

§ МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО В XXI ВЕКЕ

Н.Н. Рустамова

НОВЫЕ РАЗРАБОТКИ В ОБЛАСТИ ФОРМИРОВАНИЯ ПОДХОДОВ К ОПРЕДЕЛЕНИЮ ПРИМЕНИМОГО ПРАВА И ФОРМУЛИРОВАНИЯ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Аннотация: Предлагаемая к публикации статья представляет собой краткий обзор одной из последних разработок в области формирования подходов к определению применимого права и формулирования коллизионных норм в международном частном праве – приобретающее все большую популярность, рассмотрение вопросов эффективности коллизионных норм с экономической точки зрения. В то же время, до сих пор, ни одна из существующих концепций определения применимого права не рассматривает экономическую эффективность коллизионной нормы в качестве основного принципа для формирования подхода к определению применимого права. В указанной статье предложена система принципов определения применимого права, основывающаяся на индивидуальном выборе участников частно-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, и максимизации их собственного, а равно глобального благосостояния. Несмотря на новейшие разработки и предложения в области совершенствования подходов к определению применимого права, автор приходит к выводу, что в ближайшее время невозможно отказаться от классических подходов к определению применимого права и коллизионных привязок, которые они предлагают использовать.

Ключевые слова: Юриспруденция, международное частное право, подход, эффективность коллизионных норм, критерий эффективности, экономический критерий, благосостояние, коллизионная норма, применимое право, определение применимого права

До настоящего времени международное частное право развивалось обособленно от других областей науки, и его вопросы обсуждались самостоятельно на протяжении всего развития юридической мысли в этой области. Несмотря на растущее количество правовой и экономической литературы, оставаясь одной из наиболее сложных отраслей права по сравнению с другими, международное частное право на протяжении всего своего развития находилось, в частности, без внимания со стороны экономического анализа. Иными словами, международное частное право было фактически лишено формального анализа с точки зрения экономической теории¹. Причиной этого, возможно, явилась сложная для применения методов экономической теории система регулирующих коллизионных норм данной отрасли. Более того, большинство теорий международного частного права оказывались применимыми и применялись в отсутствие четкого экономического обоснования для такого применения.

¹ Richard A. Posner, Introduction to Baxter symposium, 51 Stan L Rev 1007, 1007 (1999).

В последнее время, рассмотрение вопросов международного частного права с экономической точки зрения приобретает все большую популярность, перечень вопросов, которые подлежат обсуждению в данном ключе, расширяется. В настоящее время вопросу взаимодействия экономики и международного частного права посвящена самостоятельная монография² и отдельный курс в Гаагской Академии международного частного права³, а также большое количество статей⁴, рассматривающих с

² Michael J. Whincop, Mary Keyes. Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws, Ashgate Dartmouth (2001).

³ Horatia Muir Watt. Aspects économiques du droit international privé: (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions). In: Recueil des cours; vol. 307 (2005), p. 25 – 387.

⁴ См., напр.: Lea Brilmayer. Maximizing State Policy Objectives, In: Brilmayer, Lea. Conflict of Laws (1995); Erin O'Hara and Larry E. Ribstein. From Politics to Efficiency in Choice of Law. In: Economics of Conflict of Laws / ed. by Erin A. O'Hara, vol. 1 (2007); Joel P. Trachtman. Economic Analysis of Prescriptive Jurisdiction: In: Virginia journal of international law, vol. 42 (2001); Andrew T. Guzman. Choice of Law: New Foundations. In: The Georgetown Law Journal;

экономической точки зрения вопросы поиска наиболее эффективных критериев для выбора применимого права.

Представляется, что именно использование методов экономической теории позволило бы представить дополнительное рациональное обоснование в определении подходов к выбору применимого права. Так, например, одним из самых ранних наблюдений при анализе норм международного частного права с экономической точки зрения стало признание того факта, что содержание коллизионных норм требует более точных формулировок и что их отсутствие влечет за собой увеличение расходов при ее применении⁵.

Ни одна из существующих концепций определения применимого права не рассматривает экономическую эффективность коллизионной нормы в качестве основного принципа для формирования подхода к определению применимого права. Современные теории сконцентрированы на государствах и их интересах в отличие от сторон трансграничных отношений, игнорируют расходы, вызванные неоднозначностью существующих норм права и поиском «удобного» суда. Доминирующие подходы к определению применимого права исходят из превосходства государства над субъектами частного права, рассматривая законодателя в качестве их доверенных лиц в целях обеспечения «правильных» результатов при применении коллизионных норм.

