

НОВОЕ В РЕГУЛИРОВАНИИ ДОГОВОРНЫХ ОБЯЗАТЕЛЬСТВ В АСПЕКТЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Регулирование договорных обязательств в аспекте международного частного права претерпело значительные изменения с принятием VI раздела Гражданского кодекса Российской Федерации (далее – ГК РФ, Кодекс). Если ранее в Основах гражданского законодательства Союза ССР и республик 1991 года (далее – Основы законодательства) ему была посвящена лишь одна статья 166, то теперь такому регулированию отводится девять статей. Улучшения коснулись не только количества норм, но и их качества. В силу небольшого объема настоящей статьи не представляется возможным обратиться ко всем новеллам и проблемам регулирования договорных обязательств, поэтому мы остановимся только на некоторых, кажущихся нам наиболее интересными.

На структуру и содержание статей раздела VI ГК РФ, посвященных договорным обязательствам, очевидно, очень сильное влияние оказала Конвенция стран ЕС о праве, применением к договорным обязательствам (Рим, 1980)¹ (далее – Римская конвенция). Многие статьи этого раздела практически дословно повторяют текст Римской конвенции, иные подверглись незначительной переработке.

ВЫБОР ПРИМЕНИМОГО ПРАВА СТОРОНАМИ ДОГОВОРА

Главенствующую роль в регулировании договорных обязательств занимает принцип *lex voluntatis*, ина-

че именуемый автономией воли сторон, который подразумевает выбор сторонами договора права, применимого к регулированию их отношений. Принцип автономии воли получил в ГК РФ более четкую и детальную регламентацию по сравнению с Основами законодательства, где он озвучивался лишь одним предложением: права и обязанности сторон по внешнеэкономическим сделкам определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки или в силу последующего соглашения (п. 1 ст. 166). В Кодексе же регулированию автономии воли посвящена отдельная статья 1210, содержащая целую систему предписаний.

Необходимо отметить, что в России традиционно признавалась неограниченная автономия воли сторон, то есть стороны могли избрать для регулирования своих отношений право любой страны без каких-либо ограничений, известных другим правовым системам (например, что это право должно иметь тесную связь с договором либо что оно должно быть правом одной из сторон контракта, и т.д.). Существует лишь одно ограничение, установленное пунктом 5 статьи 1210 ГК РФ: если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора подлежащего применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан. Такое ограничение известно и многосторонним конвенциям по коллизионным вопросам договорных обязательств, к примеру, оно встречается в пункте 3 статьи 3 Римской конвенции, статье 11 Межамериканской конвенции о праве, при-

¹ Convention on the law applicable to contractual obligations (Rome, 19.06.80) // Official Journal of the European Communities. Vol. 23. 1980, October. (Текст Конвенции на английском языке также содержится в базе данных справочно-правовой системы КонсультантПлюс “Международное право”.)

менимом к международным договорам (Мехико, 17 марта 1994 г.). По сути, это не ограничение автономии воли сторон в собственном смысле слова, а скорее реализация концепции сверхимперативных норм в международном частном праве, так как указанное ограничение не препятствует выбору того или иного правопорядка, а лишь устанавливает применимость императивных норм к регулированию отношений сторон. Фактически сверхимперативные нормы применяются наряду с нормами выбранного применимого права, хотя полного понимания в этом вопросе пока нет и даже известные зарубежные коллизионисты пишут об "ограничениях" выбора применимого права². Кроме того, в силу императивных предписаний нельзя избрать применимое право к договорам в отношении находящегося на территории России недвижимого имущества (п. 2 ст. 1213 ГК РФ) и к договору о создании юридического лица с иностранным участием (ст. 1214 ГК РФ).

Новеллой в регулировании является пункт 2 статьи 1210 ГК РФ, предусматривающий форму выражения соглашения о выборе права – оно должно быть прямо выражено или вытекать из условий договора либо обстоятельств дела. До сих пор суды, арбитражи (третейские суды) исходили из того, что соглашение сторон о выборе применимого права должно быть прямо выражено, и не определяли последнее, устанавливая "гипотетическую" волю сторон. Теперь же соглашение сторон о выборе применимого права может также разумно вытекать из условий

договора либо обстоятельств дела. Из многосторонних коллизионных конвенций о выборе применимого права аналогичную формулировку содержит пункт 1 статьи 3 Римской конвенции. Между тем в отечественной литературе обращалось внимание на недостатки указанной формулировки Римской конвенции: "...в некоторых новейших коллизионных конвенциях соответствующие положения... сформулированы столь "эластично", что, по сути дела, приводят к размытию границ между соглашением как юридическим фактом – реальным совпадением воли сторон и как фикцией, за которой стоит собственное "предположение" суда о тех намерениях, которые должны были бы иметь некие абстрактные "разумные лица", будь они на месте данных конкретных сторон"; и далее: "...думается, что обеспечению определенности, как главной функциональной цели принципа автономии воли сторон, способствовало бы возможно более четкое исключение в будущей конвенции каких-либо предпосылок для трактовки этого принципа с позиций упомянутой концепции "гипотетической" воли"³.

