

# МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

А. А. Шулаков\*

## СОВРЕМЕННЫЕ ПОДХОДЫ К РАСКРЫТИЮ СОДЕРЖАНИЯ ПРИНЦИПА НАИБОЛЕЕ ТЕСНОЙ СВЯЗИ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

**Аннотация.** Вопросы подходов к раскрытию содержания принципа наиболее тесной связи являются одними из самых важных и малоизученных в международном частном праве. Исследование посвящено коллизионному, материально-правовому (смешанному) и субъективному подходам. Особое внимание в работе уделено смешанному подходу, максимально полно раскрывающему содержание наиболее тесной связи и поэтому получающему все большее развитие в законодательстве США, ЕС, Китая, России и других стран. Делается вывод, что механизм смешанного подхода основан на одновременном учете правоприменителем публичных интересов и коллизионных презумпций. Выступающий в качестве вектора публичный интерес и соответствующая ему коллизионная презумпция в сумме образуют наиболее тесную связь с правоотношением. На основе детального анализа правовых норм установлено, что в рамках смешанного подхода в современном законодательстве используется несколько способов закрепления публичных интересов для определения наиболее тесной связи. Законодатель либо указывает правоприменителю те публичные интересы (цели), которые должны быть учтены и не ущемлены, либо устанавливает, чьим интересам обязан благоприятствовать правоприменитель при выборе права, либо сразу выделяет определенный критерий учета таких интересов. Проанализированы причины неопределенности и противоречивости субъективного подхода, основанного главным образом на поиске правоприменителем предполагаемых намерений сторон и являющегося в связи с этим не только синонимом, но и повтором отвергнутого в современном международном частном праве подхода о гипотетической воле сторон.

**Ключевые слова:** наиболее тесная связь, публичные интересы, коллизионный подход, материально-правовой (смешанный) подход, субъективный подход, предполагаемая (гипотетическая) воля, разумная связь, достаточная связь, субъективная привязка, объективная привязка.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2018.134.1.103-114**

Действие принципа наиболее тесной связи, основанное на выполнении главной задачи международного частного права (МЧП) — поиск применимого права — и распространяющееся на все частноправовые отношения с иностранным элементом, закрепляет за этим принципом роль основного начала МЧП. Ука-

занный принцип является не только выражением всех коллизионных норм, но и лежит в основе механизма защитных оговорок, ограничивающих действие автономии воли сторон в МЧП<sup>1</sup>. Принцип наиболее тесной связи предусматривает выбор (законодателем и судом) из коллидирующих в трансграничном правоотно-

<sup>1</sup> См. подробно: Шулаков А. А. Консеквенциальный метод в международном частном праве // Актуальные проблемы российского права. 2014. № 1. С. 100—108.

© Шулаков А. А., 2018

\* Шулаков Андрей Анатольевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА) docent-law@rambler.ru 125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

шении правопорядков права того государства, которое связано с наименьшим ущербом для публичных интересов (ценностей), затронутых этим правоотношением. Оценка наименьшего ущерба и выбор применимого права производится судом с учетом последствий такого выбора для публичных интересов (ценностей) страны суда и других государств, с которыми связано правоотношение<sup>2</sup>.

В отечественном и иностранном законодательстве, судебной практике и доктрине существует ряд подходов к раскрытию содержания принципа наиболее тесной связи в международном частном праве<sup>3</sup>. Наиболее известными из них являются три: коллизионный или территориальный подход, основанный на учете различного вида территориальных контактов (места нахождения имущества, места жительства, места причинения вреда и т.д.), субъективный подход, выросший из «гипотетической воли сторон»<sup>4</sup>, и подход материально-правовой (смешанный), позволяющий выявлять

наиболее тесную связь на основе указанных законодателем материально-правовых факторов (публичных интересов)<sup>5</sup> и коллизионных (территориальных) критериев. Использование в материально-правовом подходе одновременно двух критериев (материального и коллизионного) позволило дать этому подходу в отечественной доктрине (А. В. Асосков) более точное название — «смешанный подход»<sup>6</sup>.

В последние годы все большее развитие в международном частном праве получает именно смешанный правовой подход, позволяющий реализовать принцип наиболее тесной связи посредством учета публичных интересов, служащих ориентиром судье при выборе соответствующей коллизионной презумпции. Законодатель тем самым указывает правоприменителю те публичные интересы (ценности, цели), которыми он руководствовался при создании норм. Выступающий в качестве вектора публичный интерес и соответствующая ему коллизионная презумпция

<sup>2</sup> См. подробно: Шулаков А. А. Принцип наиболее тесной связи в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2013. С. 10.

<sup>3</sup> См., например: Асосков А. В. Основы коллизионного права. М. : Инфотропик Медиа, 2012. С. 301—316 ; Гетьман-Павлова И. В., Филимонов К. В. Модификация принципа наиболее тесной связи в Концепции развития гражданского законодательства РФ и в Регламенте ЕС «Рим I». М. : НИУ ВШЭ. 2012 ; Дмитриева Г. К. История науки международного частного права // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). 2015. № 2. С. 31—33 ; Кётц Х., Лорман Ф. Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. М. : Бек, 2001. С. 231—238 ; Основы германского и международного экономического права : учеб. пособие / Х. Й. Шмидт-Тренц, Ю. Плате, М. Пашке [и др.]. СПб. : СПбГУ, 2007. С. 253—257 ; Ходыкин Р. М. Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2005. С. 212—217 ; Шулаков А. А. Принцип наиболее тесной связи в международном частном праве. С. 56—60 ; Dolinger J. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts // Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 2000. Vol. 283 ; Lando O. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles // Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. 1984-VI. Vol. 189 ; Symeon C. Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? [To be published in 83 Tulane Law Review (2009)] // URL: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1343878##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1343878##) (дата обращения: 16.03.2016) ; Visser Fr. Connecting factors / International Encyclopedia of Comparative Law; chief ed. K. Lipstein. Tübingen, 1999. Vol. III. Private International Law. Chap. 4.

