

МЕТОДОЛОГИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА



А. ДОВГЕРТ

доктор юридических наук, профессор,
член-корреспондент НАПрН Украины,
заведующий кафедрой
международного частного права
(Институт международных отношений
Киевского национального университета
имени Тараса Шевченко)



А. МЕРЕЖКО

доктор юридических наук, профессор,
заведующий кафедрой права
(Киевский национальный
лингвистический университет),
профессор (Краковская академия
им. Анджея Фрыча Моджевского)

Вступление. В советское время наука международного частного права (далее — МЧП) базировалась на «классовом позитивизме» как общеправовом методе советской юриспруденции. В основе методологии советской науки МЧП был метод диалектического материализма, предусматривающий содержание МЧП исключительно в столкновении «материальных интересов» разных классов. С практической точки зрения МЧП рассматривалось как инструмент «защиты СССР от юридической «интервенции» капиталистических стран, как инструмент борьбы против «непризнания буржуазными государствами советского гражданского права» (И. Перетерский, С. Крылов). Содержание норм МЧП определялось общими задачами советской внешней политики, направленной на организацию мирного сосуществования СССР с буржуазными странами (Л. Лунц). Доктрина МЧП в основном была нацелена на признание капиталистическими государствами социалистической монополии внешней торговли и социалистической собственности (М. Богуславский).

В данной статье авторы с целью получения новых знаний о предмете предлагают исследовать МЧП, используя различные новые, в основном непозитивистские, методы, не нашедшие широкого применения в Украине.

Множество методологических подходов. С точки зрения гносеологии существуют три возможных источника познания явлений окружающего мира,

© А. Довгерт, А. Мережко, 2013

в том числе права: 1) чувственный опыт; 2) разум; 3) интуиция [1]. Причем эти три источника познания в конечном счете ведут к мировоззрениям материализма, идеализма и интуитивизма.

В таком ракурсе МЧП также можно исследовать с точки зрения его материального содержания (материальных интересов конкретных государств и индивидов), юридических понятий и конструкций юридической логики, с помощью которых наука права пытается охватить МЧП (позитивизм и юриспруденция понятий), а также на основе интуитивного проникновения в содержание МЧП и его связи с реальной жизнью.

И хотя интуитивный способ познания МЧП на первый взгляд выглядит несколько «субъективным» или даже недостаточно «научным», в действительности он также является одним из основных методов постижения МЧП как особого юридического явления. Так, например, судья, решающий гражданское дело с иностранным элементом, пытается определить право, применение которого к данному правоотношению, отягощенному иностранным элементом, было бы наиболее справедливым. Причем стоит отметить, что поиск судьей справедливого решения коллизионной проблемы опирается не только на разум и интеллектуальные операции, но и на интуицию судьи, поскольку справедливость невозможно найти и выразить лишь с помощью одной юридической логики и правовых понятий. Исходя из этого, в рамках науки МЧП следует усилить применение иных, непозитивистских методов исследования, например, психологического [2, 200–300].

Таким образом, методология научных исследований в отрасли МЧП должна учитывать три вышеуказанных источника познания, а не отдавать преимущество какому-то одному.

Сегодня наука МЧП все еще оставляет в стороне человека, его неотъемлемые права и свободы. Вместо этого, исходя из социалистического правопонимания, в науке МЧП до сих пор длится дискуссия (очень похожая на войну, потому что классовый подход не способствует проявлению толерантности в научных кругах) относительно отраслевой принадлежности МЧП. Одна группа ученых исходит из концепции внутригосударственной природы (в то же время они не едины в вопросах отраслевой принадлежности МЧП, методов регуляции и т. д.) [3, 284–291; 4, 27]. Другие стоят на позициях международно-правовой природы МЧП [5, 91–114]. Этот подход также является неоднородным. Третья группа ученых видит в МЧП самостоятельную систему права наряду с международным публичным и внутригосударственным правом. Некоторые исследователи понимают МЧП только как полисистемный комплекс (Р. Мюллерсон) [6, 80–89].

