

36 процессе ограничено. Развитие и применение международного коммерческого права в международной торговле происходит в рамках специализированных экономических международных организаций.

Несмотря на масштабные процессы унификации и гармонизации права, деятельность международных организаций, функционирование международного коммерческого права МЧП остается наиболее противоречивой, пробельной и сложной отраслью права. Даже в современном мире государства неохотно идут на принципиальные изменения своего законодательства в целях сближения его с правом других государств или с международным правом. Особую сложность вызывают частноправовые отношения с участием государств (компенсационные соглашения — концессионные договоры, соглашения о разделе продукции, сервисные соглашения, отношения с иностранными инвесторами). В целях устранения наиболее острых противоречий в области развития внешнеэкономической деятельности создана целая система международных правоприменительных органов по рассмотрению споров в данной сфере — Международный центр по урегулированию инвестиционных споров (МЦУИС), Многостороннее агентство по гарантиям инвестиций (МИГА), Арбитражный суд при Международной торговой палате.

2 *тема*

ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

2.1. Понятие и специфика источников международного частного права

Источник права — это форма существования правовых норм. Как и само МЧП в целом, его источники имеют двойственный и парадоксальный характер. Специфика источников МЧП порождена его предметом регулирования: частноправовые отношения, отягощенные иностранным элементом, т.е. лежащие в сфере международного общения и затрагивающие интересы двух и более государств. С одной стороны, МЧП представляет собой отрасль нацио-

нального права, следовательно, его источники имеют национально-правовой характер. С другой — МЧП регулирует именно международные гражданские правоотношения, следовательно, международное право выступает самостоятельным источником этой отрасли права. В пользу данной точки зрения говорит и сама нормативная структура МЧП: унифицированные международные нормы (и материальные, и коллизионные) непосредственно входят в его структуру и являются ее неотъемлемой частью. Именно такое положение вещей и предопределяет двойственный характер источников МЧП (одновременно и национальный, и международно-правовой).

Национальным источником МЧП является вся внутренняя правовая система в целом, весь правопорядок данного государства. Такой подход при определении национальных источников МЧП связан с тем, что его основополагающей частью являются коллизионные нормы, отсылающие не к конкретному закону, а ко всей правовой системе, ко всему правопорядку в целом. На первом месте среди внутренних источников МЧП стоят, естественно, законы и подзаконные акты. Во многих государствах приняты специальные законы о международном частном праве. Но даже в таких государствах национальное гражданское, торговое, семейное, трудовое, гражданско-процессуальное и арбитражное законодательство в целом можно назвать источником МЧП. Немаловажное место среди источников занимают и национальные правовые обычаи в сфере МЧП (следует сразу отметить ограниченное количество таких обычаев во всех государствах). Конкретные вопросы регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом в основном регламентируются во внутригосударственных подзаконных актах, ведомственных и межведомственных инструкциях, которые также входят в правовую систему государства и выступают в качестве источников МЧП. Национальная судебная и арбитражная практика в принципе выделяется как самостоятельный источник МЧП, но это также часть национального правопорядка, поэтому судебную практику можно отнести и к национальному праву как источнику МЧП.

По аналогии с национальным правом можно утверждать, что источником МЧП является международное право в целом. В систему международно-правовых источников МЧП входят международные

38 договоры, международные правовые обычаи и система негосударственного регулирования внешнеторговой деятельности (международное коммерческое право). Из всех международно-правовых источников МЧП основное значение принадлежит именно международным договорам. Кроме того, нельзя забывать, что общепризнанные нормы и принципы международного права являются частью правовой системы большинства государств и имеют примат над нормами национального права в случае их противоречия (ст. 15 Конституции РФ и ст. 7 ГК РФ).

Парадоксальный характер источников МЧП проявляется в том, что самостоятельными источниками этой отрасли права являются такие формы существования правовых норм, которые в других отраслях права считаются либо вспомогательными источниками, либо средствами определения и толкования правовых норм, либо просто правовыми институтами. Это связано с тем, что МЧП отличается особой сложностью, и в нем, как ни в какой другой отрасли права, имеется огромное количество пробелов. Такими источниками МЧП можно назвать судебную и арбитражную практику (и национальную, и международную), доктрину (науку) права, аналогию права и аналогию закона, автономию воли сторон, общие принципы права цивилизованных народов.