Нам представляется более удачной формулировка Конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров (Гаага, 22 декабря 1986 г.)⁴. В соответствии с пунктом 1 статьи 7 этой Конвенции соглашение сторон о выборе права должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в совокупности. Аналогичная формулировка содержится и в ста-

² См., напр.: Juenger K.F. The Inter-American Convention on the Law Applicable to International Contracts: Some Highlights and Comparisons // The American Journal of Comparative Law. Vol. 42. Spring issue, 1994. P. 388.

³ Лебедев С.Н. К пересмотру Гаагской конвенции 1955 года // В кн.: Правовые аспекты осуществления внешнеэкономических связей: Сб. науч. трудов / Под ред. С.Н. Лебедева, В.А. Кабатова, Р.Л. Нарышкиной. М.: МГИМО, 1985. С. 62–63.

⁴ Конвенция в силу не вступила.

тье 7 Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным договорам. (К сожалению, российский законодатель пошел по другому пути.) В то же время нельзя согласиться с некоторыми авторами, которые считают, что смысл формулировок о форме выражения сторонами выбора применимого права в Римской конвенции и Межамериканской конвенции одинаков⁵. Текст статьи 1210 ГК РФ и статьи 3 Римской конвенции позволяет суду выводить соглашение о выборе применимого права из условий договора *либо* обстоятельств дела, то есть из любых элементов договора, что дает неограниченную свободу судебского усмотрения.

Во всем мире суды, рассматривая дела, связанные с так называемым иностранным элементом, стремятся применить свое собственное право, а теперь российский законодатель дал суду еще один инструмент неадекватного разрешения коллизионной проблемы.

Главное, что должен установить суд при рассмотрении дела, – было ли совпадение воли сторон, направленных на заключение соглашения о выборе применимого права, которое является каузальным признаком любого соглашения.

Какие обстоятельства могут свидетельствовать о заключении такого соглашения? Например, в решениях Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации допускался выбор применимого права, если и истец в исковом заяв-

лении, и ответчик в отзыве на иск ссылались на законодательство одной и той же страны. МКАС исходил из того, что в этом случае стороны согласовали применимое материальное право⁶. На иной способ достижения такого соглашения указывает И.С. Зыкин: “Соглашение может считаться достигнутым, если в договоре имеется ссылка к факультативным общим условиям сделок соответствующего вида, содержащим положения о применимом праве”⁷.

Интересно отметить, что в статье 414 Кодекса торгового мореплавания Российской Федерации, вступившего в силу с 1 мая 1999 г., не содержится правил о форме выражения соглашения о выборе применимого права. Однако это не означает, что при рассмотрении дел, связанных с торговым мореплаванием, суды будут исходить лишь из прямо выраженной воли и не будут учитывать условия договора либо совокупность обстоятельств дела. Пунктом 2 статьи 1 названного Кодекса предусмотрено, что имущественные отношения гражданско-правового характера, возникающие из торгового мореплавания, регулируются Кодексом торгового мореплавания в соответствии с ГК РФ, а в случае пробельности в регулировании применяются правила ГК РФ. Более того, в соответствии с пунктом 2 статьи 2 ГК РФ нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать ГК РФ. Таким образом, суд, вероятнее всего, субсидиарно к статье 414 Кодекса торгового морепла-

⁵ См.: Лунгина Ю.С. Основные положения Конвенции 1980 года о праве, применимом к договорным обязательствам, и Межамериканской конвенции 1994 года о праве, применимом к международным договорам (сравнительный анализ) // Актуальные проблемы гражданского права. Вып. 5 / Под ред. В.В. Витрянского. М.: Статут, 2002. С. 408.

⁶ См., напр.: Дело № 242/1996. Решение от 26.02.98 // Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. / Сост. М.Г. Розенберг. М.: Статут, 1999. С. 63–65.

⁷ Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002. С. 423.

