.Н. Галенская, С.А. Голунский, В.Э. Грабарь, Ф.И. Кожевников, С.В. Крылов, А.М. Ладыженский, С.А. Малинин, В.И. Менжинский, М.А. Плоткин, И.А. Разумов, М.С. Стргович) считают, что нормы международного частного права входят в состав международного права в широком смысле слова (подробнее об этом ниже).

3. Особняком стоят современные довольно востребованные на Западе теории транснационального права (Ф. Джессоп и др.), нормы которого сосуществуют якобы параллельно с нормами национального коллизионного права, нормами международного публичного права и в которое включаются все виды отношений, выходящих за пределы данного государства², а также теории *lex mercatoria* (К. Шмиттхофф, Б. Гольдман, П. Лалив, Ф. Кан, Л. Капельманас и др.). Главным изъяном этих теорий является, то, что до сих пор не удалось выделить некую общепризнанную достаточно однородную особую *систему* норм (транснациональных или *lex mercatoria*) за рамками внутринациональных или международной правовых систем.

Другой своего рода новаторской теорией служит понимание международного экономического права как объединяющего в себе все нормы международного публичного права, регулирующие международные торгово-экономические отношения, а также внутринациональные нормы, в том числе частного права (Ф. Ригго, В. Фикентшер, Г. Эрлер, Д. Карро, П. Жюйар и др.)³. При этом международное экономическое право рассматривается и как самостоятельная правовая система, параллельная международному публичному праву.

² См.: Jessup Ph. The Present State of Transnational Law. Amsterdam, 1973. P. 339.

³ См., в частности: W. Fikentscher. Wirtschaftarecht. München, 1963; Д. Карро, П. Жюйар. Международное экономическое право. Перевод с фр. М., 2002. См. также критику: Г.М. Вельяминов. Рецензия на кн. «Международное экономическое право» Д. Карро, П. Жюйар // Международное публичное и частное право. 2002, № 3. С. 59-61.

Фактически все подобные теории остаются пока лишь доктринальными, не находя какого-либо правонормативного воплощения как в рамках системы международного права, так и в национальных правовых системах, а посему ограничимся их упоминанием, не вдаваясь в их анализ, представляющий собой особую тему⁴.

4. Наконец, в литературе была выдвинута и особая точка зрения, которую можно определить в как своего рода плюралистическую (А.Н. Макаров, Р.А. Мюллерсон, В.В. Гаврилов). Международное частное право, согласно этой точке зрения, не входит ни в международное публичное, ни во внутреннее право, но представляет собой некий полисистемный комплекс правовых норм как из национально-го, так и международного права, причем эти нормы одновременно сохраняются и в правовых национальных системах, и в международном публичном праве.

В системном отношении, однако, такой подход отнюдь не выглядит теоретически безупречным. Если применяем, например, статью 47 ГК РФ о регистрации брака между гражданами России, – это гражданское право РФ, а если брак заключается с иностранцем, эта же статья – уже из «полисистемы» международного частного права? Образно говоря, в первом случае считаем, что говорим прозой, а во втором случае эту прозу считаем уже стихами.

* * *

Из довольно беглого обзора доктрины уже можно, казалось бы, сделать вывод: *господствующая* на сегодня доктрина исходит из того, что международное частное право есть составная часть национальной правовой системы того или иного государства, и, согласившись с мнением профессора А.А. Рубанова, что проблема соотношения международного права и международного частного права – это просто частный случай проблемы соотношения международного и внутригосударственного права⁵, на этом и закончить рассмотрение вопроса. Однако, хотя международное частное право *prima facie*, по мнению большинства, – отнюдь не «международное», термин этот настолько укоренился и в доктрине, и в законодательстве и настолько сам этот феномен продол-

⁴См.: И.С. Зыкин. *Внешнеэкономические операции: право и практика*. М., 1994. С. 212-231; Н.Г. Вилкова. *Договорное право в международном обороте*. М., 2002. С. 53, 254-262, 267-273; Г.М. Вельяминов. *Международное экономическое право и процесс* (Академический курс). М., 2004. С. 39-41, 289-292, 297.

⁵См.: Рубанов А.А. *Теоретические основы взаимодействия национальных правовых систем*. М., 1964. С. 80.

жает будоражить умы правоведов, что представляется оправданным подвергнуть анализу это явление, что называется, *ab ovo*, с самого начала, оперируя при анализе основными исходными постулатами: что есть право вообще; что такое право в объективном и субъективном смысле; различие публичного и частного права; понятие системы права; что такое международное публичное и международное частное право и, наконец, в свете определения смысла основных перечисленных понятий прийти, по возможности вооружившись теорией, и к осознанию самого соотношения международного права и международного частного права.