<sup>4</sup> «Так называемый субъективный подход к определению применимого правопорядка, имеющего наиболее тесную связь с отношением, — отмечает А. В. Асосков, — делает акцент на субъективной стороне вопроса. Данный подход обычно предлагается для сферы договорных обязательств, в которой доминирует принцип автономии воли сторон: наиболее тесная связь в таком преломлении рассматривается как продолжение этого принципа, гипотетическая воля сторон на применение определенного права.» (Асосков А. В. Основы коллизионного права. М.: Инфотропик Медиа, 2012. С. 302 (разд. 7.4.2 «Субъективный подход»)).

<sup>5</sup> Публичные интересы — это закрепленные в императивных нормах права сбалансированные общие интересы, направленные на удовлетворение общих потребностей (потребности личности, общества и государства). В современном международном частном праве это интересы, связанные с законными ожиданиями сторон, с защитой добросовестных участников сделки, слабой стороны и т.д.

<sup>6</sup> См. подробно: Асосков А. В. Указ. соч. С. 306—307.

в сумме образуют наиболее тесную связь с правоотношением.

Смешанный подход, первоначально использованный в законодательстве США (Второй Свод законов 1971 г.; ГК Луизианы 1991 г.)<sup>7</sup>, в дальнейшем был, в частности, закреплен в правовых актах России (Гражданский кодекс (часть третья) 2001 г.)<sup>8</sup>, Болгарии (Кодекс международного частного права 2005 г.)<sup>9</sup>, Ев-

ропейского Союза (Регламенты «Рим II» 2007 г. и «Рим I» 2008 г.)<sup>10</sup>, КНР (Закон Китайской Народной Республики о применении права к гражданско-правовым отношениям, выходящим за пределы одного государства 2011 г.)<sup>11</sup> и других стран.

Из приведенных примеров видно, что при смешанном подходе в современном законодательстве используется несколько способов за-

<sup>7</sup> Критерии, положенные в основу Второго Свода законов США, получили максимальное развитие в 1991 г. в Книге IV (Коллизии законов) Гражданского кодекса Луизианы. Основополагающим международным частноправовым началом в ГК Луизианы выступает принцип, в соответствии с которым любой вопрос в деле, имеющем связи с другими государствами (штатами), регулируется правом государства (штата), интересам которого был бы нанесен наиболее серьезный ущерб, если его право не будет применено к этому вопросу (ст. 3515 ГК Луизианы). В качестве таких интересов законодатель наряду с коллизионными презумпциями формулирует в ГК Луизианы, в частности, в отношении вопросов «Статуса (Титул II)» интересы, связанные с защитой детей, несовершеннолетних и иных нуждающихся в защите, а также с защитой семейных ценностей, стабильности и т.д. (ст. 3519). В отношении «Деликтных и квазиделиктных обязательств (Титул VII)» законодатель также устанавливает не только ряд жестких коллизионных презумпций (различные варианты Закона места причинения вреда), но и правило, в соответствии с которым судья при выборе права обязан ориентироваться на более высокий стандарт финансовой защиты для пострадавшего лица (ст. 3544) и т.д. (Civil Code. Louisiana Laws Table of Contents // URL: [http://legis.la.gov/Legis/Laws\\_Toc.aspx?folder=67&level=Parent](http://legis.la.gov/Legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent) (дата обращения: 16 марта 2016 г.)).

<sup>8</sup> В пункте 3. ст. 1199 ГК РФ закреплено правило о применении права наиболее благоприятного интересам лица, находящегося под опекой (попечительством): «Отношения между опекуном (попечителем) и лицом, находящимся под опекой (попечительством), определяются по праву страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя). Однако, когда лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в Российской Федерации, применяется российское право, если оно более благоприятно для этого лица» (Гражданский кодекс РФ (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 15.02.2016) // СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>9</sup> В Кодексе международного частного права Болгарии от 04.05.2005, как и в ГК Луизианы, закреплен подход, основанный на применении права того государства, интересы которого наиболее ущемлены в трансграничном правоотношении. Так, например, в соответствии со ст. 107 (1) Кодекса международного частного права Болгарии «Обязательства, проистекающие от нелояльной конкуренции и от ограничения конкуренции, регламентируются правом государства, на чьей территории интересы конкурентов в отношениях между ними или коллективные интересы потребителей ущемлены или могут быть ущемлены непосредственно и существенно» (Държавен вестник. 2005. № 42 ; 2007. № 59 ; 2010. № 100 // URL: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/041701> (дата обращения: 16 марта 2016 г.)).

<sup>10</sup> Так, например, в п. 20 преамбулы Регламента Европейского Парламента и Совета ЕС № 864/2007 от 11.07.2007 о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II»), в частности, указано: «В сфере ответственности за продукцию правило конфликта законов должно учитывать такие цели, как справедливое распределение рисков в современном высокотехнологическом обществе, охрана здоровья потребителей, стимулирование инноваций, недопустимость искажения конкуренции и содействие торговле. Введение каскадной системы привязок вместе с условием предсказуемости является сбалансированным решением применительно к этим целям». Этот же подход закреплен и в ряде других положений Регламента «Рим II». Так, например, в п. 21 преамбулы Регламента указано, что правило конфликта законов по делам, связанным с недобросовестной конкуренцией и действиями, ограничивающими свободную конкуренцию, должно «защищать конкурентов, потребителей и общественность в целом и гарантировать нормальное функционирование рыночной экономики» (Official Journal of the European Union L 199. 31.7.2007. P. 40 URL: <http://eulaw.edu.ru/documents/legislation/collision/vnedogovornoe.htm> (дата обращения: 16.03.2016)) (далее — Рим II).