вания применит статью 1210 ГК РФ и при определении соглашения сторон о выборе применимого права будет учитывать также условия договора либо совокупность обстоятельств дела.

Не менее интересным является пункт 4 статьи 1210 ГК РФ, в котором указывается, что стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей. Такое расщепление коллизионного статута часто именуется французским словом "dépeçage" – расщепление. Расщепление коллизионного статута является современной тенденцией и нашло отражение в ряде международных конвенций. Например, в пункте 1 статьи 3 Римской конвенции указывается, что стороны могут выбрать применимое право ко всему контракту или только к части контракта. В статье 7 Межамериканской конвенции говорится, что стороны могут сделать выбор, относящийся к договору в целом или только к его части. Между тем иногда высказываются отрицательные мнения о допустимости расщепления коллизионного статута. Так, И.В. Елисеев пишет: "Такое решение способно породить неразрешимую коллизию правовых норм нескольких правовых систем. К примеру, подчинение прав и обязанностей продавца по договору международной купли-продажи товаров законам Великобритании, а прав и обязанностей покупателя – российским законам приведет к возникновению патовой ситуации, поскольку достижение какого-либо соответствия прав и встречных им обязанностей сторон будет совершенно невозможным"⁸. Представляется, что в подобных случаях неблагоприятные по-

следствия такого расщепления могут быть нивелированы путем правильного толкования норм ГК РФ. Поскольку при написании статьи 1210 этого Кодекса за образец была взята статья 3 Римской конвенции, необходимо обратиться к официальному толкованию последней по этому вопросу. Так, официальные комментаторы Римской конвенции указывают: "Несмотря на то, что договор является делимым, выбор права сторонами должен быть логически состоятельным, т.е. должен относиться к элементам договора, которые могут регулироваться различным правом, не порождая противоречий. Например... маловероятно, что расторжение договора за неисполнение будет регулироваться двумя различными законами, одним – для продавца и другим – для покупателя. В случае, если избранные сторонами законы не могут быть логически согласованы, должна применяться ст. 4 (о применении права при отсутствии соглашения сторон. – Р.Х.)"⁹. Таким образом, порядок применения пункта 4 статьи 1210 ГК РФ должен быть, по нашему мнению, следующим: стороны могут согласовать выбор применимого права к части договора либо подчинить отдельные части законам разных стран, но такое расщепление может быть сделано только в отношении отдельных элементов сделки, к примеру исполнения договора, последствий неисполнения и т.п. Нельзя один элемент сделки подчинять действию двух разных правопорядков, ибо права одного контрагента не будут корреспондировать обязанностям другого, как это должно быть. В случае, если такое расщепление приво-

⁸ Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей. М., 2002. С. 252.

⁹ *Guiliano M., Lagarde P. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations // Official Journal of the European Communities. Vol. 23. 1980, October. P. 17.*

дит к невозможности определения прав и обязанностей сторон, суд определяет применимое право на основании коллизионных норм.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА ПРИ ОТСУТСТВИИ ВЫБОРА ПРАВА СТОРОНАМИ ДОГОВОРА

Статья 1211 ГК РФ посвящена определению применимого права при отсутствии соглашения сторон. Хотелось бы обратить внимание на название статьи – “Право, подлежащее применению к договору при отсутствии соглашения сторон о выборе права”. В Основах законодательства статья называлась “Обязательства по внешнеэкономическим сделкам”. Вся трудность заключалась в том, что в советской литературе господствовало мнение (которое продолжает существовать и теперь), что одним из признаков внешнеэкономической сделки является ее возмездность, и из этого логически следовало, что безвозмездные сделки не должны регулироваться статьей 166 Основ. На практике же было не совсем так – в силу прямого указания закона статья 166 Основ законодательства применялась и к договору дарения. В редакции статьи 1211 ГК РФ это противоречие снято – речь идет о договорах вообще, а не только о внешнеэкономических.

Среди новелл коллизионного регулирования в России прежде всего хочется отметить введение критерия наиболее тесной связи.

Критерий наиболее тесной связи содержится в качестве генерального правила в пункте 2 статьи 1186 ГК РФ и применяется при невозможности определения применимого права на основании международных договоров Российской Федерации, ГК РФ, других законов и обычаев, признаваемых в Российской Федерации. В статье 1211 ГК РФ также в качестве об-

щего правила указывается, что “при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан”.