2. Исходные постулаты к анализу исследуемой проблемы

Понятие права. Тема философского понимания права неисчерпаема, об этом написаны горы ученых трудов. Суждение Э. Канта: “*Noch suchen die Juristen eine Definition zu ihrem Begriffe von Recht*” (юристы все еще ищут определение своего понимания права) актуально, на наш взгляд, и сегодня. Каких только «начал» не пытались вложить в основу права: сила, цель, интерес, естественная природа, историзм, воля, откровение и т.д. Хотя рассмотрение этой проблемы выходит далеко за рамки настоящего исследования, все же нельзя не коснуться философского понятия феномена права в самом общем виде. Не боясь быть заклейменными в ретроградстве, рискнем сказать, что рациональное зерно, заложенное К. Марксом и Ф. Энгельсом в Манифесте коммунистической партии: «...право есть лишь возведенная в закон воля вашего (имеется в виду буржуазии. – Г.В.) класса...» – представляется концептуально верным. Ключевое слово в этом определении – «воля». Именно волей и определяется право. «Право – прежде всего явление психическое. Первоначальным источником права всегда и везде является наше сознание»⁶. И эманация этого сознания, *порождающая* право, – именно воля. Но что касается воли «класса», здесь за время господства в нашей стране марксистско-ленинской идеологии навязло не меньше демагогии, чем и в самом Коммунистическом манифесте. Чтобы быть объективно верными, думается, следовало бы говорить о «государственной воле».

Но что такое «государственная воля»? Воля как таковая – феномен, представляющий собой психо-физическое выражение (волеизъявление) вырабатываемого *человеческим* сознанием хотения, произволения, об-

⁶ Е.Н.Трубецкая. Лекции по энциклопедии права. М., 1917. С. 58.

ращаемого к другому человеку, к людям, от которых требуется, ожидается выполнение обращенной к ним посторонней воли. При этом *государственная воля* – это, разумеется, не некая мистическая воля абстрактной, неодушевленной институции – государства. Государственная воля, во-первых, реально вырабатывается человеком или людьми, которым принадлежит *государственная власть*; во-вторых, и выражается людьми же, под «вывеской» государства⁷. Это фактически может быть воля отдельного лица (монарха, диктатора), клана отдельных лиц (в том числе партии, сословной группы), но вряд ли целого «класса» в марксистском его понимании.

Секрет в том, кому реально принадлежит *государственная власть*, ибо право мертво, если исполнение его не обеспечивается принудительно властью, ныне практически реально олицетворяемой повсюду государством. Почему государством? Потому что только государственная власть *суверенна* (самостоятельна и исключительна), причем в пределах определенной территориальной юрисдикции. Формирование и обеспечение функционирования национальной правовой системы – суверенная прерогатива государства. На сегодня государство есть высшая форма общественной организации (организма). *Raison d'être* государства, как и всякого организма, – прежде всего сохранение самого себя. Право можно в нашем представлении определить и как формализованное самоограничение власти (силы) в интересах обеспечения общественного порядка.

Право – ничто без властного государственного, при необходимости силового обеспечения его соблюдения. И в этом его принципиальное отличие от морали, нравственности. Если основой морали является общепринимаемая справедливость, то для права это порядок, обладающий самоценностью, хотя, увы, никогда еще в истории не совпадавший полностью со справедливостью.

Надежен на сегодня простой постулат: право есть *фикция*, если оно не обеспечивается государственной властью. Свобода вне права – не

⁷ Автор глубоко убежден, что *дееспособность*, то есть способность составлять и выражать правозначную волю, присуща исключительно человеку и полностью отсутствует у юридических лиц, государств и т.п., волеизъявления *от имени которых* могут выражаться только через посредство физических лиц, людей. См. подробнее: Г.М. Вельяминов. Международная правосубъектность // Советский ежегодник международного права 1986 г. М., 1987. С. 81-82. Также: Ю. Барон. Система римского гражданского права. Перевод с нем. Л.Петражицкого. Выпуск первый. Третье изд. СПб., 1909. С. 81, 84, 110; Советское гражданское право: Субъекты гражданского права. М., 1984. С. 13; Теория государства и права. М., 1985. С. 456.

свобода, но беспредел, анархия, несправедливость. Неограниченность свободы – худший враг свободы. Правовые нормы – только те, которые в той или иной форме «освящены» государственной властью и таким образом обеспечивают и ограничивают свободу в рамках права.