<sup>11</sup> Так, например, в соответствии с § 29 Закона КНР «К содержанию применяется наиболее благоприятное для защиты интересов получателя алиментов право обычного местопребывания стороны, право

крепления публичных интересов для определения наиболее тесной связи. Законодатель либо указывает правоприменителю те публичные интересы (цели), которые должны быть учтены и не ущемлены (например, «семейные ценности» или «охрана здоровья потребителей»), либо устанавливает, чьим интересам обязан благоприятствовать правоприменитель при выборе права (например, «интересы получателя алиментов» или «интересы подопечного»), либо сразу выделяет критерий учета публичных интересов (например, «более высокий стандарт финансовой защиты для пострадавшего лица»<sup>12</sup>).

Главное преимущество смешанного подхода перед коллизионным состоит в том, что он ставит судью, определяющего применимое право, на место законодателя и обязывает его руководствоваться при решении конкретных частноправовых споров с иностранным элементом теми же интересами и предпочтениями, которыми руководствовался законодатель, выражать вместе с законодателем единую государственно-правовую позицию<sup>13</sup>. Ограничение судов рамками только коллизионного подхода к определению принципа наиболее тесной связи сводит на нет реализацию данной функции, поскольку не позволяет судам аргументировать необходимость специальных коллизионных решений ссылками на имеющие значение материальные факторы<sup>14</sup>.

Таким образом, наряду с коллизионным подходом в современном законодательстве активно применяется «материально-правовой», или более точно — «смешанный» подход, использующий наряду с коллизионными и материально-правовые критерии (публичные интересы), играющие роль определяющих факторов при выборе судом права, наиболее тесно связанного с правоотношением.

Третий (субъективный) подход, доминировавший до середины XX в. в английском праве, был основан на поиске так называемой гипотетической воли сторон. С учетом современного законодательства, доктрины и практики данный подход представляется на сегодняшний день не только устаревшим, но и неверным. Вместе с тем некоторыми из авторов делаются попытки придания этому подходу, по сути, нового дыхания<sup>15</sup>. С учетом этих обстоятельств рассмотрим его более подробно.

В отечественной доктрине еще в 70-е гг. прошлого века профессором Л. А. Лунцем было отмечено, что отыскание *предполагаемой (гипотетической)* воли «разумного человека» («добраго отца семейства») является на Западе юридико-техническим приемом, который в английской практике именуется отысканием «закона, свойственного данному договору» (the proper law of the contract)<sup>16</sup>. Этот юридико-технический прием, а также используемый в английском праве для установления

---

государства, гражданство которого [сторона] имеет, или места нахождения основной части имущества». В § 30 Закона КНР «Опека» закреплено правило, в соответствии с которым «К опеке применяется наиболее благоприятное для защиты интересов подопечного право обычного местопребывания или государства, гражданство которого [сторона] имеет» (Закон КНР о применении права к гражданско-правовым отношениям, выходящим за пределы одного государства (2011) // URL: [www.dcvj.org](http://www.dcvj.org) (дата обращения: 16 марта 2016 г.)).

<sup>12</sup> Профессор С. Симеонидес, проведший в 2009 г. первое за последние 40 лет комплексное исследование применения судами в деликтных обязательствах принципов, заложенных в ходе американской коллизионной революции, констатировал, что американские суды в 86 % случаев достигали однородных результатов, а в вопросах, связанных с выбором права, предусматривающего «более высокий стандарт финансовой защиты для пострадавшего лица» (ст. 3544 ГК Луизианы), эти результаты достигли 94 % (Symeon C. Symeonides. Op. cit. P. 35).

<sup>13</sup> См. подробно: Шулаков А. А. Принцип наиболее тесной связи в международном частном праве : монография. М. : СГУ, 2012. С. 278.

<sup>14</sup> См. подробно: Асосков А. В. Указ. соч. С. 315.

<sup>15</sup> См. подробно: Асосков А. В. Указ. соч. С. 302—306.

<sup>16</sup> Раскрывая суть указанного юридико-технического приема, Л. А. Лунц ссылается на А. Дайси, который отмечает, что «исследование намерений сторон на деле является исследованием не действительных намерений X и A, ибо таких намерений, возможно, на деле вовсе не существовало, а исследованием воли, которую выразили бы разумные люди, если бы они находились в положении X и A и если бы внимание таких разумных людей было обращено на обстоятельства, на которые X и A не обратили внимания» (Лунц Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. М. : Спарк, 2002. С. 214—216).

намерения сторон «метод локализации договора по объективным признакам»<sup>17</sup>, указывает Л. А. Лунц, являются вариантами отыскания «закона, свойственного данному договору»<sup>18</sup>.

В общем праве, не подразделяющемся на основе интересов право на публичное и частное, понятие «разумное лицо» (*reasonable man*) является правовой фикцией, которая помогает суду при оценке обстоятельств спора о толковании обосновывать правовую позицию деперсонализированным (объективным) стандартом поведения и понимания<sup>19</sup>. Важно отметить, что в рамках романо-германской правовой системы подобные усредненные правомерные стандарты поведения относятся к категориям общим или публично-правовым<sup>20</sup>. Принципы, предполагающие разумность и добросовестность участников гражданско-правовых отношений в романо-германском праве<sup>21</sup> и предполагаемая (гипотетическая) воля «разумного человека» в общем праве<sup>22</sup>, совпадают по своей сути. В основе каждой из этих категорий лежат не субъективные, а объективные ус-

редненные правомерные частные интересы, являющиеся частью общих или публичных интересов. Как уже указывалось, в современном международном частном праве это интересы, связанные с законными ожиданиями сторон, с защитой добросовестных участников сделки, с защитой слабой стороны и др.