Близко к критерию наиболее тесной связи стоит так называемый “импрессионистский” подход, изначально выработанный английской судебной практикой и в значительной степени воспринятый во многих других странах общего права, который состоит в применении закона, свойственного данному конкретному договору (*proper law of the contract*). Между тем встречающееся в литературе отождествление критерия наиболее тесной связи и английского *proper law of the contract*¹⁰ представляется не совсем верным, ибо критерий наиболее тесной связи является лишь инструментом определения права, свойственного договору, в интерпретации англо-американских юристов. Основой импрессионистского подхода является то, что он не следует четким коллизионным критериям, а определяет применимое право для каждого конкретного дела в гибкой манере¹¹. Причем независимо от того, какой теории они придерживаются – теории “намерения сторон” или теории “локализации договора”, – английские юристы употребляли термин “наиболее тесная связь”¹². Уэстлейк считает, что этот объективный критерий решения проблемы активно используется английскими судами, и “право, определяющее внутреннюю действительность и юридические последствия договора, выбирается в Англии по соображени-

¹⁰ См.: Сергеев А.П., Толстой Ю.К., Елисеев И.В. Указ. соч. С. 254.

¹¹ См.: Castel J.-G. Introduction to Conflict of Laws, Butterworth, 1968. P. 11.

¹² См.: Чешир Дж., Норт П. Международное частное право / Под ред. М.М. Богуславского. М., 1982. С. 246.

ям существа дела, и предпочтение отдается той стране, с которой сделка имеет наиболее реальную связь, а не закону места заключения сделки как таковому"¹³. Право, своеобразное договору, схоже с континентальным *lex causae* – с той лишь разницей, что определяется в более гибкой манере, с учетом всех обстоятельств дела, а не только жесткого коллизионного критерия, такого, например, как место заключения договора.

Однако для науки международного частного права интересным представляется вопрос о правовой природе критерия наиболее тесной связи, а именно является ли он обычной коллизионной привязкой или это коллизионный принцип, который действует сам по себе, без необходимости закрепления в коллизионных нормах. В международном частном праве принцип как научная категория имеет более широкое и универсальное применение, нежели коллизионная норма. Принцип является основным началом, которое должно учитываться при создании коллизионных норм, в то время как коллизионная норма является лишь частным случаем воплощения такого принципа. Кроме того, принцип является генеральным основополагающим началом, которому все коллизионные нормы должны соответствовать¹⁴.

В литературе высказывались различные взгляды на правовую природу критерия наиболее тесной связи.

Так, Е.В. Кабатова считает, что “если сравнить структуру обычной коллизионной нормы с привязкой “тесная связь”, то мы вынуждены будем признать, что “тесная

связь” очень мало на нее похожа”¹⁵.

О.Н. Садиков, напротив, рассматривает критерий наиболее тесной связи как привязку коллизионной нормы¹⁶. Аналогичной точки зрения придерживаются И.Л. Кичигина¹⁷ и В.П. Звеков¹⁸.

Для определения правовой природы критерия наиболее тесной связи необходимо подвергнуть его анализу с точки зрения структуры коллизионной нормы и порядка ее действия.

Традиционно указывалось, что коллизионная норма имеет двухзвенную структуру – объем и привязку. Высказывались также мнения, что коллизионная норма имеет трехзвенную структуру. Так, Г.К. Дмитриева считает, что объем коллизионной нормы, по сути, является гипотезой и, кроме того, коллизионная норма имеет санкцию¹⁹. О.Н. Садиков полагает, что коллизионная норма помимо объема и привязки имеет третий элемент – гипотезу²⁰. Однако в силу небольшого объема настоящей статьи автор не будет рассматривать вопрос о наличии в коллизионной норме гипотезы и санкции, к тому же для целей исследования это не имеет решающего значения.

¹⁵ Кабатова Е.В. Изменение роли коллизионного метода в международном частном праве // Международное частное право. Современная практика: Сб. статей / Под ред. М.М. Богуславского, А.Г. Светланова. М., 2000. С. 9.

¹⁶ См.: Садиков О.Н. Коллизионные нормы в современном международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983. С. 218.

¹⁷ См.: Кичигина И.Л. Коллизионный и материально-правовой метод регулирования в международном частном праве: Дис. ... канд. юр. наук. М., 1987. С. 124.

¹⁸ См.: Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 2000. С. 123–125.

¹⁹ См.: Международное частное право: Учеб. / Под ред. проф. Г.К. Дмитриевой. М., 2001. С. 98–100.

²⁰ См.: Международное частное право: современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. С. 154–155.

¹³ Westlake J.A. Treatise on Private International Law, 7th ed., 1925. S. 219.