Источники российского международного частного права перечислены в ГК РФ — ст. 3, ст. 5–7, ст. 1186; в ГПК РФ — ст. 11; в АПК РФ — ст. 13; в СК РФ — ст. 3–6. Российское законодательство в качестве источников МЧП признает национальное право, международные договоры и обычаи, аналогию права и закона.

2.2. | Национальное право как источник международного частного права

Национальное право является основным и первостепенным источником МЧП как отрасли именно национального права. Основную роль в создании норм МЧП играют *национальные* законы. На первом месте стоят те национальные законы, которые специально предназначены для регулирования гражданско-правовых отношений с иностранным элементом (специальные законы о международ-

ном частном праве, инвестиционное законодательство, законодательство о налогообложении иностранных лиц, законодательство о компенсационных соглашениях). Однако при этом не следует забывать, что основным законом любого государства (и, соответственно, главным источником всего национального права) является конституция этого государства. Говоря об источниках российского международного частного права, прежде всего следует упомянуть Конституцию РФ. Необходимо подчеркнуть, что Конституция устанавливает только самые общие начала регулирования международных гражданских отношений (гл. 2). Конкретные вопросы правовой регламентации содержатся в специальных федеральных законах. В законодательстве РФ, регулирующем отношения в сфере МЧП, следует выделить: Гражданский кодекс, Гражданский процессуальный кодекс, Арбитражно-процессуальный кодекс, Трудовой кодекс, Семейный кодекс, Налоговый кодекс, Таможенный кодекс, Воздушный кодекс, Кодекс торгового мореплавания, Основы законодательства о нотариате, Закон о МКАС. Подзаконные акты, ведомственные инструкции, ненормативные акты министерств и ведомств РФ также являются источниками российского МЧП. Разумеется, все перечисленное законодательство, так же как подзаконные акты и ведомственные инструкции, в целом не могут считаться источниками российского МЧП. Речь идет о содержащихся в них отдельных нормах, главах и разделах, специально посвященных регулированию частноправовых отношений с иностранным элементом.

В российском праве отсутствует отдельный закон о международном частном праве, хотя проект такого закона на доктринальном уровне был подготовлен уже в 80-х годах XX в. К сожалению, полной кодификации российского международного частного права произвести не удалось, специальный закон о МЧП не рассматривался даже на уровне законопроекта. В российском праве произведена межотраслевая кодификация — в ГК, СК, КТМ, ГПК и АПК включены специальные главы и разделы, регулирующие частноправовые отношения с иностранным элементом. Основные источники российского МЧП — разд. VI ГК РФ, разд. VII СК РФ, гл. XXVI КТМ РФ, разд. V ГПК, гл. 31, 32, 33 АПК РФ. Главный источник — это

40 разд. VI ч. 3 ГК РФ, поскольку положения гражданского законодательства могут применяться по аналогии ко всем частноправовым отношениям, не урегулированным специальным законодательством (ст. 4 СК РФ). Особое значение имеет гл. 66 разд. VI части 3 ГК РФ, которая содержит общие положения применения иностранного права на территории РФ и устанавливает общие принципы регулирования всех частноправовых отношений с иностранным элементом.

Несмотря на то что межотраслевая кодификация российского международного частного права была предпринята совсем недавно (1995 — 2003 гг.), все законодательные акты в этой области уже продемонстрировали большое количество пробелов и других серьезных недостатков. Основные пороки российского законодательства о МЧП — неопределенность формулировок и положений, наличие «отсылочных» и «бланкетных» коллизионных норм, постоянная необходимость применения аналогии права и закона, практическая невозможность непосредственного применения норм ГК (без толкования и разъяснения пленумами высших судов), полное отсутствие регулирования трудовых отношений с иностранным элементом в ТК РФ, огромное количество неурегулированных вопросов в СК РФ. В принципе на современной стадии развития международных гражданских отношений в РФ следовало бы принять отдельный, специальный закон, который регулировал бы весь спектр отношений в области МЧП. Полномасштабная кодификация международного частного права вообще имеет серьезные преимущества по сравнению с межотраслевой — меньшее количество пробелов, отсутствие «взаимных отсылок» и необходимости применять различные нормативные акты, меньше оснований для применения аналогии права и закона.