Таким образом, определение «гипотетической воли» в общем праве в действительности, или, как указывает А. Дэйси, «на деле», всегда было связано с учетом судом объективных деперсонализированных стандартов разумного поведения, основанных на общих интересах. В противном случае разгадывание непротиворечащих праву предполагаемых субъективных намерений сторон (индивидуальных частных интересов), которых в каждой сделке может быть не один десяток, — сразу бы свело на нет все возможности суда по нахождению применимого к правоотношению права.

В международном частном праве США к середине XX в. теории о «воле разумного лица» и «локализации договора» были транс-

<sup>17</sup> Раскрывая суть данного метода, Л. А. Лунц ссылается на Дж. Чешира: «Каждое условие договора, каждая деталь, касающаяся его заключения и исполнения, каждый факт, который указывает на намерение сторон, имеет значение. Суд должен, например, принять во внимание: домицилий и даже местопребывание сторон; национальность юридического лица; местонахождение его административного центра; место заключения договора и место его исполнения; форму, в которую облечен договор (например, принять во внимание, соответствуют ли те или иные выражения той или другой правовой системе); тот факт, что какое-либо договорное условие действительно по одному праву или недействительно по другому... словом, всякое обстоятельство, из которого явствует характер договора и природа сделки» (Лунц Л. А. Указ. соч. С. 214—215).

<sup>18</sup> См.: Лунц Л. А. Указ. соч. С. 214, 216.

<sup>19</sup> См. подробно: Байрамкулов А. К. Толкование договора в российском и иностранном гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2014. С. 82.

<sup>20</sup> Любую отрасль права, в том числе и отрасль частноправовую (гражданское, семейное, трудовое и международное частное право) пронизывают публично-правовые начала (публичные интересы), скрепляющие эту отрасль в единое целое. Такими публично-правовыми скрепами в гражданском праве являются, в частности, охрана частной собственности, право наследования, свобода договора и неукоснительное его выполнение, а также предполагаемые разумность и добросовестность участников гражданских правоотношений и др. Публично-правовые начала, служащие той или иной частной отрасли права, не преобразуют ее в отрасль публично-правовую, поскольку не меняют и не могут изменить предмета этой отрасли, они лишь организуют, регламентируют и закрепляют ту или иную систему частноправовых отношений, сложившуюся в рамках ценностей конкретного общества и государства.

<sup>21</sup> Так, например, в соответствии с российским законодательством при оценке юридических действий сторон суды ориентируются на принципы добросовестности и разумности, закрепленные в п. 5 ст. 10 ГК РФ: «Добросовестность участников гражданских правоотношений и разумность их действий предполагаются».

<sup>22</sup> «В договорном праве США, — отмечает В. М. Шумилов, — намерение определяется не по личному, субъективному отношению лица, а по внешним — объективным признакам, исходя из поведения, свойственного некоему стандартному разумному человеку (теория “объективного договора” — “objective theory of contracts”» (Шумилов В. М. Правовая система США : учеб. пособие. 3-е изд. М. : Междунар. отношения, 2013. С. 153).

формированы законодателем в понятия «разумной» и «достаточной» связи сделки с правом государства (ст. 1-105 ЕТК США 1952 г.)<sup>23</sup>. Объективные критерии (признаки) такой связи — имеющие публично-правовое значение принципы (policies)<sup>24</sup>, рожденные, по сути, из стандартов «разумного» поведения, и коллизионные (территориальные) критерии, учитываемые («достаточные») для локализации договора, были кумулятивно закреплены в § 6<sup>25</sup> и § 188<sup>26</sup> Второго Свода законов по международному частному праву США 1971 г. Таким образом, общие, или публичные, интересы и коллизионные критерии составили во Втором Своде законов США две части единого

смешанного подхода в раскрытии наиболее тесной связи.

В немецкой доктрине подход, связанный с «гипотетической волей», раскритиковал профессор Л. Раапе еще в 1955 г.: «Распознавание действительной воли сторон, — писал ученый, — дело психологии, а распознавание гипотетической воли производится путем взвешивания интересов. Таким образом, привязка к гипотетической воле сторон в действительности является привязкой, произведенной при помощи взвешивания интересов. Следовательно, с таким же основанием можно говорить здесь о привязке, сообразной с интересами сторон»<sup>27</sup>. С учетом этого аргумента Л. Раапе

<sup>23</sup> В соответствии со ст. 1-105 ЕТК США (Действие закона в пространстве. Право сторон избирать применимое право) «1. За изъятиями, предусмотренными настоящей статьей, в случае, когда сделка имеет разумную связь с настоящим штатом, а также с другим штатом или государством, стороны могут согласиться о применении к их правам и обязанностям права либо данного, либо другого штата или государства. При отсутствии такого соглашения настоящий Закон подлежит применению к сделкам, имеющим достаточную связь с данным штатом» (Единообразный торговый кодекс (ЕТК) США) // URL: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/0201> (дата обращения: 16.03.2016)).

<sup>24</sup> Термин «Policy, public» в издании «Юридический словарь Джона Бувье, адаптированный к Конституции и законам Соединенных штатов Америки и нескольких государств Американского союза» означает закрепленную в законе государственную политику, направленную на общественное благо. Американский словарь («The American Heritage Dictionary of the English Language») трактует «public policy» как «основную политику или набор политик, лежащих в основе государственных законов». Данный термин в полной мере совпадает с теми публично-правовыми категориями, которые в романо-германской правовой системе составляют содержание общих и отраслевых принципов права, а также с публичными интересами, ценностями национального правопорядка (см. подробно: Шулаков А. А. Консеквенциальный метод в международном частном праве. С. 102—103).

