

УДК 341.9

ГАРМОНИЗАЦИЯ КОЛЛИЗИОННОЙ АВТОНОМИИ ВОЛИ СТОРОН И РЕГУЛЯТИВНАЯ КОНКУРЕНЦИЯ

© 2024 г. Н. Ю. Ерпылева*, И. В. Гетьман-Павлова**, А. С. Касаткина***

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», г. Москва

*E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru

**E-mail: getmanpav@mail.ru

***E-mail: akasatkina@hse.ru

Поступила в редакцию 19.02.2024 г.

Аннотация. Практика показала, что ни активное международное сотрудничество в области разработки соглашений, прямо регулирующих отношения сферы международного частного права (МЧП), ни многочисленные акты *lex mercatoria* не могут устранить необходимости решать коллизионный вопрос. В связи с этим неудивительно, что современный *lex mercatoria* включает в себя не только материальные нормы, но и правила выбора применимого права. «Вершиной» коллизионного *lex mercatoria* на данный момент являются Принципы выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам, разработанные Гаагской конференцией по МЧП в 2015 г. Гаагские принципы — целостный систематизированный документ, который кодифицирует самостоятельный комплексный институт МЧП — право субъектов трансграничных частных отношений самим выбирать компетентный правовой регулятор. Гаагские принципы подробно освещают основные вопросы коллизионной автономии воли и содержат чрезвычайно важные понятия и установления. В настоящем исследовании анализируется потенциал Гаагских принципов в процессе регулятивной конкуренции с точки зрения двух аспектов: необязательный характер документа и требование «интернациональности» коммерческого контракта. При написании статьи использовались методы сравнительного анализа и сравнительного правоведения, формальной логики, буквального и контекстного толкования. В статье сделан вывод, что с точки зрения регулятивной конкуренции необязательный характер Гаагских принципов является их преимуществом, поскольку в международной торговле, безусловно, выигрывает «мягкое право». Гаагские принципы — это свод наилучших практик, составленный с учетом и международного, и национального опыта регулирования коллизионной автономии воли. Если государство воспримет их как образец для подражания, это позволит ему повысить конкурентоспособность собственного права и шансы на его выбор как наиболее эффективного применительно к международным коммерческим контрактам. Однако не все решения Гаагских принципов представляются позитивными с точки зрения регулятивной конкуренции. В частности, ограничение их применения только коммерческими контрактами, имеющими объективные связи с двумя и более правовыми порядками, снижает их конкурентоспособность. В современном мире стороны внутрихозяйственных сделок также должны иметь возможность использовать акты *lex mercatoria* как нейтральное сбалансированное право, эффективное с точки зрения международных сделок.

Ключевые слова: международное частное право, *lex mercatoria*, Гаагские принципы выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам, регулятивная конкуренция, необязательный характер, интернациональность коммерческого контракта.

Цитирование: Ерпылева Н. Ю., Гетьман-Павлова И. В., Касаткина А. С. Гармонизация коллизионной автономии воли сторон и регулятивная конкуренция // Государство и право. 2024. № 7. С. 192–204.

DOI: 10.31857/S1026945224070171

HARMONIZATION OF CONFLICT OF LAWS PARTY AUTONOMY AND THE REGULATORY COMPETITION

© 2024 N. Yu. Erpyleva*, I. V. Get'man-Pavlova**, A. S. Kasatkina***

National Research University Higher School of Economics, Moscow

*E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru

**E-mail: getmanpav@mail.ru

***E-mail: akasatkina@hse.ru

Received 19.02.2024

Abstract. Practice has shown that neither active international cooperation in the development of agreements directly regulating relations in the field of private international law (PIL), nor numerous acts of *lex mercatoria* can eliminate the need to resolve a conflict of laws issue. In this regard, it is not surprising that the modern *lex mercatoria* includes not only material norms, but also rules for choosing the applicable law. The “pinnacle” of the conflict of laws *lex mercatoria* at the moment are the Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, developed by the Hague Conference on PIL in 2015. The Hague Principles are a holistic, systematized document that codifies an independent integrated institution of PIL – the right of subjects of cross-border private relations to choose a competent legal regulator themselves. The Hague Principles cover in detail the main issues of the conflict of laws party autonomy and contain extremely important concepts and definitions. This study analyzes the potential of the Hague Principles in the process of regulatory competition from the point of view of two aspects: the non-binding nature of the document and the requirement of “internationality” of the commercial contract. When writing the article, the methods of comparative analysis and comparative jurisprudence, formal logic, literal and contextual interpretation were used. The article concludes that from the point of view of regulatory competition, the non-binding nature of the Hague Principles is their advantage, since “soft law” certainly wins in international trade. The Hague Principles are a set of best practices, compiled taking into account both international and national experience in regulating conflict of laws party autonomy. If the state perceives them as a role model, this will allow it to increase the competitiveness of its own law and the chances of choosing it as the most effective in relation to international commercial contracts. However, not all decisions of the Hague Principles appear to be positive from the point of view of regulatory competition. In particular, limiting their use only to commercial contracts with objective links to two or more legal systems reduces their competitiveness. In the modern world, parties to domestic transactions should also be able to use *lex mercatoria* acts as a neutral, balanced law, effective from the point of view of international transactions.

Key words: Private International Law, *lex mercatoria*, The Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts, regulatory competition, non-binding nature, internationality of a commercial contract.

For citation: Erpyleva, N. Yu., Get'man-Pavlova, I.V., Kasatkina, A.S. (2024). Harmonization of conflict of laws party autonomy and the regulatory competition // *Gosudarstvo i pravo*=State and Law, No. 7, pp. 192–204.

Введение

С заключением во второй половине XIX в. первых международных договоров, унифицирующих материально-правовое регулирование трансграничных частных отношений, в доктрине зародилась уверенность в том, что проблема выбора применимого права в будущем исчезнет, поскольку прямой материальный метод вытеснит косвенный коллизионный. Эта уверенность еще более укрепилась с появлением в 1950-х годах концепции «нового *lex mercatoria*»¹, предрекавшей скорый отказ от использования коллизионных норм; «новый новый *lex mercatoria*» также утверждал возможность такого «избавления» и позиционировался как полная альтернатива коллизионному регулированию, во всяком случае, в области международной торговли. Одной из главных целей разработки основного

акта «нового нового *lex mercatoria*» – Принципов международных коммерческих контрактов УНИДРУА (далее – Принципы УНИДРУА) – было именно преодолеть сложность и неопределенность коллизионного права, сделать вопрос о выборе компетентного закона излишним, сведя существующие договорные правовые системы к общему ядру². Однако практика показала, что ни активное международное сотрудничество в области разработки соглашений, прямо регулирующих отношения сферы международного частного права (далее – МЧП), ни многочисленные акты *lex mercatoria*, разработанные в течение XX в., ни его «материализация» с принятием Принципов УНИДРУА не смогли устранить необходимости решать коллизионный вопрос и использовать, соответственно, эксклюзивный метод МЧП – косвенный, опосредованный, предполагающий выбор применимого права.

В связи с этим вполне естественным было появление отдельных коллизионных норм в актах кодификации *lex mercatoria*. Первые подобные положения появились уже

¹ О концепциях «нового *lex mercatoria*» и «нового нового *lex mercatoria*» см.: Michaels R. C. Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2009. Bd. 73. S. 867–888.

² См.: *ibid.* S. 872.

в начале 1990-х годов — ст. 5 Типового закона ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах (1992) закрепляет, что права и обязанности, вытекающие из платежного поручения, регулируются правом, выбранным сторонами; при отсутствии договоренности применяется право государства банка-получателя платежа. Принципы УНИДРУА (ред. 2016 г.) в ст. 7.4.9 устанавливают, что при определении средней банковской ставки в качестве ставки процентов годовых необходимо обращаться к закону государства валюты платежа.

В XXI в. эта тенденция отнюдь не исчезла, а наоборот, резко интенсифицировалась — в 2003–2011 гг. ряд международных научных учреждений разработали и предложили проекты принципов для разрешения трансграничных споров в сфере интеллектуальной собственности, включая правила выбора применимого права³. Ученые-юристы, играющие основную роль в выработке формулировок *lex mercatoria* и его основных трендов, отказались, таким образом, от не оправдавшей себя на практике идеи отмирания коллизионного регулирования, и современный *lex mercatoria* демонстрирует готовность к включению в свой состав целостных нормативных блоков мягкого права, специально предназначенных для решения коллизионных вопросов.

«Вершиной» коллизионного *lex mercatoria* на данный момент являются Принципы выбора права, применимого к международным коммерческим контрактам (далее — Гагские принципы)⁴, разработанные Гагской конференцией по МЧП и официально одобренные ЮНСИТРАЛ в 2015 г. Это первый в истории Гагской конференции акт мягкого права, принятый под ее эгидой: «Для деятельности Гагской конференции такой подход является новым... это ее первый опыт работы по подготовке неobligательного свода правил»⁵. При этом в Преамбуле Гагских принципов не акцентируется их официальный статус как «добровольного» документа (в отличие от Преамбулы Принципов УНИДРУА), наоборот, в арбитражном разбирательстве арбитры могут ссылаться на Гагские принципы как на «надлежащие» или «международные» коллизионные нормы⁶.