В то же время, представляется, что на сегодняшний день национальное право проявляет признаки функциональной недостаточности как полноценного регулятора частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, поскольку определяет в большей степени свою компетенцию в соответствии с границами, которые более не существуют для субъектов трансграничных отношений, наделенных полномочиями переступать через них.

Взамен системы выбора применимого права, основанной на политической силе отдельных государств, в настоящей статье предложена система принципов, основывающаяся на индивидуальном выборе участников частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, и максимизации их, а равно глобального благосостояния. При этом указанный подход не отказывается от предыдущих теорий и концепций международного частного права в области определения применимого права. Он основывается на основных принципах определения применимого права в области договорных отношений,

которые в настоящее время применяются судами и законодателями во многих сферах. Однако в той мере, в какой данная теория приводит к выводам, отличным от существующих концепций, различие проявляется в особом значении определенности и предсказуемости при выборе применимого права.

С экономической точки зрения, основной подход к выбору применимого права заключается в выборе того права, которое в наибольшей степени отвечает целям достижения благосостояния, прежде всего, участниками трансграничных отношений. Представляется, что данный критерий носит объективный и измеримый характер, в отличие от таких абстрактных критериев выбора применимого права, как, например, «справедливость». Экономический критерий в большей степени ориентирован на результат применения коллизионных норм международного частного права, способ его достижения не имеет значения. По сравнению с существующими подходами к определению применимого права, преимуществами подхода с применением экономического критерия является высокая степень единообразия и точности.

Именно экономический критерий для определения применимого права предлагают использовать авторы, которые разделяют указанный подход⁶, предлагая взамен традиционных теорий определения применимого права экономическую составляющую в качестве критерия для целей анализа эффективности применения коллизионных норм. Устанавливая экономический критерий в качестве основного для выбора применимого права, следует исходить из того, что при определении применимого права необходимо опираться на такой юридический порядок, который максимально направлен на увеличение благосостояния участников правоотношений. В свою очередь, фокусируясь на благосостоянии отдельных лиц (участников трансграничных отношений), теория международного частного права сможет обеспечить максимизацию мирового благосостояния⁷, но не наоборот – авторы презюмируют несоответствие интересов государства с интересами отдельных лиц при коллизионном регулировании трансграничных отношений. При этом, следует отметить, что

vol. 90 (2002); Kurt Siehr. *Okonomische Analyse des Internationalen Privatrechts*, in Dieter Henrich (ed.), *Festschrift für Karl Firshing* (1985); Solimine, Michael E. *The Law and Economics of Conflicts of Laws* / Elgar / In: *Economics of Conflict of Laws* / ed. by Erin A. O'Hara, vol. 1 (2007).

⁵ См.: Isaac Ehrlich & Richard A. Posner. *An Economic Analysis of Legal Rulemaking*, *J. Legal Stud.* (1974), p. 257.

⁶ См., напр.: Ota, Shozo. *Choice of Law and Economic Analysis: a Methodological Introduction*. In *An Economic Analysis of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono; in cooperation with Giesela Rühl (2006); Kagami, Kazuaki. *The Systematic Choice of Legal Rules for Private International Law: an Economic Approach*. In: *An Economic Analysis of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono; in cooperation with Giesela Rühl (2006); Kirchner, Christian. *An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses*. In: *An Economic Analysis of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono; in cooperation with Giesela Rühl (2006).

⁷ Andrew T. Guzman. *Choice of Law: New Foundations*. In: *The Georgetown Law Journal*; vol. 90 (2002), p. 885.

понятие мирового благосостояния оказывается весьма емким для определения, принимая во внимание множественность государств, благополучие и благосостояние которых оценивается согласно принятым в каждом из них культурным ценностям, которые могут различаться. В то же время, для целей нового подхода к определению применимого права и во избежание дискуссий в отношении определения мирового благосостояния, предлагается сосредоточиться только на благосостоянии отдельных лиц, а именно, на том воздействии, которое оказывает на их благосостояние выбор применимого права⁸.