¹⁴ Более подробно см.: Ходыкин Р.М. Критерий наиболее тесной связи в международном частном праве // Московский журнал международного права. 2002. № 4. С. 208–221.

Под объемом коллизионной нормы следует понимать указание на отношения гражданско-правового характера, к которым эта норма применяется²¹. В тексте пункта 1 статьи 1211 ГК РФ объемом коллизионной нормы является указание на договорные отношения. Собственно, с точки зрения соотнесения критерия наиболее тесной связи с объемом коллизионной нормы никаких проблем не возникает. Сложности возникают, когда мы пытаемся выяснить, является ли критерий “право страны, с которой договор наиболее тесно связан” привязкой коллизионной нормы или не является.

Под привязкой коллизионной нормы традиционно понимается указание на правовую систему (национальное законодательство), подлежащую применению к данному виду отношений²². Право позволяет формулировать коллизионную привязку в двух формах. Возможно указание в качестве применимого права на право конкретной страны, как правило, страны суда, – это односторонние коллизионные нормы. Примером односторонней коллизионной нормы может служить пункт 3 статьи 1197 ГК РФ – “признание в Российской Федерации физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву”. Но возможно и указание общего признака, на основании которого определяется применимое право²³, – это двусторонние коллизионные нормы. Привязка такой коллизионной нормы опреде-

ляет критерий, иначе именуемый формулой прикрепления, на основании которого устанавливается компетентный закон. Толкуя вышеупомянутое определение буквально, можно сделать вывод, что слова “право страны, с которой договор наиболее тесно связан” можно рассматривать как признак (критерий), на основании которого определяется применимое право. Другое дело, что этот признак сформулирован не так конкретно, как, например, в случае с традиционными привязками, такими, как *lex rei sitae*, *lex loci contractus*. В связи с этим представляется спорным вывод о невозможности признания критерия наиболее тесной связи коллизионной привязкой, потому что “...привязка коллизионной нормы всегда указывает на конкретную правовую систему, подлежащую применению”²⁴. На такую конкретную правовую систему может указывать лишь привязка односторонней коллизионной нормы, которая прямо и однозначно предписывает, нормы какого государства подлежат применению. Привязка же двухсторонней коллизионной нормы не указывает на конкретную правовую систему, а лишь представляет собой критерий определения правовой системы, подлежащей применению. Таким образом, необходимо либо пересмотреть определение привязки коллизионной нормы, приведенное выше, либо признать критерий наиболее тесной связи привязкой коллизионной нормы.

Еще одно возражение, высказываемое в литературе против признания критерия наиболее тесной связи привязкой коллизионной нормы, состоит в том, что “...процесс нахождения и, что самое важное, результат нахождения применимого права весьма отличен от действия обычной коллизионной нормы. Это дает нам основа-

²¹ См., напр.: Международное частное право: Учеб. для вузов / Под ред. Н.И. Марышевой. М., 2000. С. 57.

²² См.: Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. М.: Юрид. лит., 1973. С. 174; Кичигина И.Л. Указ. соч. С. 117; Международное частное право: современные проблемы. С. 145.

²³ См.: Международное частное право: современные проблемы. С. 151.

²⁴ Кабатова Е.В. Указ. соч. С. 9.

ние говорить о том, что нахождение тесной связи – не результат применения коллизионной нормы, а результат применения общего принципа, уже широко используемого в современном МЧП для определения применимого права”²⁵. Безусловно, такая постановка вопроса отличается от ранее высказанных в отечественной науке международного частного права мнений, однако указанный тезис требует дополнительного обоснования, без которого он не может быть положен в основу разделения коллизионного принципа и коллизионной нормы.

Процесс нахождения применимого права представляет собой соотнесение фактических обстоятельств дела с определенной правовой нормой. М. Вольф писал: “Всякое судебное решение представляет собой силлогизм, в котором большой посылкой служит юридическая норма... малой посылкой является фактический состав дела”²⁶. Судья, определяя применимое право, истолковывает понятия коллизионной нормы и в соответствии с толкованием определяет право, подлежащее применению. Квалификация понятий в различных странах производится по-разному, что в конечном итоге может привести к различным результатам. Но из этого не делается вывод, что привязка коллизионной нормы сформулирована расплывчато и, следовательно, таковой вообще не является. Судья в случае применения привязки “наиболее тесной связи” руководствуется определенными критериями в ее определении. Однако и применяя традиционную коллизионную норму, судья также руководствуется определенными критериями в толковании понятий ее коллизионной привязки! С пер-