В этой связи всевозможные антиэтатистские теории внесударственных «правовых» систем вроде транснационального права, *lex mercatoria*, а тем более идеи самодостаточности международного частного правового контракта, якобы могущего служить исчерпывающим «правом» для регулирования возникающих правоотношений (*self-contained, lawless contracts*), т.е. попытки регулирования деловых отношений исключительно условиями контракта, вне государственно-правового вмешательства, явно таят опасность образования правового вакуума, несправедливости, самоуправства. Именно это наблюдается, к сожалению, когда при невыполнении условий частных правовых сделок стороны, не уповаая на эффективность государственно-правовых средств, обращаются к самопомощи, к подкупам, к физическим расправам вплоть до заказных убийств. И это особенно вредоносно для государств развивающихся или транзитного состояния.

* * *

Впрочем, сказанное в отношении концептуального понимания феномена права отнюдь, разумеется, не претендует на окончательное закрытие многовековых поисков, о которых, как упомянуто выше, говорил еще Э. Кант. Гораздо проще и важнее договориться о понятиях права в объективном и субъективном смыслах.

Право в объективном смысле. Трудно, кажется, оспорить, что право в объективном смысле есть *совокупность всех прав в рамках того или иного правового порядка (системы) юридических норм.*

Сразу же, однако, возникает первый вопрос: что есть «*юридическая норма*»? Ограничимся наиболее емким, как представляется, определением, выработанным крупнейшими и авторитетными дореволюционными российскими теоретиками права Л.И. Петражицким и Е.Н. Трубецким: «*Всякая юридическая норма создает для определенного разряда лиц ряд правомочий, притязаний и вместе с тем заключает в себе требование, повеление, обращенное к другим лицам, чтобы они не нарушали этих правомочий*»⁸.

Определение это ценно тем, что оно применимо к любого рода правовым нормам, публично-правовым и частноправовым, императивным, диспозитивным, рекомендательным.

⁸ См.: Е.Н. Трубецкой. Указ. соч. С. 84-86, 90.

Другой вопрос: *что есть правовая система?*

Правовые системы и отрасли. В мире существует много правовых систем⁹. Во-первых, система международного права. Внутри нее можно различать универсальное международное право и локальные его подсистемы (региональные, многосторонние и двусторонние), а также предметные отрасли и подотрасли (договорное право, морское, экономическое, гуманитарное, космическое и т.д.). Во-вторых, многочисленные внутригосударственные правовые системы, во многих случаях имеющие свои локальные, автономные подсистемы, и также предметные отрасли (гражданское право, уголовное, семейное и т.д.) и институты (обязательственное право, наследственное право и т.д.).

Самостоятельным правовым порядком (системой) является совокупность правовых отраслей, подотраслей и институтов, составляющих вместе целую обособленную, взаимоувязываемую систему (независимую от других систем) правовых норм, т.е. прав *в объективном смысле в единых, территориально-юрисдикционных рамках* (это национальные правовые внутригосударственные системы права и система международного публичного права). При этом под отраслью (институтом) права в объективном смысле понимается достаточно наглядно идентифицируемая совокупность правовых норм, регулирующих особого, специального вида отношения по предмету регулирования в рамках того или иного правового порядка.

Можно ли при таком подходе считать т.н. международное частное право полноценным правовым порядком (системой) или же особой отраслью, институтом в рамках той или иной правовой системы?

Если под правом в объективном смысле разуметь обособленную «совокупность всех юридических норм» (Е.Н. Трубецкой), то «международное частное право» в широком смысле невозможно выделить в обособленную систему правовых норм, ибо таковой не обнаруживается.

В единой международно-правовой системе, как и в одной из национальных правовых систем, не может быть внутри еще двух или более самостоятельных, независимых систем. Таким образом, международное частное право – не самостоятельная правовая система, но, возможно, не более чем часть одной из действительных систем: подсистема или отрасль (институт). Но и отрасль должна представлять собой на-

⁹ См.: М.М. Богуславский в кн.: *Международное частное право. Современные проблемы.* Т. 1., М., 1993. С. 212.

глядно идентифицируемую совокупность, нормативный комплекс – *corpus juridicum*, и таковой, очевидно, к примеру, в России можно видеть в разделе VI Гражданского кодекса РФ («Международное частное право»).