В праве многих зарубежных государств уже давно произведена полномасштабная кодификация МЧП — приняты специальные законы о международном частном праве и процессе (Турция, Балканские страны, Италия, Грузия, Тунис, Таиланд, Румыния). При этом, как правило, в одном законодательном акте имеет место отдельное регулирование вопросов внутригосударственного международного частного права и международного гражданского процесса.

Эталонными (с точки зрения юридической техники) национальными законами о МЧП являются специальные кодификации МЧП в Польше, Чехии, Венгрии, Австрии и Швейцарии. Кодификация МЧП может производиться не только посредством принятия специального закона, но и иными способами, — например, в ФРГ был принят Вводный закон к ГГУ, содержащий полномасштабную кодификацию международного частного права Германии. По этому же пути пошел и японский законодатель — в 1989 г. к ЯГК был принят Вводный закон, содержащий нормы японского МЧП. Точно такие же Вводные законы приняты к Гражданским кодексам Испании и Бразилии.

Довольно своеобразно развивается международное частное право во Франции. Первоисточником французского МЧП является ФГК 1804 г. Этот нормативный акт содержит всего несколько коллизионных правил одностороннего и императивного характера (предусматривающих применение исключительно французского права к отношениям с иностранным элементом). В порядке интерпретации этих норм и на их основе практика французских судов первой и второй инстанций сформулировала обширный конгломерат коллизионных норм по различным видам гражданских правоотношений. Таким образом, развитие французского МЧП осуществляется посредством судебной практики (учитывая при этом, что Франция не является страной прецедентного права). В большинстве же государств мира нормы их национального международного частного права, как и в России, сформулированы в отдельных главах и разделах гражданских кодексов (Португалия, Скандинавские страны, Греция, страны Бенилюкса, большинство государств Азии, Африки и Латинской Америки).

Ни в Великобритании, ни в США не существует специальных законов, кодифицирующих МЧП этих государств. В англо-американском праве решающее значение имеет система судебных прецедентов, хотя по отдельным вопросам издаются специальные законы, в которых содержатся нормы МЧП (Закон об иммунитете иностранного государства США 1976 г., Единообразный торговый кодекс США 1962 г., Закон Великобритании о государственном иммунитете 1978 г., Закон Великобритании об арбитраже 1996 г.).

- 42** В США на федеральном уровне выработан Свод законов о конфликтах законов 1972 г., который представляет собой частную (произведенную не законодателем, а правоведами) общенациональную кодификацию МЧП, имеющую рекомендательный характер. Однако в отдельных штатах есть специальные законы о МЧП (ГК штата Луизианы 1981 г.).

2.3. | Международное право как источник международного частного права

Международно-правовыми источниками МЧП выступают международный договор, международный обычай, международное коммерческое право.

Международный договор имеет наиболее важное значение как источник МЧП. Между договорами в области международного публичного и международного частного права есть существенные различия. Создателем (субъектом) и адресатом норм международных соглашений в международном публичном праве одновременно выступает само государство. Государство создает нормы международного публичного права, самому себе их адресует и на себя же возлагает ответственность за их нарушение. Нормы международных соглашений, регулирующих отношения в сфере публичного права, как правило, являются самоисполнимыми. Они адресованы государству в целом и не могут быть применены в национальном праве без издания специального внутригосударственного акта, конкретизирующего такие нормы и приспособляющего их для действия в национальном праве.

Создателем (субъектом) норм международных соглашений, регулирующих проблемы МЧП, также является государство. Независимо от предмета регулирования, любое межгосударственное соглашение входит в сферу международного публичного права. Однако подавляющее большинство международных конвенций, посвященных регламентации частноправовых вопросов, адресованы не государству в целом, а его национальным правоприменительным органам, физическим и юридическим лицам. Такие международные договоры содержат в основном самоисполнимые нормы, т.е. конкретные

и завершённые, уже полностью приспособленные для непосредственного действия в национальном праве. Для имплементации норм такого международного договора во внутреннее право не нужно издания специальных законов, а достаточно ратификации договора или его подписания. Разумеется, все международные соглашения по вопросам МЧП содержат и обязательства государств в целом (изменить свое законодательство в целях исполнения обязательств по данному соглашению, денонсировать ранее заключенные соглашения и др.). Однако поскольку нормы подобных договоров адресованы непосредственно национальным участникам гражданских правоотношений, то имеется прямая возможность непосредственного применения норм международных договоров в национальных судах и арбитражах (ст. 7 ГК РФ).