Однако, на наш взгляд, эта дискуссия не является важной и перспективной хотя бы ввиду того, что вопрос о предмете науки МЧП в разных странах решается неодинаково. Так, например, французская доктрина относит к МЧП институт гражданства и правового положения иностранцев, коллизионное право и вопрос международного гражданского процесса. В ФРГ рассматриваются, как правило, исключительно вопросы коллизионного права. В этих странах не тратят время на установление «истины» в вопросах о предмете и отраслевой принадлежности МЧП, которые являются по их мнению второстепенными, а принципиальным моментом считается развитие методологий МЧП, правотворческой и правоприменительной деятельности.

Негативные последствия дискуссии относительно отраслевой принадлежности МЧП ощутимы сегодня во многих сферах. Так, в сфере правотворчества с этим вопросом в Украине начали прямолинейно связывать форму кодификации норм МЧП. Некоторые ученые и практики считают, что поскольку МЧП является самостоятельной отраслью внутреннего права, то оно требует кодификации в форме отдельного закона, а не такой же по объему кодификации, однако в пределах нового ГК Украины. В связи с этим целесообразно отметить, что решающее значение получает не форма, а содержание кодификации.

Негативные последствия дискуссии об отраслевой принадлежности МЧП видны даже в сфере университетской подготовки специалистов. Ошибочное гипертрофирование внутригосударственной природы МЧП вредит международно-правовой подготовке юриста.

Упомянутая выше дискуссия мешает также наращиванию новых знаний о МЧП с помощью таких общих методологий, как теории естественного права, юридический позитивизм, психологизм и т. д.

Наиболее существенным в МЧП является то, что это именно частное право, особенности которого сегодня обусловлены его мощной связью с естественным правом и естественными неотъемлемыми правами человека. Современное естественное право выражено в первую очередь в культуре прав человека. Общеизвестно, что права и свободы человека определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием. Таким образом, одним из перспективных методов познания МЧП является его рассмотрение сквозь призму прав и свобод человека. Применение этого метода ставит, например, под сомнение существование таких категорий украинского МЧП, как взаимность в применении иностранного права или реторсии (ограничение гражданских прав) по отношению к иностранным юридическим и физическим лицам.

Относительно самого понятия «международное частное право», а также его частноправовой природы, то здесь мы не можем согласиться с теми учеными, которые считают, что в действительности МЧП не является ни международным, ни частным и вообще правом как таковым (К. Липстайн). Такая позиция обосновывается тем, что МЧП не является международным, поскольку входит в национальную систему права, что оно не является частным, поскольку включает в себя много норм публично-правового характера, а также императивные нормы, в том числе императивные коллизионные нормы. Кроме того, по мнению этих ученых, МЧП не является полноценным правом, поскольку под правом они понимают, прежде всего, материально-правовые, а не коллизионные (отсылочные) нормы.

Но в действительности МЧП в целом оправдывает свое название. Во-первых, предметом его регуляции являются международные (трансграничные) частноправовые отношения, т. е. отношения, обремененные иностранным элементом. Во-вторых, исходным принципом МЧП является принцип «автономии воли» (*lex voluntatis*), подчеркивающий, что МЧП является именно частным правом. В-третьих, МЧП базируется на первичном методе частного права — диспозитивном регулировании или координации. В-четвертых, по своей природе МЧП тесно связано с международным правом, особенно с таким его источником, как международный договор, с помощью которого осущест-

вляется унификация коллизионных и материально-правовых норм частного права. В-пятых, в рамках МЧП неуклонно растет удельный вес унифицированных материально-правовых норм, подчеркивающих, что МЧП является настоящим правом в материально-правовом смысле.

Таким образом, исходя из основных тенденций развития МЧП, можно сделать вывод, что оно становится все больше международным и частным правом.

Использование различных методологий исследования позволяет по иному взглянуть на довольно распространенные в науке постулаты. Так, в современной доктрине наличие коллизионных и материально-правовых норм нередко связывается с методами правового регулирования в МЧП. Например, группа коллизионных норм считается выражением коллизионного метода, а метод унификации материальных норм проявляется в международно-договорных материальных нормах частноправового характера и т. д. Известно, что в советской правовой науке методу правового регулирования придавалось значение отраслеобразующего фактора. Поэтому ученые, в особенности те, кто хотел представить МЧП отдельной цивилистической отраслью внутреннего права, говорили о существовании, присущих якобы только МЧП, таких методов как коллизионный (Г. Матвеев), или коллизионный и метод унификации материальных норм частного права (Л. Лунц, Г. Дмитриева), или коллизионный и прямой метод (Л. Галенская).