Сомнение, пожалуй, может быть связано с существованием нескольких *международных* конвенций, прямо ориентированных на унификацию национальных правовых норм, регулирующих *частные* отношения; в основном это некоторые избранные гражданско-правовые отношения. Тут есть мотив и «международности», и «частности». Но можно ли *эти конвенции* собрать вместе в комплекс некой единой правовой системы или даже правовой отрасли (института) в рамках той или иной правовой системы? Очевидно, нет. Во-первых, вопрос: в какой правовой системе находится этот институт? В системе международного права? В системе национального права?

Если национального, то какого или каких? Исходя из концепции рецепционного действия международных правовых норм в национальных правовых системах (см. об этом ниже), думается, что этот институт надо было бы помещать в те национальные правовые системы, в которых соответствующие международные нормы рецепированы. Но каждая конвенция (а они разные) действует в «наборе» разных стран и, как правило, в подавляющем большинстве стран вообще не действует. Может ли быть правовой институт со столь мозаичной и сугубо избирательной сферой действия как по странам-субъектам, так и по предмету регулирования?

Кроме того, с таким же успехом можно было бы (но вряд ли оправданно) говорить о неких *внутринациональных – рецепированных* из международных конвенций – и других институтах, включающих публично-правовые нормы по тем или иным предметам, например по интеллектуальному, экологическому, транспортному праву.

Более обоснованно, казалось бы, можно было выделять международные конвенции по частному праву в системе международного публичного права, точнее – в его отрасли «международное экономическое право». (См. об этом ниже подробнее). Но это совершенно другая система, сравнительно с национальными (коллизийного характера) институтами международного частного права, с разным *corpus juridicum*, с разными субъектами права, разными методами регулирования и т.д.

Думается, наблюдаемая тенденция *законодательного* закрепления так называемого международного частного права как за рубежом, так

и в России идет теоретически и прагматически по пути определения этого права в качестве в основном идентичного коллизийному праву и в виде особого *института*, той или иной национальной системы права.

В прагматическом плане, очевидно, существование самого феномена международного частного права наглядно демонстрируется не только самой практикой жизни, но и практикой национального законодательства. С другой стороны, ни в международно-правовой, ни в национально-правовой системе особую *систему* международного частного права с единым, четко прослеживаемым нормативным составом – *corpus iudicium* – выделить невозможно.

Право в субъективном смысле. Еще пандектное право различало право в объективном смысле (*potestas agendi* – правило действия, предписания) и право в субъективном смысле (*jus agendi* – право действия; правомочие)¹⁰. По существу, в таком же ключе трактуется субъективное право и в классической российской теории: «право в субъективном смысле... есть та сфера внешней свободы, которая предоставляется лицу нормами объективного права... В область права в субъективном смысле входят права, обязанности и юридические отношения¹¹. К такому пониманию, на наш взгляд, трудно что-либо добавить. Самое важное при этом – зависимость субъективных прав и обязанностей от права в объективном смысле, урегулированность субъективных правоотношений объективными правовыми нормами.

Можно заметить попутно, что в русском языке, как и в ряде других языков, «право» в объективном и «право» в субъективном смыслах терминологически равнозначны (право – русск.; *das Recht* – нем.; *le droit* – фр.). В английском же языке можно различать право в объективном смысле – *the law* и в субъективном – *the right*. То же в известном смысле и в латыни (*lex* или *jus*).

Право публичное и право частное. Вроде бы понятия эти хрестоматийные и ясные. Однако это не совсем так. Например, гражданское право – казалось бы, типичное частное право. Но в Гражданском кодексе РФ можно легко обнаружить огромное количество норм явно публично-правовых (правоспособность и дееспособность лиц, порядок образования юридических лиц, регистрация сделок и т.д.).

¹⁰ Ю. Барон. Указ. соч. С. 13.

¹¹ См.: Е.Н. Трубецкой. Указ. соч. С. 85, 157.

Советская доктрина международного частного права, учитывая принципиальную «частноправовую» фобию социалистической теории права, не склонна была вдаваться в определение понятия частного права и как такового, и в сопоставлении его с публичным правом. Поэтому за критерий и в этом случае возьмем снова классику. Е.Н. Трубецкой пишет: «Нормы частного характера не дают указаний, как индивидуум должен пользоваться предоставляемыми (sic! - Г.В.) ему правами, а лишь полагают ему известные пределы, причем в этих пределах отдельное лицо вполне самостоятельно... Нормы публичного права точно определяют, как лицо должно пользоваться своими правами. Соответственно частное правоотношение (т.е. право в субъективном смысле. – Г.В.) есть то, где частное лицо фигурирует как самостоятельный субъект права; публичное правоотношение, напротив, есть то, где частное лицо фигурирует лишь как подчиненная часть социального целого»¹².