Международные договоры, регулирующие вопросы МЧП, составляют в международном праве целую систему. Основное количество таких договоров — двусторонние (договоры о правовой помощи по гражданским, семейным и уголовным делам, консульские конвенции, договоры о торговле и мореплавании, торговом судоходстве). Наиболее важное значение для международного сотрудничества имеют, естественно, не двусторонние, а универсальные международные соглашения, устанавливающие единообразное правовое регулирование на глобальном уровне. С начала XX в. в рамках различных международных организаций (Гаагские конференции по МЧП, УНИДРУА, МОТ и др.) предпринимались попытки универсальной кодификации МЧП.

В настоящее время разработана целая система универсальных Гаагских, Брюссельских и Женевских конвенций, регулирующих отношения практически во всех областях МЧП. Заключены, вступили в силу и достаточно успешно действуют универсальные международные соглашения о защите иностранных инвестиций, о регулировании международной купли-продажи и других внешнеторговых сделок, о праве интеллектуальной собственности, вексельном и чековом праве, о брачно-семейных отношениях, по вопросам международного гражданского процесса. Основной недостаток большинства таких соглашений — их недостаточно представительный характер (например, в Венской конвенции ООН о договорах меж-

44 дународной купли-продажи товаров 1980 г. участвуют всего около 100 государств мира). Многие универсальные международные соглашения в сфере МЧП, принятые довольно давно, до сих пор не вступили в силу, так как не набрали необходимого количества участников.

Значительно более успешна кодификация международного частного права, производимая посредством заключения международных конвенций регионального характера. В современном мире существует единственная межгосударственная кодификация МЧП на региональном уровне — это Кодекс Бустаманте 1928 г. (участники — государства Центральной и Южной Америки). Кодекс Бустаманте — это полномасштабная кодификация унифицированных региональных коллизионных норм, которые действуют и применяются судами всех государств-участников. Кодекс представляет собой до сих пор непревзойденную межгосударственную унификацию коллизионного права. В 60-х годах XX в. был создан Международный симпозиум по Кодексу Бустаманте — универсальная межправительственная международная организация, членами которой являются государства разных регионов (Польша, Австрия, Египет и др.). Региональные конвенции по вопросам сотрудничества в области МЧП заключаются в рамках различных международных организаций — например, Конвенция СНГ о правовой помощи 1993 г. (и новая Конвенция СНГ о правовой помощи 2002 г.), конвенции Европейского совета (Конвенция об усыновлении детей 1967 г., Конвенция о репатриации несовершеннолетних 1970 г., Конвенция о правовом статусе детей, рожденных вне брака, 1975 г.).

В рамках Европейского союза международное частное право и вопросы сотрудничества в области правосудия включены в качестве «первоосновы» в компетенцию ЕС. В настоящее время разрабатывается Европейский процессуальный кодекс, предназначенный для применения как в национальном, так и в транснациональном процессе.

Международно-правовой обычай. Как источник международного публичного права международно-правовой обычай определен в Статуте Международного Суда ООН. Обычай — это всеобщая практика, признанная в качестве правовой нормы. Для того чтобы практика приобрела характер обычной нормы права, необходимы дли-

тельность, регулярность, устойчивость и повторяемость ее применения. Кроме того, такая практика официально должна быть признана в качестве нормы права. Обычай считается устной формой источников права. Это, однако, не означает отсутствия письменной фиксации международных правовых обычаев. Наоборот, все обычаи (и национально-правовые, и международные) практически всегда закрепляются именно в письменной форме. То, что этот источник права считается устным, означает только то, что запись обычаев производится в ненормативных актах (судебной практике, дипломатической переписке, односторонних заявлениях государства, частных неофициальных кодификациях).