По нашему мнению, решение правовых коллизий или создание унифицированных материальных норм не являются методами регулирования. Это, скорее, общеправовые приемы. Например, правовые коллизии решаются не только в МЧП. Существуют интерлокальные, интерперсональные, интертемпоральные и другие коллизии во всех сферах внутренних правоотношений одной страны. Унификация материальных норм также может осуществляться не только в сфере частного права, а во всех сферах права, и даже в рамках одного государства (например, федеративного). Другое дело, что именно в МЧП данные приемы находят наиболее широкое применение.

Под методом правового регулирования следует, прежде всего, понимать естественную особенность частного или публичного права устанавливать характер поведения участников правоотношений. Поэтому МЧП как сфере частноправовых отношений присущ такой общий метод частного права, как метод диспозитивного регулирования и координации. Тем не менее, выражение «коллизионный метод регулирования» можно оставить в терминологическом арсенале из-за его широкого использования в литературе. Однако понимать его следует как общеправовой прием, имеющий специфику при решении территориальных коллизий в МЧП.

Если говорить о материально-правовом способе регулирования, то, по нашему мнению, он не ограничивается лишь созданием унифицированных материальных норм, а включает в себя также гармонизированные материальные нормы частного права.

Как известно, в отличие от унификации, гармонизация предусматривает использование не только международных договоров, но также иных инструментов нормативной регламентации (торговых обычаев и обыкновений, модельных законов, типовых контрактов и т. д.) с целью достижения определенной степени однообразия норм, регулирующих международную торговлю. Иначе говоря, понятие «гармонизация» имеет более широкое содержание, чем

понятие «унификация», а ее инициаторами выступают, кроме государств, физические и юридические лица. Исходя из этого, гармонизацию норм частного права следует также считать важным средством материально-правовой регуляции МЧП.

Отсюда также вытекает, что транснациональное торговое право (*lex mercatoria*), созданное усилиями международных коммерсантов с помощью гармонизации, необходимо включить в состав МЧП.

Методология коллизионного права. Еще одним важным вопросом методологии МЧП является вопрос о видах коллизий, на решение которых направлено его юридико-технический инструментарий.

Как известно, в современной литературе выделяют такие виды коллизий в рамках МЧП: 1) коллизии между материальными нормами национального частного права; 2) интерлокальные коллизии; 3) интерперсональные коллизии; 4) интертемпоральные коллизии [7, 153–156].

Однако, по нашему мнению, проблематика МЧП связана, по крайней мере, еще с двумя видами коллизий, которые практически не освещались в его доктрине.

Во-первых, это коллизии функционального плана, которые мы предлагаем условно назвать «функциональные коллизии». Эти коллизии касаются в первую очередь разных функций, выполняемых органами судебной власти в континентальной (европейской) и общей (англо-американской) системах права. Если суды континентальной системы права, в частности украинские, при решении коллизионного вопроса лишь применяют право, в том числе иностранное материальное право, то суды общей системы права (*common law*) могут еще заниматься правотворчеством. Отсюда могут возникать функциональные коллизии, поскольку до сих пор не понятно, может ли национальный суд континентального права, если национальная коллизионная норма отсылает к иностранному материальному праву страны системы общего права, выполнять при этом нормотворческую функцию, присущую судам общего права. В этом отношении можно выразить предположение, что поскольку национальный суд должен применять иностранное право так, как оно применяется у себя на родине, то национальный суд, если речь идет об общем праве, может также творчески подойти к применению иностранной нормы права и воспользоваться правотворческими полномочиями.