³ Принципы интеллектуальной собственности, регулирующие юрисдикцию, выбор применимого права и судебные решения в трансграничных спорах (Американский институт права); Предложение прозрачности о юрисдикции, выборе права и признании и исполнении иностранных судебных решений в области интеллектуальной собственности (Японский университет); Принципы рассмотрения споров в области международного права интеллектуальной собственности (Ассоциация международного частного права Южной Кореи); Принципы коллизионного регулирования отношений интеллектуальной собственности (Европейский институт Макса Планка). Об этих инициативах см.: *Луткова О. В.* Принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений // Вестник Университета им. О. Е. Кутафина. 2016. № 12. С. 63–92. Принципы интеллектуальной собственности, разработанные ALI, уже использовались в американской судебной практике (дело *Fairchild Semiconductor Corp. v. Third Dimension (3D) Semiconductor* (2008)) (см.: *Сусницина М. В.* Формирующиеся подходы к коллизионному регулированию интеллектуальной собственности // Юрид. образование и наука. 2012. № 2).

⁴ См.: Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts (approved on 19 March 2015). Introduction. Text and Commentary [Electronic resource] available at URL: <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=135> (дата обращения: 01.02.2024).

⁵ *Зыкин И. С.* Гагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сб. ст. М., 2016. С. 73–92.

⁶ См.: *Nishitani Y.* Party Autonomy in Contemporary Private International Law — The Hague Principles on Choice of Law and East Asia // Japanese Yearbook of International Law. 2016. Vol. 59. P. 337.

Гагские принципы — это целостный систематизированный документ, который при этом не является сводом коллизионных норм мягкого права, а кодифицирует самостоятельный комплексный институт МЧП, лежащий в его основе и составляющий один из главных его принципов (практически общепризнанных в наше время) — право субъектов трансграничных частных отношений самим выбирать компетентный правовой регулятор. Гагская конференция позиционирует Принципы как признанный на международном уровне Кодекс современной наилучшей практики в отношении выбора применимого к коммерческим контрактам права, включающий в том числе определенные новаторские решения⁷. Несмотря на свой довольно скромный объем (всего 12 статей), Принципы подробно освещают основные вопросы коллизионной автономии воли и содержат чрезвычайно важные понятия и установления, которые не являются абсолютно новыми, но впервые формулируются в определенном содержательном контексте. Этот документ уже внимательно анализировался как в отечественной, так и в зарубежной доктрине, и получил в общем и целом благосклонные оценки⁸.

Практически каждое положение Принципов представляет собой богатый материал для размышления, который во многом уже может быть проиллюстрирован правоприменительной практикой (или ее отсутствием, что также позволяет сделать определенные выводы), восприятием на национальном или региональном уровне, доктринальными дискуссиями. Объем одной научной статьи не позволяет предложить всестороннего исследования данного документа, поэтому авторы ограничиваются анализом потенциала Гагских принципов в процессе регулятивной конкуренции с точки зрения всего двух аспектов: необязательный характер документа и требование «интернациональности» коммерческого контракта.

1. Регулятивная конкуренция и коллизионная автономия воли сторон

Согласно Преамбуле среди предусмотренных субъектов применения документа на первом месте указываются законодатели, для кого Принципы представляют собой модель, которая может быть использована с целью создания новых или дополнения и развития существующих правил о выборе права (на национальном, региональном и универсальном уровнях)⁹. Таким образом, одна из целей данного свода наилучших практик — гармонизация законодательства в сфере регулирования коллизионной автономии воли сторон. При этом в официальном Комментарии четко

⁷ См.: The Draft Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. Preliminary Document No 6 — revised of July 2014 for the attention of the Council on General Affairs and Policy of the Conference. The Hague, 2014. P. 1.

⁸ См., напр.: *Мажорина М. В.* Право на выбор неправа: как открыть ящик Пандоры с помощью *lex voluntatis* // Lex russica. 2021. № 12; *Стригунова Д. П.* Правовое регулирование международных коммерческих договоров: в 2 т. М., 2017; *Царева Л.* Гагские принципы выбора права в международных коммерческих контрактах: сфера применения и основные положения // Юстиция Беларуси. 2016. № 4. С. 1–4; *Basedow J.* The Hague Principles on Choice of Law: their addressees and impact // Uniform Law Review. 2017. Vol. 22. Pp. 304–315; *Douglas M., Loadman N.* The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // Melbourne Journal of International Law. 2018. Vol. 19(1). Pp. 1–23; *Marshall B.* The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law // American Journal of Comparative Law. 2018. Vol. 66. Pp. 175–217.

⁹ См.: Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. P. 26.

указывается, что Принципы не являются «модельным законом, который государствам рекомендуется принять... это необязательный набор принципов, которые Гагская конференция призывает государства включать в свои внутренние правовые режимы таким образом, чтобы это соответствовало обстоятельствам каждого государства»¹⁰. Однако, поскольку Принципы используют стиль кодификации континентального европейского типа, они, без сомнения, подходят в качестве модельного закона. Противоположное утверждение Комментария, возможно, предназначено для предотвращения недопонимания, что Принципы обращены не только к законодательным органам, но и к судебной власти и другим субъектам¹¹.

В определенной степени цель гармонизации коллизионной автономии воли сторон успешно реализуется — в Парагвае в 2015 г. был принят Закон о праве, применимом к международным контрактам (далее — Закон Парагвая)¹², проект которого разрабатывался одновременно с Принципами, составившими его основу. В 2015 г. были приняты новый Кодекс МЧП Панама и Закон Бахрейна о конфликте законов в гражданских и коммерческих делах с иностранным элементом, в 2020 г. — Закон о МЧП Уругвая; во всех этих актах воспринята одна из фундаментальных новелл Принципов — возможность выбора в качестве применимого к контракту права норм негосударственного происхождения. В Австралии планируется принять Закон о международном гражданском праве, и Принципы должны стать одной из составных частей этого Закона. Аналогичная ситуация наблюдается и на региональном уровне — с 2018 г. африканские ученые разрабатывают проект Африканских принципов права, применимого к международным коммерческим контрактам (далее — Африканские принципы; документ планируется принять в рамках Организации по гармонизации коммерческого права в Африке (ОХАДА)); ученые из стран Восточной и Юго-Восточной Азии — проект Азиатских принципов МЧП; оба проекта называют Гагские принципы в числе главных источников своих концептуальных построений.

Процесс активного восприятия Гагских принципов в качестве законодательной модели порождает вопрос: смогут ли они стимулировать регулятивную конкуренцию и что такая конкуренция привнесет — «гонку наверх» или «гонку вниз»?¹³ Теория регулятивной конкуренции основана на экономической теории юрисдикционной конкуренции, разработанной американским экономистом Чарльзом М. Тибутом (Charles M. Tiebout)¹⁴, и она предполагает, что создание законов обусловлено механизмами спроса и предложения: субъекты коммерческой деятельности ищут правовые нормы, отвечающие их потребностям, а государства

пытаются предложить такие нормы. В соответствии с теорией регулятивной конкуренции, если частные субъекты свободны в выборе применимого права, то рыночные механизмы в конечном счете заставят государства принять правила, отвечающие потребностям цивилизованного бизнеса¹⁵.

Таким образом, регулятивная конкуренция возникает тогда, когда частные лица имеют возможность выбирать между правовыми нормами. Если международные контрагенты могут по своей воле отказаться от применения неэффективных материальных законов, то государство вынуждено конкурировать за качество своего законодательства¹⁶. Если такой возможности у контрагентов нет, то и у регулирующих органов отсутствует стимул корректировать свои законы и конкурировать с регуляторами из других юрисдикций. Свобода сторон в выборе применимого права приводит в движение регулятивную конкуренцию и выступает ее основным источником. Коллизионные нормы, предусматривающие применение автономии воли, способствуют межюрисдикционной конкуренции законов за право считаться более эффективными¹⁷.

Автономия воли «является, пожалуй, самым загадочным принципом»¹⁸ в МЧП. В отличие от других коллизионных норм, основанных на объективных связующих факторах, автономия воли основана исключительно на субъективном намерении частных лиц определить применимое право. Воля сторон формирует коллизионную привязку, т.е. представляет собой решающий связующий фактор, и становится *lex privata*, с которым обязаны считаться и правоприменительные органы, и другие частные субъекты. Кстати, именно то, что коллизионная автономия воли «фактически приводит к созданию законодательного органа из двух лиц, которые заключают договор», всегда выступало одним из основных возражений против возможности предоставлять частным субъектам право самим выбирать применимый закон (в частности, в теории приобретенных прав Альберта В. Дэйси и Джозефа Х. Биля)¹⁹.