В международном частном праве наиболее важную роль играют международные торговые обычаи, обычаи делового оборота и обычаи торгового мореплавания. Во внешней торговле разработаны типы обычных сделок, основанные на унифицированном толковании устойчивых торговых, деловых и банковских терминов. Международной торговой палатой в Париже произведено несколько частных неофициальных кодификаций международных обычаев: Варшавско-Оксфордские правила по сделкам на условиях СИФ, Йорк-Антверпенские правила об общей аварии (последняя редакция — 1994 г.), Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (инкотермс-2000), Унифицированные правила по документарным аккредитивам и инкассо и др. Все эти акты не имеют нормативного характера и не являются источником права. Это просто запись, письменная фиксация обычных норм права. Источником права здесь выступает каждое отдельное правило поведения, отдельный тип сделки. Международный обычай признается как источник права в российском законодательстве — ст. 5 и п. 6 ст. 1211 ГК РФ. В КТМ РФ содержится специальная отсылка к нормам международного обычая — распределение убытков при общей аварии производится в соответствии с Йорк-Антверпенскими правилами в редакции 1994 г.

Международное коммерческое право. Понятие *lex mercatoria* (международного коммерческого права, транснационального торгового права, права международного сообщества коммерсантов) появилось сравнительно недавно — в середине XX в. Под международным коммерческим правом принято понимать систему негосударственного ре-

46 гулирования внешнеторговой деятельности. Эта система еще определяется как «мягкое, гибкое» право (в смысле рекомендательного характера его норм — участники правоотношения не связаны императивными государственными предписаниями). К понятию международного коммерческого права примыкают понятия «квазимеждународное право» и «право ТНК».

Преимущества международного коммерческого права по сравнению с национальным законодательством и международными договорами заключаются именно в предоставлении участникам международной торговли максимума свободы действий. Основа *lex mercatoria* — резолюции-рекомендации международных организаций по вопросам внешней торговли (общие условия поставок, договоры-формуляры, договоры присоединения, типовые контракты, типовые регламенты). Роль в развитии международного коммерческого права играют ВТО, МТП, ЮНСИТРАЛ и другие международные организации.

В системе негосударственного регулирования внешней торговли следует особо отметить общие условия поставок, разработанные Европейской экономической комиссией ООН; стандарты Комиссии по внутреннему транспорту; стандарты и рекомендации ИКАО и ИМО; типовой международный патент, разработанный Международным центром патентной документации (ИНПАДОК). В российской правовой доктрине международное коммерческое право не признавалось вплоть до конца 80-х годов XX в. (в связи с государственной монополией внешней торговли). Только в начале 90-х годов состоялось признание *lex mercatoria* как части международного публичного права и источника международного частного права и в российской юридической науке.

2.4. Судебная и арбитражная практика как источник международного частного права

Во многих зарубежных государствах судебная и арбитражная практика в качестве источника МЧП играют более важную роль, чем национальное законодательство и международное право (Франция, Великобритания, США). Под судебной и арбитражной практикой, выступающей источником права, понимают решения судов

(как правило, высших инстанций), которые имеют правотворческий характер — формулируют новые нормы права. Нужно иметь в виду, что правотворческая роль судов и арбитражей заключается не в создании новых норм права, — суды не имеют законотворческих полномочий и не могут «творить» право. Суды только выявляют действующее (позитивное) право и формулируют его именно как систему юридически обязательных предписаний. В принципе суд только фиксирует уже имеющееся правило поведения, которое в обществе расценивается как имеющее обязательный характер.

Правотворческая деятельность судов в очень большой степени зависит от судейского усмотрения, которое имеет решающее значение при выявлении сложившихся правил поведения, уже признанных общественным сознанием в качестве обязательных предписаний. Судейское усмотрение играет решающую роль не только при выявлении права, но и в его толковании, определении и применении. Принцип свободы судейского усмотрения является одним из основных принципов современного судопроизводства. В международном частном праве этот принцип имеет особое значение: восполнение пробелов в правовом регулировании частных отношений с иностранным элементом, квалификация юридических понятий, установление «подразумеваемой» воли сторон, определение закона «существа отношения», установление критерия наиболее тесной связи — все это является прямыми обязанностями судов.