Эффективная с точки зрения благосостояния отдельных лиц система коллизионных норм должна опираться, прежде всего, на выбор применимого права, который участники трансграничных отношений делают самостоятельно путем включения соответствующих положений в договоры⁹. При заключении сделки стороны всегда руководствуются тем, какую экономическую выгоду они могут получить от нее. С экономической точки зрения эффект от сделки всегда носит для каждой из сторон позитивный характер, так как лица, участвующие в ней, получают соответствующую выгоду. В отсутствие выбора сторонами применимого права, коллизионные нормы международного частного права должны быть сформулированы таким образом, чтобы стороны имели возможность спрогнозировать при низких затратах такое поведение, которое повлечет за собой применение материальных норм права того или иного государства. Вооруженные подобным знанием, стороны смогут структурировать свои отношения таким образом, чтобы не оказаться в юрисдикции такого государства, правопорядок которого не приспособлен для регулирования их отношений, либо регулирует его наименее благоприятным для сторон образом. В отсутствие выбора сторонами применимого права, суды должны применять право того государства, которое стороны наиболее вероятно бы выбрали, если бы предусмотрели такие положения в договоре до возникновения спора.

Таким образом, на первое место в предлагаемом подходе выходит автономия воли сторон. Применение указанного принципа оправдано тем, что лица, которые непосредственно выступают сторонами трансграничных отношений, владеют более точной информацией о любых спорах, которые возникают из них, нежели любая третья сторона. Иными словами, теория основывается на том, что с экономической точки зрения наименее затратным

является ситуация, при которой стороны самостоятельно регулируют свои отношения.

Постановка вопроса о необходимости превалирования автономии воли сторон предполагает необходимость в проведении авторами самостоятельного исследования в сфере международного частного права в области сравнительного анализа государственного регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, и регулирование данных отношений сторонами по сделке. Наиболее острым вопросом в данной дискуссии видится обсуждение возможности изменения сторонами или отказа от применения каких-либо законодательных положений путем соглашения сторон об этом.

Роль императивных норм в международном частном праве в настоящее время является общепризнанной. Суть таких норм заключается в требовании применения судом норм национального права, несмотря на то, что коллизионная норма отсылает к применению иностранного права, ввиду повышенного интереса государства в регулировании тех отношений, к которым применима соответствующая императивная норма права.

Увеличение количества императивных норм связано с расширением интересов государств в регулировании тех отношений, которые государства считают особо важными. Именно поэтому регулирование таких отношений осуществляется нормами национального права независимо от предписаний коллизионных норм и не может быть передано для разрешения под юрисдикцию иностранного государства или быть урегулировано сторонами правоотношения посредством применения автономии воли сторон.

В то же время, роль указанных норм постепенно снижается. Требование отдельных государств к применению норм их национального права неразумно в условиях глобализации и расширяющихся возможностей обойти применение императивных норм права для участников трансграничных отношений. В большей степени снижение роли императивных норм вызвано конкуренцией национальных правовых систем в результате углубляющейся интернационализации различных сфер в совокупности с расширяющейся сферой применения автономии воли сторон, что в совокупности дает возможность участникам частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, выбирать между различными юрисдикциями. В сфере международного частного права уклонение от применения императивных норм права происходит непосредственно путем выбора сторонами правоотношения наиболее удобного с данной точки зрения применимого права, либо путем выбора норм материального права, применимых к их отношениям посредством расширения сферы применения традиционных механизмов для определения применимого права.

Экономический подход к определению применимого права учитывает указанное обстоятельство и, как пред-

⁸ См.: *Kagami, Kazuaki*. The Systemetic Choice of Legal Rules for Private International Law: an Economic Approach. In: *An Economic Analysis of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono; in cooperation with Giesela Rühl (2006), pp. 121-122.

⁹ *Erin O'Hara and Larry E. Ribstein*. From Politics to Efficiency in Choice of Law. In: *Economics of Conflict of Laws* / ed. by Erin A. O'Hara, vol. 1 (2007), p. 1152.

ставляется, должен впоследствии сосредоточиться на формулировании ограничительных факторов применения автономии воли сторон для целей поддержания конкуренции между правовыми системами.

Одно из преимуществ выбора применимого права участниками частнопрововых отношений, осложненных иностранным элементом, заключается в поддержании конкуренции между правовыми системами с точки зрения экономической эффективности применения коллизионных норм. В отсутствие выбора сторонами применимого права, возможно применение наименее эффективных для сторон материальных норм права.