В современном мире коллизионная автономия воли — общепризнанный принцип МЧП, воспринятый на глобальном уровне, хотя до сих пор он не отражен в законодательстве отдельных государств²⁰. Поскольку современное МЧП — это право защиты прав человека, то в юридической доктрине право сторон подчинять свои сделки правовой системе *ad libitum* утверждается как одно из догосударственных, фундаментальных субъективных прав, проистекающее из свободы и врожденного достоинства личности в соответствии с идеями Руссо и Канта. Коллизионная автономия воли — это средство самоприсоединения индивида к правовой системе, которое превращает индивида из объекта коллизионного права в его субъект и проистекает

¹⁰ См.: Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts. P. 26.

¹¹ См.: Basedow J. Op. cit. P. 309.

¹² Тексты всех иностранных законов по МЧП даны по сайту НИУ ВШЭ «Проектная группа «Современная конструкция международного частного права» [Electronic resource] available at URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/> (дата обращения: 01.02.2024).

¹³ Об этом подробнее см.: Ruhl G. Regulatory Competition and the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts (March 13, 2020) // Rishi Gulati, Thomas John & Ben Koehler (eds.), Elgar Companion on the Hague Conference on Private International Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Camberley/Northampton, 2020 [Electronic resource] available at URL: <https://ssrn.com/abstract=3553808> (дата обращения: 01.02.2024).

¹⁴ См.: Tiebout C. A Pure Theory of Local Expenditures // Journal of Political Economy. 1956. Vol. 64. No. 5. P. 416.

¹⁵ См.: Kerber W. Interjurisdictional Competition Within the European Union // Fordham International Law Journal. 1999. Vol. 23. Iss. 6. Pp. 217, 224.

¹⁶ См.: O'Hara E.A., Ribstein L.E. The Law Market. Oxford University Press, 2009. P. 644, 645.

¹⁷ См.: ibid. P. 643.

¹⁸ Nishitani Y. Op. cit. P. 307.

¹⁹ См.: Pertegas M., Marshall B.A. Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // Brooklyn Journal of International Law. 2014. Vol. 39. Iss. 3. P. 991.

²⁰ Прежде всего стран общего права и Латинской Америки, некоторых арабских стран, хотя в судебной практике и этих стран признается практически повсеместно.

из фундаментального конституционного права на «свободное развитие личности»²¹.

Сторонники экономической теории права утверждают, что правила выбора права могут оказать значительное влияние на всеобщее экономическое благополучие: они повышают глобальное благосостояние, если устанавливая применение более эффективного материального права. Правильно сформулированные коллизионные нормы могут снизить социальные издержки судебной деятельности, способствовать международному общению и оптимальной контрактной среде, ограничить монополию на регулирование²². Обычно законодатель ориентируется на внутренние издержки и выгоды предлагаемых законов, но, как правило, не акцентирует внимания на их экстерриториальном значении²³. В результате могут быть приняты законы, эффективные внутри страны, но неэффективные применительно к трансграничным сделкам, т.е. законы, которые «не желают» быть избранными²⁴ для регулирования международной коммерции. Свобода сторон в выборе права способна побудить правительства ассимилировать экстерриториальные издержки, что приведет к появлению материально-правовых законов, более эффективных в глобальном масштабе²⁵.

Востребованный и широко распространенный выбор права какого-либо определенного государства для регулирования международных сделок может принести этому государству вполне определенные выгоды. Это и осязаемые финансовые приобретения — изучение местной судебной практики (базы которой в подавляющем большинстве случаев являются платными), знакомство с доктриной (соответственно, покупка книг и журналов), оплата услуг местных юридических фирм, которые являются основными поставщиками информации о местном праве и специфике его применения, приглашение местных специалистов в процесс. Могут быть и более ощутимые инвестиции — регистрация компаний в «удобной» правовой среде²⁶. Главная выгода, однако, не в этом — куда более значимыми выступают репутационные дивиденды, общепринятое восприятие данного правового порядка как наиболее подходящего и эффективного применительно к трансграничным бизнес-отношениям. Современная практика показывает, что акторы международной торговли имеют четкие предпочтения в отношении конкретного права: в финансовых операциях лидирует выбор английского права и права штата Нью-Йорк; в корпоративных спорах — права штатов Нью-Йорк и Делавэр; в международном арбитраже — законов Великобритании, Швейцарии, Сингапура и Франции;

в международных морских сделках и страховании — английского права²⁷.

Как это ни парадоксально, но ученые-юристы — представители наиболее востребованных правовых порядков — зачастую сами не слишком высоко оценивают качество своего национального права и недоумевают по поводу его популярности в международной коммерции. Например, Рой Гуд (Roy Goode), один из самых выдающихся профессоров английского права, весьма критично высказывается по поводу английских законов: «Когда я посещаю... Канаду и Соединенные Штаты, я испытываю огромное впечатление ввиду их заботы о том, чтобы поддерживать свое коммерческое законодательство в актуальном состоянии. Когда я возвращаюсь в Англию, я чувствую... подавленность... нашей инертностью и верой во врожденное превосходство английского коммерческого права... Как получилось, что мы чувствуем себя способными вступить в XXI век с принятыми в XIX законами о коммерческом праве?» Аналогичную оценку собственного правового порядка можно встретить и в швейцарской доктрине, в частности, у Ингеборг Швенцер (Ingeborg Schwenzer) — известного эксперта по швейцарскому праву: «Многие... вопросы договорного права еще не были решены Верховным судом Швейцарии, а если и были решены, то решение могло быть вынесено несколько десятилетий назад и оспаривается в научных работах. Это делает исход спора зачастую довольно непредсказуемым... может помешать стороне реализовать свои права по договору»²⁸.

Регулятивная конкуренция, поощряемая доктриной и востребованная практикой, может стать хорошим стимулом для законодателя, поскольку качество права является одним из факторов, определяющих его выбор сторонами. Как пишет проф. Гизела Рюль (Giesela Rühl), существуют эмпирические доказательства того, что государства действительно заинтересованы в применении своих договорных законов и готовы адаптировать их к потребностям бизнеса и потребителей. Ряд государств, включая Великобританию, Францию и Германию, недавно принял участие в «битве брошюр»: в серии публикаций описывались преимущества национальных договорных законов по сравнению с договорным правом других государств²⁹. Большое количество юрисдикций (Германия, Франция, Эстония, Венгрия, Литва, Нидерланды, Польша, Румыния) в 2000–2020 гг. пересмотрели свое договорное законодательство, чтобы адаптировать его для общеевропейского пространства; Австралия в 2012 г. начала процесс реформ, направленный на модернизацию права коммерческих контрактов; аналогичные процессы идут в странах американского континента, что демонстрируют, в частности, новые акты кодификации гражданского и торгового права в Аргентине и Пуэрто-Рико.

Стороны, заключая соглашение о выборе права, с самого начала должны провести глубокий анализ избранного законодательства. В действительности это случается довольно редко — и ученые, и юристы-практики отмечают, что зачастую стороны даже не утруждают себя исследованием выбранного закона, прежде чем заключить

²¹ Nishitani Y. Op. cit. P. 311.

²² См.: Whincop M.J., Keyes M., Posner R. Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws. Aldershot: Ashgate/Dartmouth Publishing, 2001. Pp. 27–30.

²³ См.: Guzman A.T. Choice of Law: New Foundations // The Georgetown Law Journal. 2002. Vol. 90. P. 897.

²⁴ См.: Symeonides S.C. Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey // American Journal of Comparative Law. 2011. Vol. 58. P. 71.

²⁵ См.: Guzman A.T. Op. cit. P. 897.

²⁶ Например, в штате Делавэр. Есть даже отдельное понятие «Делавэрская нормативная конкуренция», которая оценивается как «гений» американского корпоративного права (см.: [Electronic resource] available at URL: <https://dzen.ru/a/XdBgZ9YBLi0WFnl3> (дата обращения: 01.02.2024)).

²⁷ См.: Lehmann M. Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 41. P. 393; Coyle J.F. The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses // Washington Law Review. 2017. Vol. 92. P. 634.

²⁸ Bonell M.J. The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles // Uniform Law Review. 2018. Vol. 23. Pp. 16, 17.

²⁹ См.: Rühl G. Op. cit. P. 6.

коллизийную оговорку, не проводят детального анализа того, работают ли законы данной юрисдикции в их пользу или нет: «Если у вас нет хрустального шара [камня видения, магического кристалла], то вы не узнаете, какие именно проблемы вас ждут, и не понимаете, о чем следует беспокоиться»³⁰. В большинстве случаев каждая сторона хочет, чтобы применялось ее собственное законодательство, но (как показывает практика) она стремится к этому «не на основе какого-либо глубокого знания такого закона, а скорее на смутно ощущаемом предпочтении иметь дело с тем, что кажется знакомым, а не незнакомым»³¹. Довольно часто имеют место ситуации, когда сторона «одержала победу» в переговорах, и было избрано право ее страны, но в процессе судебного разбирательства выясняется, что какое-либо существенное условие договора является ничтожным именно в соответствии с этим правом³².