Англо-американское право в принципе основано на системе судебных прецедентов, которые в этих странах играют роль основного источника права (в том числе и международного частного). Судебный прецедент можно определить следующим образом — это решение вышестоящего суда, имеющее императивное, решающее значение для нижестоящих судов при разрешении ими аналогичных дел в дальнейшем. Никакое решение суда не становится прецедентом автоматически; оно должно получить статус прецедента в установленном законом порядке. Судебный прецедент как решение, имеющее руководящее значение при решении аналогичных дел в дальнейшем, используется практически во всех государст-

48 вах, но только в странах общей правовой системы есть целостное прецедентное право. Наибольшее количество прецедентов — в английском праве. Их настолько много, что это в очень большой степени усложняет и замедляет судебную процедуру. В современной судебной практике Великобритании господствует узаконенная тенденция к ограничению количества прецедентов в английском праве. Суды стремятся принимать решения, основанные на презумпции «отыскания закона, свойственного данному договору», т.е. решения, которые основаны строго на данных, конкретных фактических обстоятельствах и не могут быть применены при решении аналогичных дел в дальнейшем.

В настоящее время уже сложилась и действует региональная система прецедентного права — европейское прецедентное право, сложившееся в рамках Европейского союза (ЕС) и выработанное Европейским судом. Все решения этого Суда обязательны для государств — членов ЕС, их национальных судов и административных органов, физических и юридических лиц и автоматически имеют характер прецедента. Судебные органы стран — членов ЕС не вправе принимать решения, противоречащие решениям Европейского суда, которые имеют решающее значение и обязательно должны применяться по аналогии. Европейский суд играет решающую роль в развитии регионального международного частного права в странах ЕС.

В российском законодательстве судебная и арбитражная практика формально юридически не считается источником права. Отечественный законодатель расценивает практику правоприменительных органов в качестве основного средства для толкования, определения и применения правовых норм. Такой подход полностью противоречит сложившейся практике. На самом деле российские суды и арбитражи играют точно такую же роль по выявлению действующего права и его формулированию, как и суды тех государств, в которых судебная практика признана официальным источником права. Значение источника права имеют в первую очередь разъяснения пленумов Верховного Суда РФ и Высшего Арбитражного Суда РФ. Формально юридически эти разъяснения имеют рекомендательный характер, но на практике никакое проти-

воречащее им решение нижестоящих судов не вступает в законную силу. В отечественной литературе уже высказывалась точка зрения, что решения Конституционного Суда РФ — это судебный прецедент, а система решений и постановлений Конституционного Суда РФ представляет собой начало формирования российского прецедентного права.

Особо важное значение практика российских правоприменительных органов имеет для развития и усовершенствования российского международного частного права. Уже говорилось, что одним из самых существенных недостатков отечественного законодательства в сфере МЧП является неопределенность его формулировок и фактическая невозможность их непосредственного применения судами, без соответствующих разъяснений пленумов. Кроме того, российское международное частное право отличается огромным количеством пробелов, восполнить которые проще всего именно при помощи судебной практики, а не посредством внесения изменений в законодательство. Реальная жизнь идет именно по этому пути, так что фактически судебная и арбитражная практика давно являются самостоятельным источником российского МЧП.

2.5. Доктрина права, аналогия права и закона, общие принципы права цивилизованных народов как источник международного частного права

Все эти институты считаются самостоятельными источниками международного частного права в законодательстве большинства зарубежных государств и в зарубежной правовой науке. В российском законодательстве и в господствующем отечественном правоведении перечисленные институты к источникам права не относятся (за исключением аналогии права и закона).

Доктрина права. Доктрина права — это высказывания ученых, признанные на официальном, государственном или международном уровне (экспертные заключения, комментарии к законодательству, ответы на запросы официальных органов и должностных лиц).

50 В любом цивилизованном государстве существует «право разногласий» — все ученые вправе высказывать совершенно различные мнения по одному и тому же вопросу. Если доктрина имеет практическое применение, то государственные органы полностью свободны в выборе между различными точками зрения, высказанными юристами. Российский законодатель учитывает оценку доктрины как источника международного частного права в других государствах (ст. 1191 ГК РФ, ст.14 АПК РФ), но не считает разработки российских ученых даже вспомогательным источником права. Такая позиция в корне неверна, поскольку именно юридическая наука (сравнительное правоведение и системный анализ) сыграла основополагающую роль в становлении и развитии МЧП.