<sup>25</sup> В соответствии с § 6 Второго Свода законов США по международному частному праву (1971), при выборе судом применимого права учитываются, в частности, следующие принципы (hoice-of-law principles): а) интересы межштатной и международной систем; б) политика права суда; в) политика других заинтересованных государств в определении конкретного вопроса; г) защита оправданных ожиданий; д) основные политики, лежащие в основе определенной области права (см. подробно: American Law Institute. Restatement of the Law Second, Conflicts of Laws 2d. Vol. I and II. St. Paul, Minn., 1971 ; Кабатова Е. В. Международное частное право: современные проблемы. М., 1994. С. 390—391).

<sup>26</sup> В соответствии с § 188 Второго Свода законов США, если действительное соглашение сторон отсутствует, применяются дополнительные критерии: 1) права и обязанности сторон, в отношении спорного вопроса в договоре, определяются внутренним правом штата, который применительно к данному спорному вопросу имеет наиболее значимое отношение к содержанию данного договора и сторонам, исходя из принципов, установленных в § 6; 2) при отсутствии действительного выбора, применимого сторонами права, для определения права, применимого к отдельному спорному вопросу, критерии, которые следует принять во внимание, при применении принципов § 6, включают: место заключения договора, место проведения переговоров по договору, место исполнения договора, место нахождения предмета договора, домицилий, место жительства, национальность, место создания юридического лица, место осуществления основной хозяйственной деятельности сторонами (см. подробно: Комментарий § 188 Второго Свода законов США (1971) // URL: <http://www.kentlaw.edu/perritt/conflicts/rest188.html> (дата обращения: 16.03.2016) ; Ахрименко М. А. Концепция гибкого подхода к определению права, подлежащего применению к договорам, в современном коллизионном праве государств Западной Европы и США : дис. ... канд. юрид. наук. М., 2006. С. 94).

<sup>27</sup> Раапе Л. Международное частное право. М. : Иностранная литература, 1960. С. 443.

предлагал отказаться от слов «гипотетическая воля сторон» и вместо них «говорить о привязке, соответствующей с интересами сторон и со значением этих интересов, и заниматься поисками такой привязки». Говоря о применении привязки, соответствующей с интересами сторон, Л. Раапе приводит несколько решений европейских судов, из анализа которых он делает два важнейших вывода. Первый из них состоит в том, что применимое к правоотношению право может быть обнаружено путем взвешивания интересов сторон. Второй вывод гласит, что *привязки, основанные на взвешивании интересов сторон и на выявлении наиболее тесной связи с правоотношением, согласуются по существу*<sup>28</sup>.

Эта позиция Л. Раапе была подтверждена всей последующей судебной практикой Германии. По свидетельству разработчиков Римской конвенции 1980 г. «О праве, применимом к договорным обязательствам» профессоров Марио Джулиано и Поля Лагарда, решения, принятые немецкими судами по определению закона контракта, при отсутствии выбора сторонами, базировались в основном на поиске «указателей», способных к показу «гипотетической воли», *понимая под этой предполагаемой волей общие интересы в каждом конкретном случае*. Подобный подход, отмечают авторы доклада, продемонстрировала также судебная практика Франции, Англии и стран Бенилюкса: при отсутствии указания сторон договора о применимом праве применимое законодательство определялось объективно с учетом факторов, указывающих на наиболее тесную связь договора с правом определенной страны<sup>29</sup>.

Таким образом, важнейшим недостатком теории о поиске судом так называемой «гипотетической» или предполагаемой субъективной воли сторон явилось неподтверждение этой теории судебной практикой. Практика показала, что являющаяся юридической фик-

цией «гипотетическая воля» выявляется не из предполагаемых субъективных намерений сторон, а с учетом взвешивания судом реальных коллидирующих в правоотношении общих или публичных интересов.

Отказ от использования теории гипотетической воли сторон произошел во всех западно-европейских странах после вступления в силу Римской конвенции «О праве, применимом к договорным обязательствам». В пункте 3 ст. 3 официального доклада было указано, что *ст. 3 Римской конвенции («Свобода выбора») не позволяет суду сделать вывод о выборе права, который стороны могли бы сделать там, где они не имели явное намерение сделать выбор*. Выбор сторонами права должен быть прямым или быть продемонстрирован с достаточной уверенностью в соответствии с условиями договора или обстоятельствами дела. К числу таких обстоятельств относят, например, договор, заключенный в стандартной форме, которая, как известно, регулируется конкретной системой права, хотя у сторон нет никаких четких заявлений по этому поводу<sup>30</sup>. С учетом этого положения в Конвенции в ст. 4 «Применимое право при отсутствии его выбора» было закреплено правило: «В той мере, в какой право, применимое к договору, не было избрано сторонами в соответствии со статьей 3, договор регулируется правом государства, с которым он имеет наиболее тесную связь»<sup>31</sup>.

Зафиксированные в указанной Римской конвенции принципы получили свое развитие в национальном праве европейских стран. В соответствии с ними *выбор сторонами применимого права включает не предполагаемые (гипотетические), а только явные намерения сторон*. С учетом контрарности (противоположности) этих понятий, закрепленное в Конвенции правило о том, что *«соглашение о выборе применимого права должно быть явно выражено»*, полностью исключает *«гипотетическую или предполагаемую волю*

<sup>28</sup> Раапе Л. Указ. соч. С. 445.

<sup>29</sup> См. подробно: п. 1 ст. 4 комментария официального доклада к Римской конвенции 1980 г. «О праве, применимом к договорным обязательствам» (Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I // Official Journal C 282, 31/10/1980 P. 0001—0050. URL: [http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031\(01\):EN:HTML](http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:31980Y1031(01):EN:HTML) (дата обращения: 16.03.2016)).