Не реже можно встретить ситуации, когда выбирается право третьего государства как «нейтральное», т.е. якобы в равной степени неизвестное обеим сторонам право, чтобы никто не имел информационного преимущества. При этом «не следует забывать, что даже при выборе третьего закона, якобы одинаково незнакомого обеим сторонам, этот закон может иметь более тесную связь с законом одной из сторон, чем с законом другой стороны. Это может привести к тому, что, опять же, одна из сторон воспользуется преимуществом быть более близкой к применимому праву, чем другая»³³. Помимо того, что презумпция «равной неизвестности» зачастую оказывается ошибочной, «нейтральное» право (которое, как правило, действительно недостаточно хорошо известно сторонам) преподносит сторонам разнообразные непредсказуемые сюрпризы, отнюдь не соответствующие их ожиданиям.

В связи с этим актуальность определения надлежащего права с помощью правил, которые являются предсказуемыми и определенными, еще больше повышается, учитывая огромное количество коммерческих споров. Плохо сформулированные коллизийные нормы приводят к сохранению неэффективных материальных законов, тогда как удачно сформулированные коллизийные нормы могут способствовать оптимизации материального права, таким образом, конкуренция коллизийных норм способна повлиять на эволюцию материального права³⁴. По мнению Гизелы Рюль, значение норм МЧП заключается еще и в том, что они могут ограничивать свободу сторон в выборе применимого права, следовательно, ограничивать регулятивную конкуренцию там, где такая конкуренция способна иметь негативные последствия. МЧП может способствовать обеспечению надлежащего функционирования регулятивной конкуренции — точно так же, как конкурентное право помогает обеспечить надлежащее функционирование конкуренции на рынках товаров и услуг. Это, конечно,

не означает, что МЧП является волшебной пулей регулятивной конкуренции³⁵.

В доктрине подчеркивается, что для модели частного права экономический анализ должен фокусироваться на индивидах как рациональных агентах, поэтому коллизийные нормы необходимо формулировать так, чтобы дать индивидам оптимальные стимулы максимизировать глобальное благосостояние³⁶. В коллизийных нормах следует закреплять правила, которые позволяют благоприятствовать сделкам, оказывающим позитивное влияние на благосостояние, но которые делают недействительными сделки, чье влияние является негативным (например, не допускать применения правопорядка, ориентированного исключительно на то, чтобы издержки покрывались иностранцами, а доходы получали бы только местные лица)³⁷.

2. Необязательный характер Гагских принципов

По мнению большинства исследователей, Гагские принципы надлежащим образом адаптированы к их предполагаемому использованию. Они призваны помочь законодателям реформировать нормы, устанавливающие коллизийную автономию воли в международных коммерческих контрактах. Для государств, которые законодательно не признают автономию воли сторон, Принципы могут служить моделью законодательства или правовой реформы *de lege ferenda*, для государств, признающих автономию, они способны помочь интерпретировать, дополнить и уточнить правила этого института, заполнять пробелы *de lege lata*³⁸. Как любой документ «мягкого права», Гагские принципы имеют необязательный характер. Это рекомендация, модель, субсидиарное средство для восполнения пробелов и толкования права. Возникает вопрос: с точки зрения регулятивной конкуренции необязательный характер Принципов — это плюс или минус?

В литературе по этому поводу высказываются диаметрально противоположные точки зрения. Например, Гизела Рюль самым большим недостатком Гагских принципов считает именно их природу, т.е. то, что, будучи инструментом «мягкого права», они не имеют обязательной силы. Даже если Принципы будут приняты, государства, суды и арбитраж вольны изменять и корректировать их положения по своему усмотрению. Следовательно, неясно, приведут ли Гагские принципы когда-нибудь к единой глобальной структуре коллизийной автономии воли. Для этого нет никаких гарантий, наоборот, есть вероятность, что останутся принципиальные различия: государства не заинтересованы в эффективной регулятивной конкуренции — как и конкуренты на рынках товаров и услуг, государства заинтересованы в предотвращении конкуренции со стороны регулирующих органов других государств, чтобы обеспечить применение своих собственных законов³⁹.

Однако такая оценка не разделяется большинством других исследователей. Профессора Марта Пертегас (Marta Pertegas) и Брук Адель Маршалл (Brooke Adele Marshall) подчеркивают, что необязательный характер документа дает ему значительные преимущества. Одной из целей

³⁰ Coyle J.F. Op. cit. P. 633.

³¹ Gruson M. Governing Law Clauses in Commercial Agreements — New York's Approach // Columbia Journal of Transnational Law. 1980. Vol. 18. Pp. 323, 325.

³² См.: Coyle J.F. Op. cit. P. 633.

³³ Ogunranti A. The Hague Principles — a new dawn for developing countries? // Dutch Journal on Private International Law. 2017. Iss. 4. P. 737.

³⁴ См.: Carbonara E., Parisi F. Choice of Law and Legal Evolution: Rethinking the Market for Legal Rules. Univ. of Minn. Law Sch. Legal Research Paper Series, Research Paper. 2007. No. 07-38 [Electronic resource] available at URL: <http://ssrn.com/abstract=1011376> (дата обращения: 01.02.2024).

³⁵ См.: Ruhl G. Op. cit. Pp. 1, 9.

³⁶ См.: Whytock C.A. Myth of Mess? International Choice of Law in Action // New York University Law Review. 2009. Vol. 84. P. 737.

³⁷ См.: Guzman A.T. Op. cit. Pp. 896, 897.

³⁸ См.: Pertegas M., Marshall B.A. Op. cit. P. 982; Nishitani Y. Op. cit. P. 337.

³⁹ См.: Ruhl G. Op. cit. P. 20.

Принципов является их имплементация в кодексы МЧП и в конечном счете существенная гармонизация того, что в настоящее время является разрозненными наборами национальных или региональных норм в области выбора права в международных контрактах. Необязательный характер документа позволяет избежать какого-либо риска конфликта мягкого глобального стандарта с обязательными региональными (Регламент Рим I или Мексиканская конвенция) или универсальными документами (различные Гаагские конвенции о применимом праве)⁴⁰. Аналогичное мнение высказывается и в австралийской литературе: необязательный характер Принципов будет способствовать их принятию государствами. Модель «мягкого права» позволяет избежать подводных камней обязательных документов: государства могут отказаться присоединяться к определенной конвенции, несмотря на общее согласие с текстом, ввиду какого-то конкретного камня преткновения. В тех случаях, когда унификация невозможна, желательна гармонизация международного коммерческого права⁴¹.

Известный японский исследователь Юко Нишита-ни (Yuko Nishitani) расценивает необязательный характер как преимущество Гаагских принципов, поскольку у государств остается необходимая свобода действий — будут ли они придерживаться предлагаемой модели и в какой степени. Гаагские принципы справедливо воздерживаются от какой-либо позиции и просто ссылаются на применимые нормы МЧП по вопросам, в которых трудно достичь единогласия. Это может повысить уровень признания и облегчить имплементацию документа в различные правовые системы. Кроме того, очевидное преимущество Гаагских принципов заключается в их простоте, гибкости, функциональности и адаптивности как модели. В качестве «мягкого права» Принципы учитывают различные потребности юрисдикций гражданского и общего права. Благодаря своему необязательному характеру они позволили включить некоторые новаторские правила (выбор негосударственного права, определение соглашения о выборе права в ситуации «битвы форм» и др.). Возможно, в перспективе стоит подумать о том, чтобы в большей степени обращаться к необязательным документам в области МЧП⁴².

Достоинства необязательных международных моделей подчеркиваются и в документах различных региональных организаций: мягкая гармонизация подразумевает разработку правил и положений, которые не навязываются участвующим государствам, а предлагаются в качестве своего рода рекомендации или модельного закона, который как государства, так и отдельные лица могут свободно включать в свои правовые системы или отношения. Преимущество такого мягкого характера состоит в том, что он позволяет разрабатывать более совершенные, сложные и менее политически обусловленные правила и предложения по гармонизации⁴³.

Представляется, что с точки зрения регулятивной конкуренции в международной торговле, безусловно, выигрывает «мягкое право». Гибкие диспозитивные правила, минимум государственного диктата и вмешательства

в бизнес-процессы, благоприятствование общим принципам права, международным деловым обычаям и устоявшейся торговой практике — именно в таких правовых установлениях нуждаются стороны международных коммерческих контрактов. Это касается не только материальных правил, но и соглашений о выборе применимого права: контрагентам необходимы общие требования к таким соглашениям, которые они могут изменять и модифицировать ввиду своих конкретных потребностей. В связи с этим субъекты международной торговли, естественно, выберут такой правопорядок, в соответствии с которым их соглашение о выборе права будет оцениваться с разумной степенью определенности и одновременно гибко, с учетом фактических обстоятельств конкретного дела.