Экономическая эффективность системы коллизионных норм также зависит от того, насколько гибкой она является в том смысле, чтобы обеспечить увеличение социального благосостояния путем предоставления возможности применения таких материальных норм права, которые позволят сделке состояться при условии ее положительного воздействия на благосостояние, и не состояться, когда такой эффект является отрицательным.

Наиболее подробно проанализировал данный вопрос А. Гузман¹⁰. В частности он отмечает, что существуют два пути, при которых коллизионная норма международного частного права может повлиять на глобальное благосостояние.

Во-первых, она может привести к выбору наименее предпочтительного национального права с экономической точки зрения. При выборе из двух и более материальных норм, одна чаще всего будет превосходить остальные, в том смысле, что она ведет к наиболее приемлемым экономическим результатам. По целому ряду причин, однако, решение вопросов частного права при помощи попытки определить наилучшее право является неудовлетворительным. При решении проблемы, государства, как правило, выбирают национальное право. В каждой юрисдикции уже решено, что существующее национальное право представляет наилучший путь для достижения целей, поставленных лицами, определяющими политику. Таким образом, само существование конфликта показывает, что соответствующие юрисдикции имеют разные представления о том, какое право экономически лучше, и этим способом, государства вряд ли смогут прийти к соглашению о том, чье право лучше применить.

В идеале же, когда то или иное действие не воздействует и не ведет к какому-либо результату для отдельного лица, находящегося в данной юрисдикции, у такой юрисдикции не должно быть оснований для регулирования соответствующих правоотношений. В случае если то или иное действие имеет положительный экономический результат по отношению к резидентам данной юрисдик-

ции, у такой юрисдикции есть, как минимум, интерес в регулировании такого действия.

Во-вторых, коллизионные нормы могут оказывать влияние на мировое благосостояние путем воздействия на материальные нормы права отдельных государств. Государство, регулирующее отношения в закрытой экономике принимает в расчет положительное и отрицательное экономическое влияние принимаемых материальных норм права в рамках этого государства. В открытой же экономике некоторые преимущества и недостатки принятых материальных норм права могут ощущаться за пределами юрисдикции данного государства. Например, государство разрешает деятельность, которая оказывает негативное воздействие на благосостояние, если в результате такой деятельности появляются затраты у нерезидентов и образуется прибыль у резидентов данного государства. В этих целях нормы международного частного права должны составляться таким образом, чтобы соответствующие государства несли негативные экономические последствия от разрешенной ими деятельности, трансформируя соответствующие преимущества на мировой уровень.

Следует учитывать, что каждое отдельное государство придерживается собственных интересов в регулировании тех или иных отношений, в том числе при формулировании коллизионных норм. Несмотря на то, что действия отдельного государства может оказывать влияние на принятие решения другими государствами, презюмируется, что оно (государство) все же безразлично к ним на том основании, что в первую очередь в сфере его регулирования находится поведение его граждан и юридических лиц, а не иностранцев. Таким образом, государство должно разрешать только те сделки, которые выгодны его собственным гражданам и юридическим лицам.

Следует отдельно обратить внимание на выдающуюся роль американского ученого А. Гузмана в развитии вопроса об экономической составляющей при формулировании коллизионных норм. Как отмечалось¹¹, именно он внес неоченимый вклад в развитие понимания процессов международного частного права, предложив использовать экономическую теорию для анализа возникающих в данной области вопросов. Все предыдущие теории не видели различий в интересах частных лиц и государств, часто путаясь в том, что именно отражает существующая норма права.

Разумным также представляется критерий благосостояния и для определения эффективности выбора применимого права. Если учитывать все возможные последствия совершения той или иной сделки, то должны разрешаться те из них, чьи позитивные последствия превышают в мировом масштабе затраты на их совершение. Тест на экономическую эффективность представляется наиболее

¹⁰ Andrew T. Guzman. Choice of Law: New Foundations. In: The Georgetown Law Journal; vol. 90 (2002).

¹¹ См., напр., Stephan Paul B. The Political Economy of Choice of Law. In: Economics of Conflict of Laws / ed. by Erin A. O'Hara, vol. 1 (2007).

точным. Однако не следует отождествлять с лучшим, или стандартом для определения заинтересованности того или иного государства в разрешении либо запрете от совершения соответствующих действий.