вого взгляда процесс нахождения применимого права действительно может показаться отличным от процесса применения обычных коллизионных норм. Но при более внимательном анализе можно прийти к выводу, что процессы применения коллизионных привязок *lex loci contractus* и наиболее тесной связи одинаковы. Судья и в том и в другом случае применяет право определенной страны на основании критериев, заложенных в коллизионной привязке, и в соответствии с принятой судом квалификацией. Кроме этого, необходимо учитывать, что в отечественной науке международного частного права господствует мнение о том, что коллизионная норма не просто отсылает к иностранной норме, а создает вместе с такой нормой правило поведения для участников гражданского оборота²⁷, то есть в данном случае речь идет о регулятивной функции коллизионной нормы. Таким образом, результат определения применимого права будет тоже одинаков – регулирование конкретного правоотношения совместно применяемыми коллизионной и материально-правовой нормами.

Подводя итог сказанному, мы приходим к выводу, что процесс и результат нахождения применимого права в соответствии с коллизионной привязкой наиболее тесной связи существенно не отличаются от аналогичных действий в отношении традиционных “жестких” коллизионных привязок. Поэтому сегодня нельзя говорить, что критерий наиболее тесной связи не является привязкой коллизионной нормы.

Однако следует признать, что рас-

²⁵ Кабатова Е.В. Указ. соч. С. 9.

²⁶ Вольф М. Международное частное право / Под ред. и с предисл. Л.А. Лунца. М., 1948. С. 240.

²⁷ Эта точка зрения была сформулирована в работах И.С. Перетерского и В.М. Корецкого и в дальнейшем развита Л.А. Лунцем. Она является преобладающей в современной отечественной науке международного частного права.

сматриваемый критерий является одновременно и генеральным принципом формирования содержания коллизионных норм. Действительно, чем должен руководствоваться законодатель, устанавливая коллизионную норму *lex rei sitae* или, скажем, *lex venditoris*? Он должен устанавливать такую коллизионную норму, которая наиболее тесно связана с правоотношением. Еще в дореволюционной отечественной литературе профессор Б.Э. Нольде писал: "...в каждой коллизионной норме имеется известное задание и ключ к решению проблемы; этот ключ заключается в том, что устанавливается обязательная связь известных правоотношений с какой-либо (а иногда и несколькими) материальной гражданской нормой. Жизненный нерв нормы именно в формуле, определяющей эту связь"²⁸. Таким образом, наличие наиболее тесной связи с правоотношением необходимо и безусловно, и в этом случае коллизионная норма является законченной.

Между тем в разное время наблюдались различные отступления от принципа наиболее тесной связи. Нередко законодатель устанавливал коллизионную норму для простоты применения, предсказуемости результата или из желания подчинить отношения сторон праву своей страны, что не всегда приводило к позитивным последствиям. И в этих случаях в литературе высказывались критические замечания в отношении таких норм как раз со ссылкой на отсутствие связи привязки коллизионной нормы с фактическими отношениями. Признание критерия наиболее тесной связи принципом формирова-

ния содержания коллизионной нормы должно всячески поощряться.

Следовательно, можно прийти к выводу, что критерий "наиболее тесная связь" имеет двоякую природу – с одной стороны, он может использоваться как привязка двухсторонней коллизионной нормы, а с другой – является принципом формирования содержания коллизионных норм. Демаркационной линией в разграничении наиболее тесной связи как принципа и как коллизионной нормы является цель использования этого критерия. Если он используется для непосредственного применения судом или иным правоприменимым органом и в нем указывается, что применяется право страны, наиболее тесно связанной с договором, то, очевидно, мы имеем дело с привязкой коллизионной нормы. В том же случае, когда имеется в виду создание новой коллизионной нормы на основе принципа наиболее тесной связи с правоотношением, – перед нами принцип формирования содержания коллизионных норм²⁹.

Критерий наиболее тесной связи как основополагающее начало нашел отражение в Римской Конвенции. Эта Конвенция стала попыткой сближения концептуальных подходов стран "общего права" и стран континентальной Европы. В странах континентальной Европы широкое распространение получила концепция "решающего исполнения". Считается, что впервые эта концепция была предложена А. Шнитцером³⁰. Однако необходимо отметить, что еще в русской дореволюционной литературе профессором Б.Э. Нольде высказывалось весьма похожее мнение. Суть его заключалась в том, что основное

²⁸ В кн.: Лист Ф. Международное право в систематическом изложении / Под ред. В.Э. Грабаря; С доп. редактора и автора раздела частного международного права, составленными Б.Э. Нольде. Юрьев, 1909. С. 471.