Гаагские принципы — это свод наилучших практик, составленный с учетом и международного, и национального опыта регулирования коллизионной автономии воли. В работе над текстом документа принимали участие профессиональные ученые из разных стран мира, поэтому Принципы с полным правом можно расценивать как квалифицированную, передовую, наиболее взвешенную доктрину МЧП. В регулятивной конкуренции доктрина играет важнейшую роль, что наглядно показывает и Второй свод о конфликте законов (1971 г.), разработанный Американским институтом права и оказавший огромное влияние на современные кодификации МЧП во всем мире, и Принципы УНИДРУА, служащие основой современных национальных реформ договорного права. Если государство воспримет Гаагские принципы как «рафинированное» право, оптимальный образец для подражания, это позволит ему повысить конкурентоспособность собственного права и шансы на его выбор как наиболее эффективного применительно к международным коммерческим контрактам.

Чрезвычайно важным моментом является и то, что, не будучи международным договором, Гаагские принципы не подлежат длительному и сложному процессу подписания, присоединения и ратификации. Опыт работы Гаагской конференции по МЧП наглядно демонстрирует, как сложно идут процессы вступления в силу всех конвенций, разработанных под ее эгидой, как много конвенций, разработанных и открытых для подписания в течение XX в., так и не набрали (и уже не наберут) необходимого количества участников. Как гибкий инструмент, акт мягкого права, необязательная инициатива авторитетной международной организации, Принципы имеют больше шансов на успешную имплементацию в национальное законодательство.

3. Международный характер коммерческого контракта

Для применения Гаагских принципов необходимо, чтобы контракт удовлетворял двум критериям — был как международным, так и коммерческим. Требование «интернациональности» соответствует традиционному пониманию, что МЧП применяется только к трансграничным делам. Определение международного характера контракта в ст. 1.2. дано негативным способом — контракт не является международным, если предприятия каждой из сторон находятся в одном и том же государстве и взаимоотношения между сторонами и всеми другими соответствующими элементами независимо от выбранного права связаны только лишь с этим государством. Таким образом, Принципы априорно не применимы к внутрихозяйственным коммерческим сделкам, по воле сторон подчиненным иностранному закону.

В Комментариях к Принципам дана «дорожная карта», какие факторы являются нерелевантными, чтобы контракт мог быть квалифицирован как международный. Прежде

⁴⁰ См.: *Pertegas M., Marshall B.A.* Op. cit. P. 983.

⁴¹ См.: *Douglas M., Loadman N.* Op. cit. P. 24.

⁴² См.: *Nishitani Y.* Op. cit. P. 344.

⁴³ См.: OHADAC Principles on International Commercial Contracts 2015 [Electronic resource] available at URL: <https://www.ohadac.com/textes/2/ohadac-principles-on-international-commercial-contracts.html?lang=en> (дата обращения: 01.02.2024).

всего к ним относится субъективное намерение сторон подчинить их отношение иностранному праву: «Фраза “независимо от выбранного права” в статье 1(2) означает, что выбор права сторонами не является важным элементом для определения международного характера. Иными словами, стороны не могут установить международный характер договора исключительно путем выбора иностранного права, даже если этот выбор сопровождается выбором иностранного суда или арбитражного суда, если все соответствующие объективные элементы сосредоточены в одном государстве» (п. 1.21)⁴⁴. Единственные договоры, которые исключаются как не обладающие международным характером, — это те, в которых каждая сторона имеет свое представительство в одном и том же государстве, а отношения сторон и все другие соответствующие элементы независимо от выбранного права связаны только с этим государством, т.е. отсутствует соответствующий элемент, устанавливающий международный характер (п. 1.14, 1.20).

Вторым нерелевантным фактором, который ограничивает применение Гаагских принципов, является то обстоятельство, что они не рассматривают коллизии законов между различными территориальными единицами в пределах одного государства (например, в Австралии, Канаде, Нигерии, Испании, Великобритании или США) (п. 1.22 Комментария). Расположение каких-либо элементов контракта в разных территориальных единицах в пределах одного государства не опосредует международного характера контракта в смысле ст. 1.2 Принципов. Однако законодатель по собственной воле свободно может расширять сферу применения Принципов на внутригосударственные коллизии законов.

Не очень понятны причины, ввиду которых авторы Принципов отказались от их распространения на внутренние коллизии законов «по умолчанию». Подобное ограничение сферы применения представляется необоснованным, особенно для государств с сильными интерлокальными коллизиями, не менее сложными, нежели международные, и к ним приравненными (в частности, США). Хотелось бы упомянуть, что Проект Африканских принципов (по крайней мере в буквальном его понимании) предлагает иное, на наш взгляд, более взвешенное решение. В ст. 1.1 Проекта предусмотрено, что сфера действия документа — это ситуации, связанные с конфликтом законов в международных договорных обязательствах по гражданским и коммерческим вопросам⁴⁵. Такая формулировка позволит распространить действие Принципов на все случаи коллизии законов, в том числе внутренние. Правда, проблема определения термина «международный» все равно остается.

Установление международного статуса контракта может потребовать тщательного анализа каждого конкретного случая и включать в себя два этапа (п. 1.16–1.19):

1. Решение вопроса о «национальности» сторон — если предприятия расположены в разных государствах, контракт является международным, и Принципы применяются. Если у стороны имеется более одного предприятия, соответствующим

ущим учреждением⁴⁶ считается то, которое имеет наиболее тесное отношение к договору на момент его заключения (даже если это учреждение не является основным).

2. Когда первый критерий неприменим, контракт все равно считается международным, если какой-либо «другой соответствующий элемент» расположен за границей. Таковыми соответствующими элементами могут быть, например, место заключения договора, место исполнения, гражданство стороны, место регистрации или учреждения стороны (подчиненные предприятия, которые не были учтены на первом этапе, также могут быть приняты во внимание). Перечень «других соответствующих элементов» является неисчерпывающим, открытым и имеет альтернативный, а не накопительный характер.

Международный характер контракта — руководящее начало Гаагских принципов, пороговое требование для их применения. Это соответствует устойчивым представлениям о том, что сфера действия МЧП — исключительно трансграничные дела, объективно связанные с порядком двух и более государств. Однако автономия воли сторон представляет собой особое коллизийное правило, позволяющее субъективно обозначить компетентное правовое регулирование, опираясь только на намерения сторон. Отказ от использования более широкого современного подхода, в соответствии с которым субъективный выбор сторонами применимого права может представлять собой значимый элемент и привносить характер «интернациональности», довольно сильно сужает предметную сферу действия Гаагских принципов. Это, естественно, вызывает дискуссию в академической среде: насколько данное решение является адекватным и как оно отразится на регулятивной конкуренции, что может простимулировать — «гонку вниз» или «гонку наверх»?

Точки зрения обычно высказываются диаметрально противоположные (что для доктрины является совершенно естественным и само собой разумеющимся, поскольку в науке единообразие и единодушие представляют собой патологию и тормозят развитие юридической мысли). В частности, по мнению профессора Юко Нишитани, как и большинства других японских авторов, МЧП должно применяться исключительно к случаям, имеющим по крайней мере один объективный иностранный элемент (как это и предусмотрено в ст. 1.2 Гаагских принципов), т.е. ограничения автономии воли возможны ввиду требования интернациональности контракта⁴⁷. Эту позицию разделяет и немецкий ученый Дитер Мартини (Dieter Martiny), акцентирующий внимание на том, что связь между сторонами и государством является объективным критерием применимости Принципов. Субъективное подчинение контакта иностранному праву само по себе не является достаточным связующим фактором. Такое самоограничение Принципов позволяет избежать многих коллизий и трудных вопросов императивного права⁴⁸.

⁴⁴ См.: Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts.

⁴⁵ “These Principles apply, in situations involving a conflict of laws, to international contractual obligations in civil and commercial matters, where each party is acting in the exercise of its trade or profession” (см.: Neels J.L. African Principles on the Law Applicable to International Commercial Contracts. Johannesburg, 2023. P. 7).

⁴⁶ Термин «учреждение» включает в себя «административный или управленческий центр, штаб-квартиру, основные и второстепенные места ведения бизнеса, филиал, агентство и любое другое постоянное и непрерывное место ведения бизнеса. Для создания учреждения требуется физическое присутствие стороны, с минимальной степенью экономической организованности и постоянством во времени. Таким образом, юридический адрес компании сам по себе не подпадает под понятие учреждения» (п. 1.23).

⁴⁷ См.: Nishitani Y. Op. cit. P. 331.

⁴⁸ См.: Martiny D. Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2015. Bd. 79. S. 633, 634.