<sup>30</sup> Пункт 1 ст. 4 комментария официального доклада к Римской конвенции 1980 г.

<sup>31</sup> Римская конвенция «О праве, применимом к договорным обязательствам» (1980 г.) // Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М. : Статут, 2004 ; Convention on the law applicable to contractual obligations (Rome, 19.06.1980). Treaty Series. Vol. 1605. N. Y : United Nations, 1997. P. 59—156.

сторон». При отсутствии соглашения сторон о применимом к договору праве данное право определяется судом объективно — на основе коллизионных презумпций, устанавливающих наиболее тесную связь. Особенно ярко данный подход выражен в доктрине ФРГ. Нормы законодательства о выборе сторонами применимого к соглашению права носят в германской доктрине название привязки субъективной, а презумпции, сформированные в рамках принципа о наиболее тесной связи (ст. 4 Римской конвенции 1980 г., ст. 28 Вводного закона к ГГУ, а также ст. 1211 ГК РФ) — привязки объективной<sup>32</sup>.

Занимаясь правоприменительной деятельностью на основе закона, принятого государством, суд не может исполнять никакую другую волю кроме воли государства. Даже в том случае, когда в соответствии с правовыми актами воля сторон в трансграничном правоотношении допускается (автономия воли), суд обязан (может) ограничивать ее, если она выходит за рамки публичных интересов (public interest) связанного с правоотношением публичного порядка, применяя защитные оговорки<sup>33</sup>. При

отсутствии соглашения сторон о применимом праве суд учитывает не предполагаемые намерения сторон (предполагаемые частные интересы), а объективные признаки (факты), связывающие трансграничное правоотношение с правом той или иной страны (публичные интересы, коллидирующие в правоотношении, и коллизионные (территориальные) критерии).

С учетом указанных тенденций в современном законодательстве, доктрине и практике выглядит анахронизмом закрепление в ст. 9 Межамериканской конвенции (Мехико 1994 г.) правила о том, что для определения права, наиболее тесно связанного с контрактом, суд, помимо любых объективных, может принять во внимание еще и *любые субъективные элементы контракта*<sup>34</sup>. Между тем этот закрепленный в Конвенции подход имеет своих сторонников в зарубежной и российской доктрине (Фр. Вишер, О. Ландо, А. В. Асосков). Эти ученые предложили теорию, связанную с разделением всех имеющихся в контракте связей на объективные и субъективные (субъективный и объективный подходы (методы)), особо указав на важность того, что использование

<sup>32</sup> «В отсутствие соглашения о выборе права или в случае его недействительности в соответствии со ст. 28 ВЗГУ следуют объективной привязке. Статья отсылает к праву государства, с которым договор обнаруживает «наиболее тесную связь» (*Кётц Х., Лорман Ф.* Указ. соч. С. 237 (разд. «Объективная привязка»)). Доктор права Вольфганг Вурмнест (Гамбургский институт им. Макса Планка), проведший в 2007 г. сравнительный анализ законодательства Германии и России по международному частному праву, отметил: «В случае если стороны договора не сделали выбор права, применимое право определяется путем объективной привязки согласно ст. 4 ЕКДПИ / ст. 28 Вводного закона к ГГУ / ст. 1211 ГК РФ» (см. подробно: Основы германского и международного экономического права : учеб. пособие. С. 248 (разд. V «Объективная привязка: принцип наитеснейшей связи»), 253).

<sup>33</sup> Так, например, в преамбулах Регламентов ЕС «Рим I» (п. 37) и «Рим II» (п. 32), установлено единое положение, в соответствии с которым: «Соображения публичного интереса оправдывают в исключительных обстоятельствах использование судами государств-членов таких механизмов, как оговорка о публичном порядке и преобладающие императивные положения». В пункте 25 преамбулы Регламента ЕС «Рим III» закреплено подобное правило: «Соображения публичного интереса должны предоставлять судам государств — членов ЕС возможность в исключительных случаях не применять положения иностранного права в том случае, когда это явно противоречит публичному порядку страны суда» (см.: Регламент ЕС «Рим I» «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» // Official Journal of the European Union L 177.4.7.2008. P. 6. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX:32008R0593>; Регламент ЕС «Рим II» «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» // Official Journal of the European Union L 199. 31.07.2007. P. 40. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex:32007R0864>; Регламент ЕС «Рим III» «О расширении сотрудничества в области права, применимого к расторжению брака и судебному разлучению супругов» // URL: [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52010PC0105R\(01\)](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52010PC0105R(01)) (дата обращения: 16.03.2016)).

<sup>34</sup> В соответствии со ст. 9 Межамериканской конвенции «Судом могут быть приняты во внимание любые объективные и субъективные элементы контракта при определении права того государства, с которым он имеет наиболее тесную связь» (Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам (Мехико, 17.03.1994), неофициальный перевод с английского Вилковой Н. Г. // URL: <http://uristinfo.net/dogovornoe-pravo/99-dogovornoe-pravo-v-mezhdunarodnom-oborote/2510->

элементов субъективного подхода к определению содержания критерия наиболее тесной связи не должно превращаться в поиск так называемой гипотетической воли сторон<sup>35</sup>.

Указанную теорию по двум причинам нельзя назвать логичной, а следовательно, верной.