²⁹ См.: Ходыкин Р.М. Указ. соч. С. 214.

³⁰ Schnitzer A. Handbuch des internationalen Privatrechts. Basel, 1957. Bd. 1.

обязательство договора, составляющее его главное содержание, должно служить признаком, определяющим принадлежность договора к той или иной гражданской сфере, причем указывалось, что в этом случае договор имеет наиболее реальную связь с этой страной. Концепция решающего исполнения рассматривалась как разновидность привязки *lex loci solutionis* – закона места исполнения обязательства³¹. Отличие концепции А. Шнитцера состоит в том, что он привязывает отношения к праву того государства, где находится сторона, осуществляющая решающее исполнение, в то время как Б.Э. Нольде предлагал привязывать отношения к праву страны, где такое исполнение осуществляется. В официальном комментарии к Римской конвенции 1980 года профессор Миланского университета Марио Джулиано указывает, что в рабочей группе также обсуждалась возможность принять привязку к месту самого исполнения, но было принято решение о привязке статута договора к праву стороны договора, осуществляющей решающее исполнение³².

Суть концепции решающего (или характерного) исполнения состоит в том, что договор считается более тесно связанным с правом и, следовательно, должен регулироваться правом стороны, осуществляющей решающее исполнение для договора, например правом страны продавца – в договоре купли-продажи, правом страны подрядчика – в договоре подряда. Так, пункт 1 статьи 4 Римской конвенции гласит, что если стороны не выбрали применимое

право, то контракт должен регулироваться правом той страны, с которой он наиболее тесно связан. Если какая-то часть контракта имеет более тесную связь с другой страной, то эта часть может, в виде исключения, регулироваться правом этой другой страны. В пункте 2 статьи 4 Конвенции презюмируется, что договор наиболее тесно связан со страной, в которой сторона, которая осуществляет исполнение, являющееся характерным для договора, во время заключения договора имеет свое обычное местожительство или, в случае если это юридическое лицо, – свой центральный управляющий орган. В пункте 5 этой же статьи сформулирована защитная оговорка, что пункт 2 статьи не должен применяться, если с учетом всех обстоятельств договор наиболее тесно связан с другой страной. Таким образом, статья 4 Римской конвенции представляет собой конвергенцию двух концепций – концепции наиболее тесной связи и концепции характерного исполнения.

ГК РФ фактически воспринята модель, содержащаяся в пункте 1 статьи 4 Римской конвенции. В отличие от статьи 166 ранее действовавших Основ законодательства статья 1211 ГК РФ устанавливает генеральную норму, в соответствии с которой договор регулируется правом, наиболее тесно с ним связанным. Пунктом 2 этой статьи устанавливается презумпция: договор считается наиболее тесно связанным с правом стороны, осуществляющей решающее исполнение для договора. А в пунктах 2–5 устанавливается изъятие: если из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела вытекает, что договор более тесно связан с другой страной, то применяется право этой страны.

При этом необходимо учитывать, что в основном решающее исполнение не может состоять в уплате де-

³¹ См. в кн.: Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. С. 517.

³² Giuliano M., Lagarde P. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations // Official Journal of the European Communities. Vol. 23. 1980, October. P. 282/21.

нежной суммы по договору, ибо такое исполнение характерно практически для всех договоров. Такое решение прямо закрепляется в законодательстве некоторых иностранных государств. Например, в Австрии до принятия изменений в Федеральный закон о международном частном праве 1978 года договор считался подчиненным праву страны того из контрагентов, чье основное обязательство состоит не в уплате денежной суммы (§ 36)³³.

Комментаторы Римской конвенции обращают внимание на то, что не только весь контракт может быть связан с правом иной страны более тесно, нежели установлено презумпциями, но и отдельная часть его: “Если часть договора может быть отделена от остальных частей и является более тесно связанный с другой страной, то в порядке исключения право этой страны может быть применено к этой части договора”³⁴.

Какие же факты могут свидетельствовать о том, что договор, несмотря на указание на решающее исполнение, более тесно связан с другой страной? В связи с тем, что критерий наиболее тесной связи первоначально разрабатывался в странах “общего права”, необходимо обратиться к работам англо-американских юристов.