Большая группа ученых, наоборот, считает недостатком Принципов тот факт, что сфера их применения не распространяется на внутренние контракты, по субъективному намерению сторон подчиненные иностранному праву. Профессор Гизела Рюль пишет, что с точки зрения регулятивной конкуренции такое ограничение не является необходимым. Эффективная конкуренция требует ограничения свободы выбора только в том случае, если можно ожидать, что неограниченная конкуренция побудит законодательные органы принимать неэффективные законы, систематически благоприятствующие какой-либо одной стороне. Неясно, почему выбор иностранного права для внутреннего контракта повлечет такие последствия. Ограничение автономии воли снижает давление на государства, чтобы они приспособляли свое законодательство к потребностям частных лиц, при том, что предоставление сторонам права выбора иностранного права в чисто внутренних отношениях не снижает способности государства защищать свои публичные интересы с помощью защитных оговорок. Ограничивая сферу своего применения путем исключения внутрихозяйственных сделок, Гаагские принципы упускают возможность внести позитивный вклад в процесс регулятивной конкуренции⁴⁹.

Довольно жестко требование интернациональности критикуют Саги Пири (Sagi Peiri) и Салони Кхандерия (Saloni Khanderia). Они справедливо отмечают, что традиционно дела по МЧП отличались от внутригосударственных дел наличием некоего «иностранного» элемента в фактической основе иска. Однако насколько этот традиционный подход корректен для современного мира и почему наличие «иностранного элемента» должно влиять на возможность сторон устанавливать свои права и обязанности? Такое требование представляется анахроничным в глобальном мире. Кроме этого, Интернет — это трансграничная, внетерриториальная среда, феномен, бросающий вызов традиционной классификации отрасли. Интернет сам по себе является встроенным чужеродным элементом, а интернет-коммерция ведет к тому, что транснациональный по своей сути феномен онлайн-бизнеса становится почти исключительным средством совершения сделок. В этих условиях представляется нежелательным концептуально, и особенно практически, придерживаться формального традиционного разграничения между внутренними и международными контрактами. Все онлайн-дела должны быть отнесены к МЧП, и стороны всегда должны иметь возможность осуществлять автономию воли в интернет-коммуникациях. Иностраный элемент в настоящее время можно найти практически везде⁵⁰.

Законодательные решения и судебная практика демонстрируют различные подходы к возможности своих национальных субъектов подчинять их внутрихозяйственные сделки иностранному праву. В некоторых странах законодательство по МЧП содержит прямой запрет выбора иностранного права в внутренних отношениях⁵¹. Однако подобная модель встречается нечасто, в основном современный законодатель воздерживается от установления

столь однозначного запрета. Чаше всего в законе просто перечисляются признаки, когда отношение является международным и, соответственно, может по воле сторон регулироваться иностранным правом⁵². Перечень, как правило, не является исчерпывающим и сформулирован гибким образом: «Спор считается международным..., если один или несколько его составных элементов связаны более чем с одним государством. Эти элементы могут быть связаны с фактами..., местонахождением предмета спора, с национальностью... или с каким-либо другим моментом связи между сторонами»⁵³.

В большинстве юрисдикций национальные нормы о коллизионной автономии воли сторон судебной практикой и доктриной толкуются расширительно, как позволяющие подчинять иностранному праву и внутрихозяйственные сделки. Например, японский ученый Масато Догаучи (Masato Dogauchi) утверждает, что Закон о МЧП Южной Кореи позволяет выбор иностранного права в внутренним контрактам⁵⁴, и такое решение является оптимальным, поскольку МЧП должно применяться ко всем контрактам, включая чисто внутренние случаи, ради единообразия и практичности⁵⁵. Один из разработчиков и Гаагских принципов, и Закона Парагвая проф. Хосе Антонио Морено Родригес (José Antonio Moreno Rodríguez) считает, что «практический эффект парагвайского решения заключается в том, что для “интернационализации” контрактов вполне может быть достаточно только воли сторон»⁵⁶.

В Российской Федерации право субъектов предпринимательской деятельности выбирать иностранный закон для регулирования их внутрихозяйственных сделок косвенным образом закреплено в актах высших судебных инстанций. В частности, в п. 31 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 09.07.2019 г. № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» подчеркивается: «По смыслу данной нормы [п. 5 ст. 1210 ГК РФ] суд применяет любые императивные нормы российского законодательства вне зависимости от их квалификации в качестве норм непосредственного применения в значении статьи 1192 ГК РФ, если в спорном отношении полностью отсутствует имеющий значение для дела иностранный элемент»⁵⁷. Такая формулировка показывает, что стороны внутрироссийских контрактов вправе подчинять свои отношения иностранному праву, интернационализируя их исключительно путем субъективного фактора, по собственной воле.

Невозможность применения Гаагских принципов к коллизионной автономии воли во внутрихозяйственных

⁵² См., напр.: статья 68 Кодекса МЧП Панамы (2015).

⁵³ Código Civil de Puerto Rico de 2020. Exposición de motivos. P. 4 [Electronic resource] available at URL: <https://bvirtualogp.pr.gov/ogp/Bvirtual/leyesreferencia/PDF/55-2020.pdf> (дата обращения: 01.02.2024).

⁵⁴ См.: статья 25 Закона Республики Корея о коллизиях законов 1962 г. (в ред. 2001 г.).

⁵⁵ Точку зрения Масато Догаучи см.: Nishitani Y. Op. cit. P. 331.

⁵⁶ Moreno Rodríguez J.A. The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? // The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday. Vol. 2. Rome: International Institute for the Unification of Private Law, 2016. P. 1154. При этом в ст. 2 Закона «Международный характер контрактов» прямо установлено: «Сфера применения данного Закона должна интерпретироваться наиболее широким из возможных образом. Данный Закон будет неприменим для контрактов, все значимые элементы которых связаны лишь с одним государством».

⁵⁷ См.: СПС «КонсультантПлюс».

⁴⁹ См.: Ruhl G. Op. cit. P. 13.

⁵⁰ См.: Peiri S., Khanderia S. Party Autonomy in the Choice of Law: Some Insights from Australia // Liverpool Law Review. 2021. Vol. 42. Pp. 278, 279.

⁵¹ «Контракт является международным, если стороны имеют постоянное место жительства или учреждения в разных государствах, или у договора есть соответствующие объективные связи с более чем одним государством. Контракт не может быть интернационализирован по простой воле сторон» (ст. 44 Закона о МЧП Уругвая (2020)).

контрактах с точки зрения регулятивной конкуренции представляется весьма серьезным недостатком этого документа. Процессы глобализации экономики и интернационализации коммерческой активности породили широко воспринятую в разных странах практику, когда стороны внутрихозяйственных сделок включают в свои контракты оговорку о применении к их спорам иностранного права. В большинстве случаев такая коллизионная оговорка совпадает с юрисдикционной, т.е. когда стороны договариваются о рассмотрении споров иностранным судом (в качестве нейтрального суда) в соответствии с его собственным правом⁵⁸. Нередки также ситуации, когда выбор определенного иностранного закона объективно обусловлен его общеизвестным высоким уровнем или повсеместным признанием в качестве международного стандарта, обеспечивающего единообразное регулирование (например, в морских, страховых или финансовых сделках доминирует английское, швейцарское право или право штата Нью-Йорк)⁵⁹.

Такая практика объективно способна стимулировать законодателя к оптимизации собственного регулирования в сфере коммерческих отношений. От экстерриториального распространения своих правовых моделей и своего правосознания государства могут получить вполне ощутимые инвестиционные дивиденды (хотя и в меньшей степени, нежели от выбора иностранцами их правосудия; но это во многом взаимосвязанные явления). Стремление государства подчинить хозяйственную деятельность его субъектов на его территории только его собственному правопорядку, запрет коллизионной автономии воли во внутренних контрактах свидетельствует о том, что это государство боится регулятивной конкуренции, осознавая (может быть, интуитивно) недостаточный уровень своего законодательства, его неспособность быть привлекательным и эффективным для акторов современной экономической активности. Напротив, возможность частных лиц отказаться от применения собственного неэффективного закона в пользу более развитого иностранного может заставить законодателя пересмотреть национальное регулирование и привести его в соответствие с потребностями современного бизнеса.

Судебная практика развитых стран давно уже демонстрирует тенденцию отказа от навязывания субъектам своей предпринимательской деятельности обязанности подчиняться исключительно национальному праву и национальному правосудию. Так, уже более 50 лет назад (в 1972 г.) в деле *M/S Bremen v. Zapata Off-Shore Co.* Верховный суд США подчеркнул: «Расширение американского бизнеса и промышленности вряд ли будет поощряться, если, несмотря на торжественные контракты, мы будем настаивать на узкой церковно-приходской концепции, согласно которой все споры должны разрешаться в соответствии с нашими законами и в наших судах... Мы не можем вести торговлю и коммерцию на мировых рынках и в международных водах исключительно на наших условиях, регулируемых нашими законами и решаемых в наших судах»⁶⁰.