Для еще одного вида коллизий, которому следует уделить большее внимание в рамках теории МЧП, мы предлагаем название «герменевтические коллизии», поскольку они непосредственно касаются вопросов понимания и толкования права [8]. В данном контексте речь идет о коллизиях и разногласиях между правилами, принципами и способами толкования, используемых в разных национальных правовых системах. Вполне очевидно, что одна и та же норма права, даже если речь идет об унифицированной материально-правовой норме, которую необходимо толковать с учетом ее международно-правового происхождения, национальные суды, опираясь на национальные подходы к толкованию, могут интерпретировать по-разному и прийти к разным заключениям по поводу этой нормы. Отсюда вытекает, что на повестке дня МЧП должен стоять вопрос об унификации правил толкования разных стран. С методологической точки зрения, это также означает необходимость усиления герменевтических исследований в теории МЧП. Все это очень важно для

теории и практики, поскольку без единого, унифицированного подхода при толковании норм в рамках МЧП не может быть единого, унифицированного применения этих норм.

Впрочем, центральное место, как в науке, так и в позитивном МЧП всех стран продолжает занимать коллизионное право. Советская доктрина МЧП, которая была зашорена на вопросах отраслевой принадлежности, фактически не создала развитую коллизионную теорию (метод). Ее отсутствие ощущается сегодня очень остро на практике, в частности при решении судами дел с иностранным элементом. Еще больше трудностей возникло при кодификации (а фактически создании новой системы) коллизионного права Украины.

В основе современных методов коллизионного права на Западе, имеющих наибольшее практическое значение, лежит теория Ф. Савиньи, изложенная в знаменитой «*System des hentigen Romischen Rechts*» («Система современного римского права»). Согласно Ф. Савиньи, коллизионная проблема сводится к локализации правоотношений в пространстве. Каждое правоотношение имеет основную связь с определенным правопорядком («оседлость правоотношения»), который и необходимо отыскать с помощью коллизионных принципов, при этом решающее значение имеет автономия воли. Критики этой теории называли метод Ф. Савиньи слепым, потому что на его основании применяется абстрактный правопорядок без учета интересов сторон, соответствующих государств или содержания применимого права.

«Революция» коллизионного метода произошла в США, где в 1971 г. во Втором Своде конфликтного права была воплощена идея нахождения оседлости правоотношения для каждого конкретного дела или части дела («*case to case approach*»). Эта теория известна как «теория наиболее существенной (тесной) связи» («*most significant relationship theory*»). Система Второго Свода конфликтного права состоит из трех элементов: принципов (политики) Раздела 6, концепции наиболее тесной связи и перечня партикулярных привязок. Раздел 6 приписывает суду при выборе права учитывать следующие факторы: потребности межштатной и международной систем; политику других государств, имеющих отношение к делу, и их интересы в применении к делу своего законодательства; защита оправданных ожиданий сторон; основные политические рассуждения, на которых основывается соответствующая отрасль права; определенность, предусмотрительность и общность результатов; легкость в определении и применении права. Принципы Раздела 6 и специальные привязки, предлагаемые для рассмотрения в конкретных сферах права, нацеливают суды на право страны с «наиболее существенной связью».

В Европе в это время существовала система определенных и предвидимых коллизионных правил (частично кодифицированных, а частично установленных судом), построенных на систематизации Ф. Савиньи. Американская коллизионная «революция» повлекла настоящую «методологическую бурю» в Европе. Одни авторы говорили о сохранении старой европейской традиции относительно системы определенных коллизионных правил, другие отмечали «кризис конфликтного права» в Европе. В результате Европа все же не устояла под натиском новой коллизионной доктрины США.

Суть модифицированной европейской доктрины МЧП излагается формулой: «*principle — presumption — back to principle*». Это означает, что все коллизии в МЧП решаются по принципу наиболее тесной связи [9, 47–50]. Презумпциями

такой «тесной» связи к отдельным сферам права выступают определенные коллизионные правила. Если применение этих правил не дает необходимого результата, суд в поисках надлежащего правопорядка возвращается к самому принципу наиболее существенной связи. Таким образом, Европа по большей части сохранила традиционный подход относительно системы определенных коллизионных правил, но под воздействием американского метода, этот подход стал более «гибким». Европейские и американские конфликтные теории в последние десятилетия начали сближаться.