Можно иначе сказать, что частноправовые нормы – это те, которые обеспечивают некую свободу (автономию) воли частным лицам при установлении правовых отношений как между собой, так и с государством. Частноправовые нормы по определению, с точки зрения их *vis obligandi*, диспозитивны или рекомендательны. Публично-правовые нормы обычно императивны. Заметим попутно, что, в частности, в английском, немецком, французском языках право “private”, “privat”, “privé” (по-русски буквально: «приватное») гораздо точнее, на наш взгляд, чем слово «частное», передает суть понятия, его антипубличность, приватность, ограниченность, замкнутость на себя.

Парадокс, однако, в том, что пределы свободы (автономии) воли частных лиц, диспозитивность тех или иных норм определяются все равно государственной властной волей, т.е. публично-правовым образом. Сам по себе принцип «разрешено все, что не запрещено», если выражен правнорегулятивно, тоже *публично* обусловлен и ограничен, а не определяется некой «природой» человека, не преподан свыше неким промыслом и т.п. образом в духе естественной школы права.

Гражданин может вступать с государством в договорные частноправовые отношения, поступив, к примеру, служить «контрактником» в армию, но при этом публично-правовые (уставные и т.п.) нормы остаются применимыми. Выбор при призыве «альтернативного» вида

¹² Там же. С. 208, 209.

службы ограниченно диспозитивен (свобода воли), но, однако, никаких частнопровых отношений при этом не возникает. Гражданину предоставлен выбор участвовать или не участвовать в выборной компании, голосовать за того или иного кандидата. Однако, опять же при этом не возникают частно-правовые отношения. Это публично-правовая диспозитивность, рекомендательность.

Частнопровые отношения не то же самое, что гражданско-правовые, семейные, трудовые и т.п. Частнопровые нормы и правоотношения присутствуют в этих отраслях права наряду с публично-правовыми.

Четкая квалификация норм частнопрового характера особенно важна, поскольку наблюдается тенденция подводить многие публично-правовые отношения, регулируемые публично-правовыми нормами (в указанном выше их значении), под покров международного частного права, трактуя тем самым такого рода отношения как бы в качестве частнопровых. Поводом для этого служит, по-видимому, то, что в соответствующих отношениях задействованы частные (физические и юридические) лица. Таким образом, грань между частным и публичным правом неоправданно размывается. Примером могут служить, в частности, многообразные отношения в области иностранного инвестирования или международной защиты интеллектуальной собственности. Национальный режим, предоставляемый иностранным инвесторам или авторам художественных произведений, или правило конвенционного приоритета, которым пользуются изобретатели при регистрации патентов, или сроки пользования авторскими правами по наследству и т.п. – все это публично-правовые нормы (в том числе и международно-унифицированные), хотя и предназначенные для использования частными лицами. Другая область: коллизионные нормы, включаемые в гражданское и иное законодательство, по сути и по характеру регулируемых отношений выполняют процессуальные функции, в частности юрисдикционные¹³ (т.е. публично-правовые), не говоря о массе иных публично-правовых норм, содержащихся в гражданском законодательстве.

Во всех соответствующих случаях частное лицо выступает отнюдь не как независимый (образно говоря, «суверенный») субъект права, но подчиняется твердо установленным правилам, т.е. публично-правовым нормам, а не частнопровым.

¹³ Особенно если отнести международный гражданский процесс к международному частному праву (Л.П. Ануфриева).

Очевидно, что если при определении частноправовых отношений подводить под них любые отношения, в которых задействованы частные лица, от публичного права вообще мало что останется... Это, однако, неоправданно ни системно, ни методологически, ни по сущности самих правовых отношений.

3. Международное публичное право и его соотношение с системами национального права

Под международным публичным правом (в объективном смысле) традиционно понимается совокупность правовых принципов и норм, определяющих взаимные права и обязанности государств (также: межправительственных организаций) в их общении.

Исходя из «волевого» доктринального подхода к пониманию сущности международного публичного права, развитого Г.И. Тункиным¹⁴, право это в концептуальном смысле определим как систему правовых принципов и норм, регулирующих международные публичные отношения и базирующихся на согласовании государственных воель, либо посредством эксплицитного выражения этих воель прежде всего в международных договорах (опосредованно – в актах межгосударственных организаций), либо в имплицитном их выражении в укоренившемся обычае¹⁵.

Системы национального права и международного права не разделены и *не могут быть разделены* непроницаемой стеной, напротив они имманентно взаимосвязаны. Если национальная правовая система, как доказывает исторический опыт, вполне может быть самодостаточной, международное право немисливо вне связей с национальным правом государств – субъектов и творцов международного права.