С 90-х годов XX в. Американский институт права занимается сравнительным изучением и разработкой проекта Транснационального гражданско-процессуального кодекса. Этот проект является предметом научных дискуссий в большом количестве государств. Американский институт права обратился к Римскому институту унификации частного права (УНИДРУА) с предложением о сотрудничестве. УНИДРУА в 1999 г. включил подготовку Транснационального гражданско-процессуального кодекса в программу своей деятельности.

В настоящее время доктрина международного частного права широко используется в целях его унификации и гармонизации. Разработки Международного института по унификации частного права (УНИДРУА), Гаагских конференций по МЧП и Комиссии международного права лежат в основе многих международных соглашений и применяются большинством национальных законодателей для усовершенствования МЧП различных государств. Например, с 1992 г. Гаагские конференции изучают возможность разработки универсальной конвенции о признании и исполнении судебных решений, предусматривающей непосредственное разграничение компетенции национальных судебных органов. Проект этой конвенции был разработан в 1999 г. и одобрен на XIX сессии Гаагских конференций.

В конце 90-х годов XX в. Международный союз адвокатов выступил с инициативой создания международного унификационного проекта «Общие принципы мультиюрисдикционных споров в тор-

говых делах». В проект включены положения о предварительных и обеспечительных мерах, прекращении и приостановлении производства, понятии «ненадлежащего форума», об исковой давности, о принудительном исполнении и доказательстве содержания иностранного права.

Оценка доктрины в качестве самостоятельного источника международного частного права связана с различным регулированием одних и тех же отношений в законодательстве разных государств и необходимостью унификации такого регулирования; с наличием в МЧП огромного количества пробелов — намного большего, чем в других отраслях права. Основной функцией доктрины как источника МЧП является максимальное восполнение этих пробелов на уровне научных разработок.

Проблемами международного частного права занимались и занимаются многие видные ученые: Вольф, Нуссбаум, Рабель, Кох, Магнус, Нибуайе, Батиффоль, Анцилотти, Дайси, Чешир, Норт, Кук, Биль, Гудрич, Л.А. Лунц, Г.К. Дмитриева, Н.И. Марышева, Л.П. Ануфриева, Н.Е. Ерпылева, О.Н. Садиков, В.П. Звеков, А.И. Минаков, А.Л. Маковский, М.М. Богуславский, Н.Г. Доронина, К.А. Бекашев.

Аналогия права и аналогия закона. Аналогия закона — когда отношения прямо не урегулированы законодательством, или соглашением сторон, или обычаями делового оборота, к таким отношениям (если это не противоречит их существу) применяется законодательство, регулирующее сходные отношения. Аналогия права применяется, если невозможно использовать аналогию закона: права и обязанности сторон определяются исходя из общих начал и требований законодательства, требований добросовестности, разумности и справедливости. Аналогия права и закона известны со времен римского права законодательству большинства государств мира. Практически везде эти институты считаются источниками права (как и в российском законодательстве — ст. 6 ГК РФ, ст. 5 СК РФ, ст. 11 ГПК РФ, ст. 13 АПК РФ).

Исходя из смысла перечисленных норм, российский законодатель расценивает аналогию права и закона как самостоятельные источники российского частного права (в том числе и международного

52 частного). Такая же оценка аналогии права и закона (как самостоятельных источников МЧП) имеет место и в зарубежном законодательстве, судебной практике и доктрине. Причины подобной оценки этих институтов — те же самые, вследствие которых в зарубежном законодательстве самостоятельным источником МЧП считается доктрина права. Основными функциями аналогии права и закона в международном частном праве являются: восполнение пробелов, адаптация коллизионных норм, решение интерлокальных, интертемпоральных и интерперсональных коллизий, толкование принципа реальной связи и закона существа отношения.

Общие принципы права цивилизованных народов. В соответствии со ст. 38 Статута Международного Суда ООН общие принципы права — самостоятельный источник международного публичного права. Правда, они не являются его основными источниками, в роли которых выступают международный договор и международно-правовой обычай. В Статуте, кроме того, подчеркивается, что по желанию сторон Суд может разрешать спор не на основе международного права, а на основе принципов справедливости и доброй совести (принцип справедливости и доброй совести — это один из общих принципов права). Под «цивилизованными народами» понимаются те государства, чьи частноправовые системы основаны на рецепированном римском праве. Система «права народов» в римском праве — основа современного международного публичного права (точно так же, как и международного частного). Отсюда можно сделать однозначный вывод — общие принципы права входят в систему международного права, следовательно, являются международно-правовыми источниками международного частного права любого государства.