Законодательство последних лет в области МЧП Европейского союза (Регламент о праве, применимом к договорным обязательствам и др.), Австрии, Швеции, Турции и т. п., а за ними России, Белоруссии, Украины, других стран СНГ уже отразили новую европейскую конфликтную теорию. Так, в Законе Украины о МЧП устанавливается, что в случае, когда невозможно определить право страны, подлежащее применению на основании объективных коллизионных норм и *lex voluntatis*, применяется право страны, имеющее более тесную связь с правовыми отношениями [10, 60–61]. Недостатком построения коллизионного регулирования на основе определенной системы объективных коллизионных норм является то, что охватить ими все правовые ситуации невозможно. Кроме того, при конкретных фактических обстоятельствах они могут исказить принцип наиболее тесной связи. На преодоление первого недостатка и направлено упомянутое выше правило. Вторым недостатком такой системы преодолевается с помощью правила ч. 3 ст. 4 Закона Украины «О международном частном праве», в соответствии с которым определенное формализованными коллизионными нормами право страны в виде исключения не применяется, если дело имеет незначительную связь с определенным правом страны и имеет более тесную связь с правом другой страны. Это положение не применяется, если стороны (сторона) осуществили выбор права, подлежащего применению к правовым отношениям (автономия воли)». Но на основании каких приемов и методов будет определяться наиболее тесная связь в случаях отсутствия объективных коллизионных правил или когда их применение искривляет этот принцип? Этот вопрос остается открытым для украинской теории МЧП.

Выводы. Подведем некоторые итоги наших рассуждений по поводу методологии МЧП.

Во-первых, МЧП и до сих пор остается одной из самых загадочных и самых сложных сфер права, давшее повод М. Богуславскому сравнить его с высшей математикой. При этом следует прибавить, что почти по каждому вопросу МЧП в доктрине существуют разнообразные и даже противоположные взгляды.

Во-вторых, накопившиеся проблемные вопросы в доктрине МЧП дают нам основание считать, что его наука находится на пороге изменения его научно-теоретической и методологической парадигмы, нуждающейся в новом творческом взгляде на проблематику МЧП. Так, например, должно измениться отношение к самой концепции коллизии в МЧП. Эту коллизию необходимо рассматривать не в узком смысле, как коллизию законов или национальных систем права, а в более широком значении, то есть как коллизию правовых культур, охватывающих кроме национальных норм частного права еще и такие вопросы, как система национальных социально-юридических ценностей (юри-

дическая аксиология), принципы и способы толкования и понимания права (юридическая герменевтика), особенности национальных политико-экономических систем, влияние особенностей национальной морали и религиозного фактора и т. п.¹. В-третьих, МЧП все больше становится не столько механизмом решения коллизий между национальными правовыми системами и культурами, сколько механизмом координации и сотрудничества между этими системами, в котором центральное место занимают права и интересы человека.

В-четвертых, в рамках МЧП постепенно формируется собственная иерархия высших социально-юридических ценностей, среди которых важнейшими является гуманизм и справедливость. Собственно говоря, принципы и механизмы МЧП так или иначе направлены на как можно более полную реализацию упомянутых ценностей, которые являются вехами его последующего развития.

В то же время следует подчеркнуть, что МЧП, как и право в целом, должно быть «искусством добра и справедливости», и как своеобразное искусство должно иметь творческий характер. Мы убеждены, что только такое творчество может преодолеть проблемы, существующие в теории и практике МЧП.

Таким образом, перед юридической наукой в Украине сегодня стоит задача не только относительно создания современной методологии (теории) коллизионного права, но и разработки других методологических и гносеологических проблем МЧП — одной из наиболее «загадочных» областей права.