Первая причина заключается в том, что в рамках наиболее тесной связи (при отсутствии соглашения сторон) невозможно разделить связи контракта на объективные (не зависящие от воли субъекта) и субъективные (зависящие от воли субъекта). Если исходить из перечисленных сторонниками указанной теории критериев, то не только язык договора, правовую терминологию и пр., но и выбранные сторонами места для заключения и исполнения договора (т.е. территориальные связи, исключенные Фр. Вишером из связей субъективных) следует относить к субъективным связям договора (субъективному подходу), так как все эти условия избраны сторонами, а значит, субъективны. В то же время для суда, как показывает практика, указанные условия — это объективно существующие связи договора, реальные факты, взвешивая которые, суд устанавливает объективную, а не субъективную связь договора с правом конкретной страны.

Вторая причина алогичности рассматриваемой теории заключается в том, что, если из элементов «субъективного подхода», перечисленных Фр. Вишером, О. Ландо и А. Асосковым, исключить все реально существующие (объективные) для суда связи контракта (язык, право-

вую терминологию и др.), останется только «оценка предполагаемых намерений сторон», являющаяся не чем иным, как синонимом «поиска гипотетической воли сторон». Отрицание указанными учеными «поиска гипотетической воли сторон» и предложение вместо него равнозначного, тождественного понятия «оценка предполагаемых намерений сторон» еще раз демонстрирует неопределенность, противоречивость и непоследовательность теории о субъективном и объективном подходах при определении наиболее тесной связи.

На основе приведенных аргументов можно сделать вывод, что теория об учете субъективного подхода при выявлении наиболее тесной связи является не более чем новой редакцией старой теории о гипотетической воле сторон, отвергнутой и судебной практикой, и современным законодательством.

Таким образом, современными подходами к раскрытию содержания принципа наиболее тесной связи, используемыми в законодательстве, являются «коллизийный» и «смешанный». В основе каждого из них лежит правило, в соответствии с которым применяется право той страны, публичные интересы (ценности) которой в трансграничном правоотношении были бы ущемлены больше всего, если бы право этой страны не было применено. Если первый из исторически сформировавшихся подходов (коллизийный) базируется в основном на положениях, имеющих бесспорное значение для любого правоприменителя (например, применение закона места нахождения вещи

[mezhamerikanskaja-konventsija-o-prave-primenimom-k-mezhdunarodnym-kontraktam.html](http://mezhamerikanskaja-konventsija-o-prave-primenimom-k-mezhdunarodnym-kontraktam.html) (дата обращения: 16.03.2016)).

<sup>35</sup> Фр. Вишер следующим образом описывает необходимость учета субъективных факторов при определении наиболее тесной связи: «Наиболее тесную связь приходится определять *ex posteriori*. Суд должен оценить связи спорного договора с различными правовыми системами. Такие связи могут быть не только территориальными, но и субъективными, как, например, *предполагаемые намерения сторон* (курсив мой. — А. Ш.), язык и правовая терминология, используемые в договоре». По мнению О. Ландо: «субъективный метод обозначает такой подход, который стремится определить намерения и интересы сторон. Субъективный метод основывается на индивидуальных интересах сторон в конкретном деле, рассматриваемом судом» (цит. по: Асосков А. В. Указ. соч. С. 304—305).

«Очевидно, — полагает А. В. Асосков, — что элементы субъективного подхода прослеживаются и в том, каким образом сформулирована специальная корректирующая оговорка в ГК РФ (“если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела”). По нашему мнению, слова “условий или существа договора” из этой законодательной формулы нацелены, прежде всего, именно на оценку *предполагаемых намерений сторон договора*, которые в той или иной форме нашли отражение в формулировках договора или в том, каким образом стороны структурировали свои отношения. Важно, чтобы использование элементов субъективного подхода к определению содержания критерия наиболее тесной связи не превращалось в поиск так называемой *гипотетической воли сторон* (курсив мой. — А. Ш.). (Асосков А. В. Указ. соч. С. 305).

для недвижимых вещей или применение закона места заключения брака для формы брака) и поэтому не требует указания в коллизионной норме тех или иных публичных интересов в качестве приоритетов, то второй (смешанный) предлагает правоприменителю выбирать применимое право с использованием тех ценностей, тех публичных интересов, служащих

судье вектором выбора права, которые устоялись в праве демократических стран лишь в последние десятилетия («интересы получателя алиментов», «интересы подопечного», «коллективные интересы потребителя», «интересы работника», «более высокий стандарт финансовой защиты для пострадавшего лица» и др.).

#### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Асосков А. В. Основы коллизионного права. — М. : Инфотропик Медиа, 2012.
2. Ахрименко М. А. Концепция гибкого подхода к определению права, подлежащего применению к договорам, в современном коллизионном праве государств Западной Европы и США : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2006.
3. Байрамкулов А. К. Толкование договора в российском и иностранном гражданском праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2014.
4. Гетьман-Павлова И. В., Филимонов К. В. Модификация принципа наиболее тесной связи в Концепции развития гражданского законодательства РФ и в Регламенте ЕС «Рим I». — М. : НИУ ВШЭ, 2012.
5. Дмитриева Г. К. История науки международного частного права // Вестник Университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА). — 2015. — № 2. — С. 31—33.
6. Кабатова Е. В. Международное частное право: современные проблемы. — М., 1994. — С. 390—391.
7. Кётц Х., Лорман Ф. Проблемы гражданского и предпринимательского права Германии. — М. : Бек, 2001.
8. Лунц Л. А. Курс международного частного права : в 3 т. — М. : Спарк, 2002.
9. Основы германского и международного экономического права : учеб. пособие / Х. Й. Шмидт-Тренц, Ю. Плате, М. Пашке [и др.]. — СПб. : СПбГУ, 2007.
10. Раапе Л. Международное частное право. — М., 1960.
11. Ходыкин Р. М. Принципы и факторы формирования содержания коллизионных норм в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2005.
12. Шулаков А. А. Консеквенциальный метод в международном частном праве // Актуальные проблемы российского права. — 2014. — № 1. — С. 102—103.
13. Шулаков А. А. Принцип наиболее тесной связи в международном частном праве : дис. ... канд. юрид. наук. — М., 2013.
14. Шумилов В. М. Правовая система США : учеб. пособие. — 3-е изд. — М. : Международные отношения, 2013.
15. Dolinger J. Evolution of principles for resolving conflicts in the field of contracts and torts // *Recueil des Cours / collected courses of the Hague Academy of International Law*. — 2000. — Vol. 283.
16. Lando O. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles // *Recueil des Cours : Collected Courses of the Hague Academy of International Law*. — 1984-VI. — Vol. 189.
17. Report on the Convention on the law applicable to contractual obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I // *Official Journal*. С 282. — 31.10.1980. — P. 0001—0050.
18. Symeon C. *Symeonides*. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? // 83 *Tulane Law Abstract*. — 2009.
19. Visher Fr. Connecting factors // *International Encyclopedia of Comparative Law*. Vol. III Private International Law / chief ed. K. Lipstein. —Tübingen, 1999. — Chap. 4.