Экономическая эффективность системы коллизионных норм так же зависит от производимых затрат и получаемых благ в результате применения той или иной нормы материального права. Иными словами, указанный критерий означает, что применению должна подлежать такая материальная норма права, которая учитывает максимально возможную разницу между получаемым благом и произведенными расходами сторон. Следует отметить, что ранее в зарубежной литературе указанный критерий подвергался критике¹².

Несмотря на недавнее зарождение и, на мой взгляд, не достаточно полное развитие идеи об экономической составляющей в области подходов к определению применимого права следует отметить, что в литературе уже предприняты попытки применить описанный выше критерий к рассмотрению традиционных подходов к определению права с точки зрения их экономического обоснования¹³.

В то же время, несмотря на новейшие разработки и предложения в области совершенствования подходов к определению применимого права, представляется все же, что в ближайшее время невозможно отказаться от классических подходов к определению применимого права и коллизионных привязок, которые они предлагают использовать. В течение последних десяти лет, все большее количество ученых обращается к идее использования экономических концепций в рамках международного частного права в качестве инструмента, доказывающего необходимость новой реформы. Однако, идеи, которые кажутся ясными и точными для изложения в теории не всегда могут оказаться такими же точными и простыми при их реализации.

Представляется, что существующие подходы к определению применимого права и формулированию коллизионных норм равно эффективны, однако нуждаются в определенной структуре, которая бы рассматривала предложенные ими подходы и критерии одновременно.

Кроме того, представляется, что большинство существующих теорий в области определения применимого права также могут быть проанализированы с экономической точки зрения, несмотря на то, что условия, механизмы и результаты их применения, как правило, применимы к

каждой отдельной ситуации, не выражены прямо и могут быть неоднозначны.

В то же время, исследования в области международного частного права, с применением экономического обоснования к выбору применимого права должны продолжаться. Не существует единой коллизионной нормы, которая бы подходила для каждой конкретной ситуации. Именно поэтому не следует останавливаться в поиске всеобъемлющего и единого подхода для определения применимого права в различных ситуациях. Без более четкого понимания того, каким образом регулирование в области международного частного права влияет на экономику и конкурентный бизнес в ее среде, государственное регулирование частнопровых отношений, осложненных иностранным элементом, будет лишь мешать, вместо того, чтобы помогать развитию обществ. В этой связи необходимо фокусироваться не только на роли судов, но и участии и понимании вопросов иными государственными органами, в первую очередь законодательными, при рассмотрении и разрешении вопросов международного частного права.

Библиография (References):

1. Andrew T. Guzman. Choice of Law: New Foundations. In: *The Georgetown Law Journal*; vol. 90 (2002);
2. Erin O'Hara and Larry E. Ribstein. From Politics to Efficiency in Choice of Law. In: *Economics of Conflict of Laws* / ed. by Erin A. O'Hara, vol. 1 (2007);
3. Horatia Muir Watt. Aspects économiques du droit international privé: (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions). In: *Recueil des cours*; vol. 307 (2005);
4. Isaac Ehrlich & Richard A. Posner. An Economic Analysis of Legal Rulemaking, *J. Legal Stud.* (1974);
5. Kagami, Kazuaki. The Systemetic Choice of Legal Rules for Private International Law: an Economic Approach. In: *An Economic Analysis of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono; in cooperation with Giesela Rühl (2006);
6. Kirchner, Christian. An Economic Analysis of Choice of Law and Choice of Forum Clauses. In: *An Economic Analysis of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono; in cooperation with Giesela Rühl (2006);
7. Ota, Shozo. Choice of Law and Economic Analysis: a Methodological Introduction. In *An Economic Analysis of Private International Law* / ed. by Jürgen Basedow and Toshiyuki Kono; in cooperation with Giesela Rühl (2006);
8. Stephan Paul B. The Political Economy of Choice of Law. In: *Economics of Conflict of Laws* / ed. by Erin A. O'Hara, vol. 1 (2007).

¹² См., напр.: *Ronal M. Dworkin. Anthony T. Kronman and Richard A. Posner: Ronald M. Dworkin: Is Wealth a Value?*: *J. Leg. Stud.* 9 (1980); *Richard A. Posner. The value of Wealth: A Comment on Kronmann and Dworkin*: *J. Leg. Stud.* 9 (1980).

¹³ См.: *Erin O'Hara and Larry E. Ribstein. From Politics to Efficiency in Choice of Law*. In: *Economics of Conflict of Laws* / ed. by Erin A. O'Hara, vol. 1 (2007), pp. 1165-1184.