Практически международное публичное право, его нормы находят свое реальное применение и выражение в конечном итоге посредством

¹⁴ См.: Г.И. Тункин. Теория международного права. М., 1970. С. 239-243.

¹⁵ См. также, в частности: Л. Оппенгейм. Международное право, т. I, п/т 1, М., 1948. С. 26-64; Я. Броунли. Международное право. Кн. первая, М., 1977. С. 65-72; Курс международного права, т. I, М., 1989. С. 17-29; Международное право. изд. 2-е. Отв. ред. Ю.М. Колосов, В.И. Кузнецов. М., 1998. С. 10-14; Международное публичное право. Под ред. К.А. Бекяшева. М., 1998. С. 5-11; Международное право. Отв. ред. В.И. Кузнецов. М., 2001. С. 26-35; Международное право. Изд. 3-е. Отв. ред. Игнатенко Г.В., Тиунов О.И. М., 2003. С. 6-25; Международное право. Отв. ред. Е.Т. Усенко, Г.Г. Шинкаревая. М., 2003. С. 13-17, 25-30. Mc Dougal M. International Law. Power and Policy // Rec.cours. 1953. Vol. 88, P. 144-153, 169, 180-183, 190; Schachter O. International Law in Theory and Practice // Rec. cours. 1985. Vol. 178.

рецепции (трансформации) в национальном праве отдельных государств¹⁶. Это касается и обычно-правовых, и конвенционных норм. Но если обычно-правовые международные нормы могут, очевидно, действовать в национальных правовых порядках имплицитно и без их законодательного закрепления, то конвенционные нормы, по сути, не могут осуществляться государством иначе, как будучи эксплицитно переведены в национальный формат.

Генеральный метод (можно сказать, предмет) регулирования международного договорного публичного права – это в реальности либо определенные изменения, либо неизменность действующего внутреннего правового порядка договаривающихся (согласовывающих свои воли) государств. Согласовываемые изменения могут относиться к самым разнообразным сферам внутринационального правового регулирования.

К примеру, международный мирный договор, включающий территориальные изменения, требует трансформации во внутринациональные правовые порядки соответствующих государств в части изменения пределов территориальной компетенции государств. Международные конвенционные запреты на смертную казнь; многообразные разрабатываемые в рамках Международной организации труда единые правила и условия охраны труда; договоренности об условиях либерализации взаимной торговли или такие международные конвенционные нормы, которые запрещают производство боевых отравляющих газов – во всех такого рода и многих других случаях соответствующие международные соглашения требуют от стран-участниц формально-юридически прежде всего именно: изменения (пополнения, исправления и т.п.) или, наоборот, неизменности соответствующего внутринационального правового порядка договаривающихся государств. В известном смысле международные договоры – это соглашения об изменениях или стабилизации национального правового порядка договаривающихся государств.

Но нормы международного права не действуют в государствах *ex proprio vigore* (своей собственной силой), но должны быть трансформированы (рецепированы) в национальном праве (Г. Трипель). Это

¹⁶ См.: Triepel. H. *Völkerrecht und Landesrecht*. Leipzig, 1899; Е.Т. Усенко. Формы регулирования социалистического международного разделения труда. М., 1965. С. 162-163; Д.Б. Левин. Актуальные проблемы теории международного права. М., 1974. С. 217-218; С.В. Черниченко. Теория международного права. М., 1999. С. 149-154. Термины «рецепция» и «трансформация» употребляются здесь как равнозначные, хотя в теории и различаются терминологически.

может быть генеральная рецепция или специальная. Генеральная рецепция, применяемая в России, отнюдь не действует универсально и повсеместно. Есть страны, в которых приоритетен не международный договор (как в России), но внутренний закон (например, в США).

В России, согласно ст. 15, п. 4 *Конституции РФ* «общепризнанные принципы и нормы международного права и международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора».

Этим отчетливо определяется, что международный договор РФ – *часть правовой системы* России, а не просто «контракт» с другими субъектами международного права. При этом ст. 14 п. 1а и ст. 15 Федерального закона «О международных договорах Российской Федерации» предусматривают, что «договоры, требующие изменения действующих или издания новых законов, а также устанавливающие иные правила, чем предусмотренные законом», подлежат обязательной ратификации в форме закона. Таким образом, если международный договор РФ не требует изменения действующих или издания новых законов, ратификация не требуется, а действие договорных условий может, очевидно, осуществляться внутри страны при необходимости посредством подзаконных актов.