Потуги публичной власти воспрепятствовать реализации свободы договоров посредством ограничения коллизионной автономии воли сторон приводят к снижению предпринимательской активности и несут в себе серьезную коррупционную

составляющую. Кроме того, они влекут за собой попытки массового обхода закона. Кстати, п. 1.19 Комментария к Гаагским принципам открывает для этого широкие возможности — место заключения контракта намеренно может быть выбрано за границей, исключительно с целью искусственно интернационализировать свой контракт и получить возможность подчинить его иностранному праву. В связи с этим представляется, что узкое традиционалистское толкование понятия «международность», сведение его только к наличию объективных связующих факторов, отказ учитывать субъективное желание сторон интернационализировать свои отношения и, соответственно, невозможность применения Гаагских принципов только по воле сторон к любым их коммерческим контрактам снижают потенциал этого документа в регулятивной конкуренции. Противоположное решение могло бы усилить такой потенциал и послужить прекрасной моделью для улучшения национального коллизионного и материального регулирования.

Заключение

Типовые модели, направленные на достижение единообразия договорного права на международном уровне, разработанные учреждениями, созданными специально для достижения такой цели (Гаагская конференция по МЧП или ЮНСИТРАЛ), на национальном уровне целесообразно принимать или даже копировать в максимально возможной степени. В данном случае законодателям не зазорно выступать в качестве «отъявленных воров» (по выражению «легендарного» Дж. Уолтона), наоборот, им следует аплодировать, если они копируют успешные модели, чтобы внедрить их в свои юрисдикции⁶¹. Подобная политика повысит конкурентоспособность их законов, их эффективность и востребованность.

Гаагские принципы — это действительно руководство по передовой, надлежащей практике, указывающее законодателям, как следует обращаться с соглашениями о выборе права. Они отражают всеобъемлющий мандат Гаагской конференции по МЧП: провести постепенную унификацию правил выбора применимого права в целях повышения правовой определенности трансграничной деятельности и поощрения трансграничной торговли. Принципы нацелены на выработку единообразных подходов в национальном регулировании коллизионной автономии воли сторон. В регулятивной конкуренции документ имеет высокий потенциал — их восприятие на национальном уровне повысит качество внутренних правил о коллизионных оговорках. Этот потенциал является высоким, в том числе и за счет того, что Принципы — акт «мягкого права», не имеющий обязательного характера, поэтому восприятие их государствами предполагает гибкое, свободное понимание, возможность изменений и дополнений.

Не все решения Принципов представляются позитивными с точки зрения регулятивной конкуренции. В частности, ограничение их применения только коммерческими контрактами, имеющими объективные связи с двумя и более правовыми порядками, снижает конкурентоспособность Принципов. В современном глобальном мире стороны внутрихозяйственных сделок также должны иметь возможность использовать акты *lex mercatoria* как нейтральное сбалансированное право, единообразно понимаемое в большинстве юрисдикций и эффективное с точки зрения международных сделок.

В заключение хотелось бы подчеркнуть еще один момент. Как писал Ральф Майклс (Ralf Michaels), изначально

⁵⁸ См.: *Khanderia S., Peari S.* Party autonomy in the choice of law under Indian and Australian private international law: some reciprocal lessons // *Commonwealth Law Bulletin*. 2020. Vol. 46. No. 4. P. 721.

⁵⁹ См.: *Nishitani Y.* Op. cit. P. 311.

⁶⁰ *Lehmann M.* Op. cit. P. 394.

⁶¹ См.: *Moreno Rodríguez J.A.* Op. cit. Pp. 1174, 1175.

«исследователи коллизионного права испытывали отвращение к идее признания негосударственного права, не в последнюю очередь потому, что они опасались за основные принципы своей области»⁶². Одной из главных целей разработки Принципов УНИДРУА было именно преодоление неопределенности коллизионного права. Цель состояла не в том, чтобы добавить еще одну правовую систему к множеству уже имеющихся, а в том, чтобы сделать выбор такой правовой системы вообще излишним⁶³.

В этом отношении Гагские принципы выполняют важную сигнальную функцию и открывают новые горизонты. Специалисты по МЧП могут не волноваться за судьбу своей отрасли — принятие авторитетной международной организацией целостного свода правил *black letters*, устанавливающих коллизионную автономию воли сторон в качестве нормы для трансграничных коммерческих сделок, однозначно показывает, что «даже в очень далекой перспективе говорить об исчезновении коллизионного регулирования и международного гражданского процесса столь же наивно, сколь и утверждать о неизбежности отмирания права при коммунизме. Бесспорно, и *lex mercatoria*, и унификация права международного гражданского и торгового оборота должны всемерно поощряться, но только в сочетании с правом коллизий законов и правом коллизий юрисдикций»⁶⁴.

СПИСОК ЛИТЕРАТУРЫ

1. Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // Международное частное право. Иностранное законодательство. М., 2000. С. 43.
2. Зыкин И. С. Гагские принципы о выборе применимого права к международным коммерческим договорам // Актуальные правовые аспекты современной практики международного коммерческого оборота: сб. ст. М., 2016. С. 73–92.
3. Луткова О. В. Принципы правового регулирования трансграничных авторских отношений // Вестник Университета им. О. Е. Кутафина. 2016. № 12. С. 63–92.
4. Мажорина М. В. Право на выбор неправа: как открыть ящик Пандоры с помощью *lex voluntatis* // Lex russica. 2021. № 12.
5. Стригунова Д. П. Правовое регулирование международных коммерческих договоров: в 2 т. М., 2017.
6. Суспицына М. В. Формирующиеся подходы к коллизионному регулированию интеллектуальной собственности // Юрид. образование и наука. 2012. № 2.
7. Царева Л. Гагские принципы выбора права в международных коммерческих контрактах: сфера применения и основные положения // Юстиция Беларуси. 2016. № 4. С. 1–4.
8. Basedow J. The Hague Principles on Choice of Law: their addressees and impact // Uniform Law Review. 2017. Vol. 22. Pp. 304–315.
9. Bonell M. J. The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles // Uniform Law Review. 2018. Vol. 23. Pp. 16, 17.
10. Carbonara E., Parisi F. Choice of Law and Legal Evolution: Rethinking the Market for Legal Rules. Univ. of Minn. Law Sch. Legal Research Paper Series, Research Paper. 2007. No. 07-38 [Electronic resource] available at URL: <http://ssrn.com/abstract=1011376> (дата обращения: 01.02.2024).
11. Coyle J. F. The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses // Washington Law Review. 2017. Vol. 92. Pp. 633, 634.
12. Douglas M., Loadsman N. The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // Melbourne Journal of International Law. 2018. Vol. 19(1). Pp. 1–24.
13. Gruson M. Governing Law Clauses in Commercial Agreements — New York's Approach // Columbia Journal of Transnational Law. 1980. Vol. 18. Pp. 323, 325.
14. Guzman A. T. Choice of Law: New Foundations // The Georgetown Law Journal. 2002. Vol. 90. Pp. 896, 897.
15. Kerber W. Interjurisdictional Competition Within the European Union // Fordham International Law Journal. 1999. Vol. 23. Iss. 6. Pp. 217, 224.
16. Khanderia S., Peari S. Party autonomy in the choice of law under Indian and Australian private international law: some reciprocal lessons // Commonwealth Law Bulletin. 2020. Vol. 46. No. 4. P. 721.
17. Lehmann M. Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws // Vanderbilt Journal of Transnational Law. 2008. Vol. 41. Pp. 3, 394.
18. Marshall B. The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law // American Journal of Comparative Law. 2018. Vol. 66. Pp. 175–217.
19. Martiny D. Die Haager Prinzipien on Choice of Law in International Commercial Contracts: Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 2015. Bd. 79. S. 633, 634.
20. Michaels R. C. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State // Duke Law School Faculty Scholarship Series. 2007. Paper 150. P. 449.
21. Michaels R. C. Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts // Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht. 2009. Bd. 73. S. 867–888.
22. Moreno Rodríguez J. A. The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? // The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday. Vol. 2. Rome: International Institute for the Unification of Private Law, 2016. Pp. 1154, 1174, 1175.
23. Nishitani Y. Party Autonomy in Contemporary Private International Law — The Hague Principles on Choice of Law and East Asia // Japanese Yearbook of International Law. 2016. Vol. 59. Pp. 307, 311, 331, 337, 344.
24. Ogunranti A. The Hague Principles — a new dawn for developing countries? // Dutch Journal on Private International Law. 2017. Iss. 4. P. 737.
25. O'Hara E. A., Ribstein L. E. The Law Market. Oxford University Press, 2009. Pp. 643–645.
26. Peari S., Khanderia S. Party Autonomy in the Choice of Law: Some Insights from Australia // Liverpool Law Review. 2021. Vol. 42. Pp. 278–279.
27. Pertegas M., Marshall B. A. Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // Brooklyn Journal of International Law. 2014. Vol. 39. Iss. 3. Pp. 982, 991.
28. Ruhl G. Regulatory Competition and the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts (March 13, 2020) // Rishi Gulati, Thomas John & Ben Koehler (eds.), Elgar Companion on the Hague Conference on Private International Law, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Camberley/Northampton,

⁶² Michaels R. C. The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State // Duke Law School Faculty Scholarship Series. 2007. Paper 150. P. 449.