М. Вольф пишет: “В решении по делу *Rex v. International Trustee* лорд Аткин указывает на четыре типичных факта, которые могут привести к “первоначальному выводу” о применимом праве, и все они могут быть опровергнуты контрсоставлениями: место совершения договора, место исполнения договорных обязательств, местонахождение недвижимого имущества, составляющего

предмет договора, и флаг, под которым судно плавает”³⁵. Далее автор указывает обстоятельства, которые необходимо учитывать, когда делаются попытки установить подлежащее применению право: место постоянного пребывания; домицилий; местонахождение предприятия; гражданство (национальность); подчинение праву суда, имеющего юрисдикцию по делу в силу соглашения сторон (право договорной юрисдикции); право, способствующее действительности договора³⁶. Анализируя указанный перечень, необходимо отметить, что английские суды часто отыскивали совершенно второстепенные элементы договора, лишь бы подчинить отношения сторон английскому праву.

В США Свод правил о конфликте законов 1971 года (иногда именуется “Свод законов по международному частному праву”³⁷) воспринял учение “о выборе факторов” Уиллиса В.М. Риза. Как раз У. Риз ввел категорию “наиболее существенной связи”, или “группируемых контактов”, цель которой – помочь судье ориентироваться в том, какие разноместные нормы и законодательства следует избрать для разрешения спора³⁸. В параграфе 6 Свода правил содержатся принципы, призванные помочь суду определять наиболее тесную связь:

1. Суд в соответствии с конституционными ограничениями следует законному установлению своего штата в отношении выбора права.

2. Если такое законное установление отсутствует, то при определении применимого права учитываются следующие факторы:

³³ См.: Международное частное право: иностранное законодательство / Предисл. А.Л. Маковского; Сост. и научн. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Мурнов. М.: Статут, 2000. С. 156–157.

³⁴ *Guiliano M., Lagarde P.* Op. cit. P. 282/23.

³⁵ Вольф М. Указ. соч. С. 459.

³⁶ Там же. С. 465–469.

³⁷ См.: Международное частное право: современные проблемы. С. 390.

³⁸ *Reese W., Cheatham W.* Choice of applicable law // Columbia Law Review. 1952. P. 959.

- а) требования междуродной и международной систем;
- б) политика, выраженная в нормах права местонахождения суда;
- в) политика штатов, имеющих интерес, и интересы этих штатов в разрешении вопроса определенным образом;
- г) защита обоснованных и правомерных ожиданий сторон;
- д) основные принципы, лежащие в основе конкретной области права;
- е) определенность, предсказуемость и единообразие результатов;
- ж) легкость определения и применения выбранного права.

Учение У. Риза подверглось значительной критике. В качестве недостатков указывалось на то, что эта концепция сильнее ориентирована на вопросы межштатных коллизий и не все ее положения будут работать, если их перенести на европейскую почву³⁹. Ю.Э. Монастырский полагает: "Факторы единства и государственної политики почти всегда являются противоположными, потому что основаны на двух различных методиках отыскания применимого права"⁴⁰. Кроме того, названные критерии очень часто приводят к применению *lex fori* (закона страны суда), что также не всегда положительно сказывается на развитии международного частного права.

Для выбора критерия, которым следует руководствоваться при определении свойственного договору пра-

ва, что можно отнести и к определению наиболее тесной связи, представляется правильным учитывать предложения Дж. Чешира и П. Норта: "Связь со страной или правовой системой должна быть у сделки (*transaction*), которую имеет в виду договор. Другими словами, налицо должна быть связь с самим существом договорного обязательства, с тем, что подлежит совершению по договору, а не с юридико-техническими формальностями договора"⁴¹.

Подводя итог, мы полагаем, что критериями, которые, несмотря на презумпцию решающего исполнения, указывают на применение права страны, более тесно связанной с договором, могут являться: субъекты (стороны); предмет сделки; местонахождение предмета сделки; флаг, под которым судно плавает; защита оправданных ожиданий сторон; единообразие результатов. Приводя эти факторы, мы не претендуем дать их исчерпывающий перечень, а лишь делаем попытку помочь российскому правоприменителю в применении статьи 1211 ГК РФ. Подробное же рассмотрение критериев определения более тесной связи должно быть предметом самостоятельного исследования.

Р.М. ХОДЫКИН,
аспирант кафедры
международного частного
и гражданского права
МГИМО (Университета)
МИД России,
адвокат коллегии адвокатов
"Монастырский, Зюба, Степанов
и партнеры"

³⁹ См.: Международное частное право: современные проблемы. С. 393.

⁴⁰ Монастырский Ю.Э. Господствующие доктрины коллизионного права в США: Дис. ... канд. юр. наук. М., 1999. С. 86.

⁴¹ Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 264.