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ МАТЕРИАЛЫ

1. *Савальский В. А.* Основы философии права в научном идеализме. Марбургская школа философии: Коген, Наторп, Штаммлер и др. — М., 1908.
2. *Мережко А. А.* Психологическая теория международного права (публичного и частного). — Одесса, 2012.
3. *Матвеев Г. К.* Предмет, система и задачи дальнейшего развития международного частного права // Советский ежегодник международного права. — М., 1980.
4. *Богуславский М. М.* Международное частное право. — М., 1989.
5. *Фельдман Д. И.* О системе международного права // Советский ежегодник международного права. — М., 1979.
6. *Мюллерсон Р. А.* О соотношении международного публичного, международного частного и национального права // Советское государство и право. — 1982. — № 2. — С. 80–89.
7. *Международное частное право* : учебник / под ред. Г. К. Дмитриевой. — М., 2000.
8. *Мережко А.* Проблемы юридической герменевтики: международное право, гражданское право, международное частное право // Український часопис міжнародного права. — № 2. — 2002. — С. 16–20.
9. *Dutoit B.* The Rome Convention on the Choice of Law for Contracts // European Private International Law / ed. by V. von Hoffman. — Ars Aequi Libri, Nijmegen, 1998.
10. *Міжнародне приватне право.* Науково-практичний коментар закону / за ред. А. Довгерта. — Х., 2008.
11. *Бланкенбург Э.* Голландская правовая культура / отв. ред. В. В. Бойцова и Л. В. Бойцова. — М., 1998.

Довгерт А. С., Мережко А. А. Методология международного частного права

Аннотация. С целью получения новых теоретических знаний о международном частном праве (МЧП) авторы статьи предлагают исследовать его при помощи различных научных методов (в основном непозитивистских), не нашедших еще должного использования в Украине. В основу рассуждений положен тезис о трех возможных источниках познания явлений окружающего мира, в том числе права: 1) чувственный опыт; 2) разум; 3) интуиция, которые в итоге ведут к мировоззрениям материализма, идеализма, интуитивизма.

¹ Отметим, что концепция правовой культуры, под которой понимается «право в жизни», а не «право в книгах», находит все более широкую поддержку в исследованиях ученых-юристов европейских стран [11, 230–232].

В таком ракурсе МЧП можно исследовать, во-первых, с точки зрения его материального содержания (материальных интересов конкретных государств и индивидов). Во-вторых, МЧП изучается с точки зрения юридических понятий и конструкций юридической логики (позитивизм и юриспруденция понятий). В конце концов, в содержание МЧП и его связи с реальной жизнью можно проникать интуитивно.

Ключевые слова: международное частное право, коллизионное право, методология международного частного права.

Довгерт А. С., Мережко О. О. Методологія міжнародного приватного права

Анотація. З метою отримання нових теоретичних знань про міжнародне приватне право (МПрП) автори статті пропонують досліджувати його за допомогою різних наукових методів (в основному непозитивістських), які ще не мають належного використання серед вчених України. В основу міркувань покладена теза про три можливих джерела пізнання явищ навколишнього світу, у тому числі права: 1) чуттєвий досвід; 2) розум; 3) інтуїція, які у підсумку ведуть до світоглядів матеріалізму, ідеалізму та інтуїтивізму.

У такому ракурсі МПрП можна досліджувати, по-перше, з точки зору його матеріального змісту (матеріальних інтересів конкретних держав та індивідів). По-друге, МПрП вивчається з точки зору юридичних понять і конструкцій юридичної логіки (позитивізм і юриспруденція понять). Нарешті, у зміст МПрП та його зв'язки з реальним життям можна проникати інтуїтивно.

Ключові слова: міжнародне приватне право, колізійне право, методологія міжнародного приватного права.

Dovhert A., Merezhko O. Methodology of Private International Law

Annotation. In order to obtain new theoretical knowledge about international private law (IPL), the authors of the article propose to investigate it using different research methods (mainly non-positivist), that have not found yet a proper use in Ukraine. The arguments are based on the thesis of three possible sources of perception of the world phenomena, including law: 1) sensitive experience; 2) mind, and 3) intuition that eventually lead to the ideologies of materialism, idealism, intuitionism.

In this perspective, PIL can be investigated, firstly, from the point of view of its material content (material interests of particular states and individuals). Secondly, PIL is studied from the point of view of legal concepts and structures of juridical logic (positivism and conceptual jurisprudence). Finally, the content of PIL and its relations to real life can be penetrated intuitively.

Key words: private international law, conflict of laws, methodology of PIL.