Существенно, что если ясно установлен приоритет правил международного договора России перед правилами российского закона, это не относится к «общепризнанным принципам и нормам международного права», которые, являясь (как и международные договоры) «составной частью» правовой системы России согласно ст. 15, п. 4, не пользуются, однако, в отличие от договоров приоритетом по отношению к другим частям этой системы.

Это значит, что соответственно общие принципы и нормы международного права и международные договоры с любым другим государством с очевидностью презюмируются как составная часть правовой системы и этого другого государства. Таким образом, правовые системы отдельных государств в определенной части (во всяком случае, что касается общепризнанных принципов и норм международного права) презюмированно идентичны. Особенность этих идентичных частей в том, что они автономны в национальных правовых системах: они не могут изменяться индивидуальной государственной волей.

По большому счету, международные договоры имеют в той или иной мере если не унификационный, то гармонизационный эффект.

Общепризнанные принципы и нормы международного права изменяются только коллективной волей всего международного сообщества государств. А нормы международных договоров возникают, изменяются и прекращают свое действие по воле государств – участников этих договоров. Сказанное выше логично применимо как к международным нормам публичного характера, в том числе в экономической сфере, так и к международным нормам частноправового значения.

Существуют нормы международно-правовые и так называемого «прямого» действия. Но это отнюдь не нормы, которые якобы могут действовать в пределах национальной юрисдикции того или иного государства как бы без какой-либо рецепции (трансформации). К примеру, имеют прямое действие административно-процессуальные нормы или нормы так называемого права персонала межгосударственных организаций. Прямое действие таких норм возможно только потому, что действие это предполагается на юридически экстерриториальном, вненациональном юрисдикционном пространстве межгосударственной организации, и в отношении лиц в той степени, в какой они не подпадают под юрисдикцию тех или иных государств (например, трудовые административные отношения в рамках международной организации). А само такое «прямое» действие изначально-«генетически» зиждется на коллективно согласованной воле государств – учредителей организации.

«Прямое» действие применительно к государствам имеют как будто бы многие виды правовых актов, принимаемых органами Евросоюза. Но и в этом случае юридически имеет место генеральная рецепция соответствующих правовых актов и содержащихся в них норм, предусматриваемая учредительными актами Евросоюза, в которых государства-члены договорились о делегировании органам Евросоюза своих строго определенных властных функций и правомочий.

* * *

Особое место занимают многосторонние договоры, конвенции и иные акты, прямо посвященные международно-правовому обеспечению трансграничных правовых отношений как в сфере торгового оборота, так и в части защиты прав собственности¹⁷. К первой группе

¹⁷ Подробнее см.: Г.М. Вельяминов. Международные договоры в «международном частном праве» и его понятие // Государство и право. 2002. № 8. С. 77-82.

таких договоров в **сфере торгового оборота** (это в принципе в основном частноправовые отношения) прежде всего относятся так называемые иногда в научной литературе «конвенции международного частного права» (точнее, «*конвенции о частном праве*»), которые обычно имеют целью унификацию для государств-участников их национального частноправового регулирования. Здесь могут быть упомянуты: *Венская конвенция ООН 1980 г. о договорах международной купли-продажи товаров*; *Оттавские конвенции 1988 г. «О международном финансовом лизинге» и «О международном финансовом факторинге»*; *Конвенция ООН 1974 г. о морской перевозке грузов («Гамбургские правила»)*.

Ко второй группе в **сфере защиты прав собственности** (это во многом публично-правовые отношения) могут быть отнесены: *Парижская конвенция 1883 г. по охране промышленной собственности*; *Бернская конвенция 1886 г. по охране литературных и художественных произведений*; *Всемирная (Женевская) конвенция 1952 г. об авторском праве*; *Мадридская конвенция 1891 г. об охране товарных знаков*; *Вашингтонский договор о патентной кооперации 1970 г.*; *Римская конвенция 1971 г. об охране интересов производителей фонограмм от незаконного производства фонограмм*; *ТРИПС в рамках ВТО и др.* На региональном уровне введен был единый Евразийский патент в ряде стран СНГ (1993 г.) и создается единый патент в Евросоюзе (в развитие конвенции 1975 г.). В области защиты интересов иностранных инвесторов можно отметить, в частности, *Вашингтонскую конвенцию 1965 г. о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами*; *Сеульскую конвенцию 1985 г. об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций*; *многостороннее Соглашение стран СНГ 1994 г. о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности*; *Соглашение ТРИМС в рамках ВТО*.