Материал поступил в редакцию 23 марта 2016 г.

## MODERN APPROACHES TO DEFINING THE CLOSEST CONNECTION PRINCIPLE IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW

**SHULAKOV Andrey Anatolievic** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
docent-law@rambler.ru  
125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

**Abstract.** *The question of approaches to defining the content of the closest connection principle is one of the most important and neglected in private international law. The research is devoted to the conflict, material legal (mixed) and subjective approaches. Special attention is given to a mixed approach that fully exposes the content of the closest connection and, therefore, receiving more development in the law of the United States, the EU, China, Russia and other countries. It is concluded that the mechanism of the mixed approach is based on simultaneous account of the public interests and conflicting presumptions. The public interest, as a vector, together with the appropriate amount of presumption form the closest connection to the legal relationship. On the basis of a detailed analysis of the legal norms it is established that under the mixed approach the modern legislation uses several ways to consolidate public interest in order to determine the closest connection. The legislator either specifies the public interests (objectives) to the law enforcer that must be taken into account and not infringed, or sets whose interests the law enforcer must promote in choosing the law, or directly allocates specific criterion for such interests. The author analyzes the reasons for the uncertainty and inconsistency of the subjective approach based principally on a lawyer's search of presumed intentions of the parties and, therefore, is not only a synonym, but also a recurrence of the rejected by the contemporary private international law approach on hypothetical will of the parties.*

**Keywords:** *closest connection, public interests, conflict approach, substantive law (mixed) approach, subjective approach, estimated (hypothetical) will, reasonable communication, sufficient connection, subjective factor, objective factor.*

### REFERENCES

1. Asoskov, A.V. The Basics of Conflict Law. Moscow, Infotropik Media, 2012.
2. Akhrimenko, M.A. The Concept of a Flexible Approach to Determining the Law Applicable to Contracts in the Modern Conflict Law among the Western European Countries and the United States: Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). Moscow, 2006.
3. Bayramkulov, A.K. Interpretation of a Contract in Russian and Foreign Civil Law. Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). M., 2014.
4. Rome Convention on the Law Applicable to the Contractual Obligations (1980) / Vilkovala, N.G. Contract Law in International Context. Moscow, Statut, 2004.
5. Getman-Pavlova, I.V., Philimonov, K.V. Modification of the Closest Connection Principle under the Concept of Development of Civil Legislation of the Russian Federation and under the EU Regulation "Rome I". Moscow, HSE. 2012.
6. Dmitrieva, G.K. History of Private International Law // Courier of the Kutafin Moscow State Law University (MSAL). 2015. No.2. P. 31-33.
7. Kabatova, E.V. Private International Law: Current Issues. M., 1994. P. 390-391.
8. Ketts, Kh., Lorman, F. Problems of Civil and Business Law in Germany. M. BEK, 2001.
9. Lunts, L.A. Course of Private International Law: in 3 Vol. — M.: Spark, 2002.
10. Basics of German and International Economic Law. Study Guide / Schmidt-Trents, Kh.Y., Plate Yu., Pashke M. and others. — SPb.: The Publishing House S.-Peterb. State University, Publishing House of the Law Faculty of SPBU, 2007. P. 253-257.
11. Raape, L. Private International Law. Publishing House "Inostrannaya Literatura". Moscow. 1960.
12. Khodykin, R.M. Principles and Factors of Shaping the Content of the Conflict Rules in Private International Law. Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). M. 2005. P. 212-217.
13. Shulakov, A.A. The Closest Connection Principle in Private International Law. Candidate Degree Thesis (Legal Sciences). M., 2013. - P. 56-60.

14. *Shulakov, A.A.* Consequential Method in Private International Law // Topical Issues of Russian Law. М. 2014. - P. 102-103.
15. *Shumilov, V.M.* The United States Legal System: Study Guide. - 3d Edition. — М.: Intern. Relations, 2013.
16. *Dolinger, J.* Evolution of Principles for Resolving Conflicts in the Field of Contracts and Torts // Recueil des Cours/ Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 283. 2000.
17. *Lando, O.* The Conflict of Laws of Contracts. General Principles // Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 189. 1984-VI.
18. Report on the Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations by Mario Giuliano, Professor, University of Milan, and Paul Lagarde, Professor, University of Paris I. Official Journal C 282 , 31/10/1980 P. 0001 – 0050.
19. *Symeon, C.* Symeonides. The Conflicts Book of the Louisiana Civil Code: Civilian, American, or Original? [To be published in 83 Tulane Law Review (2009)] <[http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1343878##](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1343878##)> (Date of Address: March 16, 2016).
20. *Visher Fr.* Connecting factors / International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. III. Private International Law. Chief Ed. K. Lipstein. Chapter 4. Tübingen, 1999.