Выделение этих принципов в качестве самостоятельного источника МЧП связано с их двуединой ролью в системе МЧП — это одновременно и его основные принципы, и форма существования правовых норм. В современном мире четко прослеживается тенденция постоянного применения общих принципов права национальными и международными судами и арбитражами. В основном такое регулирование используется для разрешения споров с участием транснациональных корпораций, офшорных компаний, компаний между-

народного бизнеса, международных юридических лиц, споров между государством и частными иностранными инвесторами.

Общие принципы права упоминаются в российском законодательстве (ст. 6 ГК РФ): принципы добросовестности, разумности и справедливости. Однако российский законодатель не выделяет такие принципы в качестве отдельного источника права, что противоречит как смыслу российского законодательства, так и общим мировым тенденциям правового развития. Основная роль общих принципов права как источника МЧП заключается в решении частного правоотношения, затрагивающего интересы двух и более государств, не на основе их национального права, а при помощи общих для всех традиционных правовых постулатов.

2.6. Автономия воли субъектов правоотношения как источник международного частного права

Автономия воли участников гражданского правоотношения — это фундаментальный, основополагающий принцип любой внутригосударственной частноправовой системы. Сущность автономии воли заключается в свободе сторон вступать или не вступать в любые частноправовые отношения, как урегулированные, так и не урегулированные законодательно. В международном частном праве автономия воли играет особую роль: она выступает как триединое явление — источник МЧП, его главный специальный принцип и одна из коллизионных привязок. Такое положение автономии воли является феноменом и свойственно только международному частному праву.

Автономия воли как источник права заключается в возможности субъектов договора избрать любую модель поведения, никому не известную, никем не опробованную, абсолютно новую для данной правовой системы. При этом автономия воли не имеет неограниченного характера: любой национальный законодатель устанавливает ее пределы, — частные соглашения не должны нарушать государственно-властные установления (в том числе и императивные нормы частного права — о форме сделки, сроках исковой давности, пределах ответственности и т.д.). Модель поведения, избранная сторонами, строго обязательна для самих сторон отношения и для всех го-

54 государственных органов (в первую очередь судов и арбитражей). Во всех правовых системах автономия воли оценивается как частный закон (*lex privata*). Автономия воли субъектов договора считается основным источником обязательственного права (в том числе и права внешнеэкономических сделок) в зарубежной практике и доктрине.

Некоторые зарубежные ученые считают автономию воли источником не только материального (конкретной модели поведения), но и коллизионного права. Согласно учению Манчини, закон гражданства, автономия воли и публичный порядок составляют основу международного частного права. С такой точкой зрения согласиться нельзя, поскольку автономия воли как выбор применимого права сторонами сделки — это не источник права, а коллизионная привязка, установленная в законе или договоре. Об автономии воли как источнике коллизионного права можно говорить только в том смысле, что стороны сами определяют применимый правопорядок, и их выбор представляет собой *lex privata* для правоприменительных органов.

По существу, автономия воли как источник российского обязательственного права закреплена в ст. 421 ГК РФ. Стороны вправе вступать в любые договорные отношения, в том числе и не предусмотренные в ГК, заключать смешанные договоры (договоры, содержащие элементы нескольких самостоятельных контрактов). Однако автономия воли не выделена российским законодателем в качестве самостоятельного источника права, что противоречит и положениям отечественного законодательства, и практике. В российском международном частном праве с формально юридической точки зрения автономия воли оценивается следующим образом — это не источник права, а только одна из коллизионных привязок (ст. 1210 ГК РФ). Принцип автономии воли понимается как одно из коллизионных начал действующего права. Автономия воли является не источником материального и коллизионного права, а одной из коллизионных норм или одним из коллизионных институтов права, установленного по национальному закону. Такая оценка абсолютно не соответствует истинному положению вещей, является полностью устаревшей и требует скорейшего пересмотра.