Специальную категорию представляют собой многосторонние договоры и конвенции *международного процессуального (т.е. публичного) права*, направленные на обеспечение урегулирования арбитражным или иным путем международных частноправовых споров. Особое значение здесь имеет *Нью-Йоркская конвенция ООН 1958 г. о признании и приведении в исполнение арбитражных решений*. Такое же значение, что касается судебных решений, имеют, в частности, условия многосторонних соглашений о правовой помощи.

Правовое значение унификационных договоров формально-теоретически и по самой сути ничем не отличается от других международных договоров, кроме особого предмета регулирования, а именно – прямо унификация (или гармонизация) частноправовых или публично-правовых отношений.

Неправильно было бы подведение под крышу *частного* права любых международных отношений только на том основании, что отношения эти международные и в них могут участвовать частные лица, поскольку многие такие отношения могут быть и публично-правовыми (например, уплата иностранных налогов, таможенных пошлин, получение въездных виз и т.п.), и регулируются они национальными нормами.

Заметим, что хотя материально-правовые нормы унификационных конвенций (по частному праву), рецепированные в качестве норм внутреннего права, как правило, диспозитивны для применения *дестинаторами* конвенций – контрагентами соответствующих частноправовых сделок¹⁸, сами же эти Конвенции безусловно императивны для *государств-участников*, которые обязаны инкорпорировать эти конвенции в свою внутреннюю систему права и поддерживать унифицированные нормы, не изменяя их в одностороннем порядке.

Неверно рассматривать нормы унификационных конвенций в качестве так называемых норм «прямого» действия, аргументируя это тем, что частные, физические и юридические лица могут прямо ссылаться на нормы конвенций при рассмотрении, к примеру, споров в суде или арбитраже¹⁹. Такая ссылка в практически-процессуальном смысле действительно выглядит как «прямая» ссылка непосредственно на норму конвенции. Строго юридически, однако, такого рода конвенционные нормы, хотя и остаются «автономными» и «генетически» международно-правовыми, действуют в национальном правовом порядке в качестве норм национальных, не «прямо» конвенционных, но опосредованных, ставших национальными для каждой из стран – участниц конвенции, причем иногда с оговорками.

То, что материально-правовой нормативный состав, к примеру, *Венской конвенции 1980 г.*, регулирующей в каждой стране-участнице частноправовые отношения по международным сделкам купли-продажи, представляет собой часть национального (торгового) права

¹⁸ См.: Н.Г. Вилкова. Указ. соч. С. 171.

¹⁹ См.: Д. Карро, П. Жюйар. Указ. соч. С. 51.

каждой страны-участницы, хорошо иллюстрирует ситуация, когда одна из сторон (а возможно, и обе стороны) сделки международной купли-продажи товара не является предприятием страны – участницы Конвенции, но в силу национальных коллизионных норм (международного частного права) применимым к сделке правом оказывается право страны – участницы Конвенции, – применимы оказываются нормы этой Конвенции. Однако не как таковой, но в качестве составной части национального права (sic!) соответствующей страны.

Гипотетическим, но вполне реальным примером может служить ситуация по сделке между двумя сторонами, одна из которых, скажем, из Великобритании, другая – из Казахстана (оба государства на 2003 г. не участвуют в Венской конвенции 1980 г.). Применимым правом в силу соответствующих использованных судом или арбитражем коллизионных норм признано национальное право, скажем, России (страны – участницы Венской конвенции)²⁰. Она (Конвенция) и будет фактически использована, ибо национальное право России для такого рода правоотношений – Венская конвенция. Совершенно очевидно, что при этом Конвенция используется не как таковая, с «прямым» действием, но как часть национального права России.

Принципиально важно различать унификацию национальных *материально-правовых* норм частного права, а тем более публичного права, и унификацию национальных норм международного частного (коллизионного) права.

Строго теоретически конвенциями международного частного права следовало бы считать только конвенции о разнообразных ситуациях определения применимого права. Четыре такого рода конвенции заключены были в рамках Гагской конференции по международному частному праву, из них вступили в силу лишь две конвенции с числом участников 8 и 4. Есть также соответствующая межамериканская конвенция с двумя странами-участницами. Больше повезло Конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, действующей и доступной только для стран Евросоюза²¹.

(Продолжение следует)

²⁰ См.: Венская конвенция о договорах купли-продажи товаров. Комментарий. М., 1994. С. 9 (статья 1.1b Конвенции).

²¹ См.: Н.Г. Вилкова. Указ. соч. С. 424-474.