⁶³ См.: Michaels R. C. Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien. P. 872.

⁶⁴ Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // Международное частное право. Иностранное законодательство. М., 2000. С. 43.

2020. Pp. 1, 6, 9, 13, 20 [Electronic resource] available at URL: <https://ssrn.com/abstract=3553808> (дата обращения: 01.02.2024).
29. *Symeonides S.C.* Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey // *American Journal of Comparative Law*. 2011. Vol. 58. P. 71.
30. *Tiebout C.* A Pure Theory of Local Expenditures // *Journal of Political Economy*. 1956. Vol. 64. No. 5. P. 416.
31. *Whincop M.J., Keyes M., Posner R.* Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws. Aldershot: Ashgate/Dartmouth Publishing, 2001. Pp. 27–30.
32. *Whytock C.A.* Myth of Mess? International Choice of Law in Action // *New York University Law Review*. 2009. Vol. 84. P. 737.
16. *Khanderia S., Peari S.* Party autonomy in the choice of law under Indian and Australian private international law: some reciprocal lessons // *Commonwealth Law Bulletin*. 2020. Vol. 46. No. 4. P. 721.
17. *Lehmann M.* Liberating the Individual from Battles between States: Justifying Party Autonomy in Conflict of Laws // *Vanderbilt Journal of Transnational Law*. 2008. Vol. 41. Pp. 3, 394.
18. *Marshall B.* The Hague Choice of Law Principles, CISG, and PICC: A Hard Look at a Choice of Soft Law // *American Journal of Comparative Law*. 2018. Vol. 66. Pp. 175–217.
19. *Martiny D.* Die Haager Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts: Eine weitere Verankerung der Parteiautonomie // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2015. Bd. 79. S. 633, 634.
20. *Michaels R.C.* The True Lex Mercatoria: Law Beyond the State // *Duke Law School Faculty Scholarship Series*. 2007. Paper 150. P. 449.
21. *Michaels R.C.* Umdenken für die UNIDROIT-Prinzipien: Vom Rechtswahlstatut zum Allgemeinen Teil des transnationalen Vertragsrechts // *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*. 2009. Bd. 73. S. 867–888.
22. *Moreno Rodríguez J.A.* The New Paraguayan Law on International Contracts: Back to the Past? // *The Age of Uniform Law. Essays in honour of Michael Joachim Bonell to celebrate his 70th birthday*. Vol. 2. Rome: International Institute for the Unification of Private Law, 2016. Pp. 1154, 1174, 1175.
23. *Nishitani Y.* Party Autonomy in Contemporary Private International Law – The Hague Principles on Choice of Law and East Asia // *Japanese Yearbook of International Law*. 2016. Vol. 59. Pp. 307, 311, 331, 337, 344.
24. *Ogunranti A.* The Hague Principles – a new dawn for developing countries? // *Dutch Journal on Private International Law*. 2017. Iss. 4. P. 737.
25. *O'Hara E.A., Ribstein L.E.* The Law Market. Oxford University Press, 2009. Pp. 643–645.
26. *Peari S., Khanderia S.* Party Autonomy in the Choice of Law: Some Insights from Australia // *Liverpool Law Review*. 2021. Vol. 42. Pp. 278–279.
27. *Pertegas M., Marshall B.A.* Party Autonomy and its Limits: Convergence through the New Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // *Brooklyn Journal of International Law*. 2014. Vol. 39. Iss. 3. Pp. 982, 991.
28. *Ruhl G.* Regulatory Competition and the Hague Principles of Choice of Law in International Commercial Contracts (March 13, 2020) // *Rishi Gulati, Thomas John & Ben Koehler (eds.), Elgar Companion on the Hague Conference on Private International Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham/Camberley/Northampton, 2020. Pp. 1, 6, 9, 13, 20 [Electronic resource] available at URL: <https://ssrn.com/abstract=3553808> (accessed: 01.02.2024).
29. *Symeonides S.C.* Choice of Law in the American Courts in 2010: Twenty-Fourth Annual Survey // *American Journal of Comparative Law*. 2011. Vol. 58. P. 71.
30. *Tiebout C.* A Pure Theory of Local Expenditures // *Journal of Political Economy*. 1956. Vol. 64. No. 5. P. 416.
31. *Whincop M.J., Keyes M., Posner R.* Policy and Pragmatism in the Conflict of Laws. Aldershot: Ashgate/Dartmouth Publishing, 2001. Pp. 27–30.
32. *Whytock C.A.* Myth of Mess? International Choice of Law in Action // *New York University Law Review*. 2009. Vol. 84. P. 737.

REFERENCES

1. *Zhiltsov A.N., Muranov A.I.* National codifications in modern International Private Law. Trends and contradictions in its development on the threshold of the third Millennium // *International Private Law: Foreign Legislation*. M., 2000. P. 43 (in Russ.).
2. *Zykin I.S.* Hague principles on the choice of applicable law to the international commercial contracts // *Actual legal aspects of modern practice of international commercial turnover: collection of articles*. M., 2016. Pp. 73–92 (in Russ.).
3. *Lutkova O.V.* Principles of legal regulation of transboundary copy-right relations // *Herald of Kutafin University*. 2016. No. 12. Pp. 63–92 (in Russ.).
4. *Mazhorina M.V.* The right to choose wrong: how to open Pandora's box with the help of lex voluntatis // *Lex russica*. 2021. No. 12 (in Russ.).
5. *Strigunova D.P.* Legal regulation of international commercial contracts: in 2 vols. M., 2017 (in Russ.).
6. *Suspitsyna M.V.* Forming approaches to conflict of laws regulation of intellectual property // *Legal Education and Science*. 2012. No. 2 (in Russ.).
7. *Tsareva L.V.* Hague principles of choice of law in international commercial contracts: scope of application and main provisions // *Justice of Belarus*. 2016. No. 4. Pp. 1–4 (in Russ.).
8. *Basedow J.* The Hague Principles on Choice of Law: their addressees and impact // *Uniform Law Review*. 2017. Vol. 22. Pp. 304–315.
9. *Bonell M.J.* The law governing international commercial contracts and the actual role of the UNIDROIT Principles // *Uniform Law Review*. 2018. Vol. 23. Pp. 16, 17.
10. *Carbonara E., Parisi F.* Choice of Law and Legal Evolution: Rethinking the Market for Legal Rules. Univ. of Minn. Law Sch. Legal Research Paper Series, Research Paper. 2007. No. 07-38 [Electronic resource] available at URL: <http://ssrn.com/abstract=1011376> (accessed: 01.02.2024).
11. *Coyle J.F.* The Canons of Construction for Choice-of-Law Clauses // *Washington Law Review*. 2017. Vol. 92. Pp. 633, 634.
12. *Douglas M., Loadsman N.* The Impact of the Hague Principles on Choice of Law in International Commercial Contracts // *Melbourne Journal of International Law*. 2018. Vol. 19 (1). Pp. 1–24.
13. *Gruson M.* Governing Law Clauses in Commercial Agreements – New York's Approach // *Columbia Journal of Transnational Law*. 1980. Vol. 18. Pp. 323, 325.
14. *Guzman A.T.* Choice of Law: New Foundations // *The Georgetown Law Journal*. 2002. Vol. 90. Pp. 896, 897.
15. *Kerber W.* Interjurisdictional Competition Within the European Union // *Fordham International Law Journal*. 1999. Vol. 23. Iss. 6. Pp. 217, 224.

Сведения об авторах

ЕРПЫЛЕВА Наталия Юрьевна —
доктор юридических наук, профессор,
руководитель департамента правового
регулирования бизнеса факультета права
Национального исследовательского
университета «Высшая школа экономики»;
101000 г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

ГЕТЬМАН-ПАВЛОВА Ирина Викторовна —
кандидат юридических наук,
доцент департамента правового
регулирования бизнеса факультета права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»;
101000 г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

КАСАТКИНА Александра Сергеевна —
кандидат юридических наук,
доцент департамента правового регулирования
бизнеса факультета права
Национального исследовательского университета
«Высшая школа экономики»;
101000 г. Москва, ул. Мясницкая, д. 20

Authors' information

ERPYLEVA Natalia Yu. —
Doctor of Law, Professor,
Head of the Department of Legal Regulation
of Business, Faculty of Law, National Research
University Higher School of Economics;
20 Myasnitskaya str., 101000 Moscow, Russia

GET'MAN-PAVLOVA Irina V. —
PhD in Law,
Associate Professor of the Department of Legal
Regulation of Business, Faculty of Law,
National Research University
Higher School of Economics;
20 Myasnitskaya str., 101000 Moscow, Russia

KASATKINA Alexandra S. —
PhD in Law,
Associate Professor of the Department of Legal
Regulation of Business, Faculty of Law,
National Research University
Higher School of Economics;
20 Myasnitskaya str., 101000 Moscow, Russia