

Научная статья

УДК 340.130.568

DOI: 10.17323/2072-8166.2022.4.210.235

Договор международного займа с участием публичных субъектов: юрисдикционные иммунитеты и особенности коллизионного регулирования



Михаил Вячеславович Ратушный

Национальный исследовательский университет «Высшая школа экономики», 101000 Россия, Москва, Мясницкая, 3, mvratushnyy@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9181-8390>



Аннотация

Работа посвящена анализу юрисдикционных иммунитетов публичных субъектов, участвующих в трансграничных заемных правоотношениях, а также специальному коллизионно-правовому режиму договора международного займа с участием таких субъектов. Рассматриваемый договор представляет собой конструкцию *sui generis*, что обусловлено его специфическим субъектным составом. Автор делает следующие выводы. Договор займа, заключаемый публичным субъектом (заемщиком) с иностранным частным лицом (займодавцем), следует признавать в качестве *acta jure gestionis* вне зависимости от социально-экономической цели, преследуемой заемщиком, поскольку первоочередное значение имеет характер действий публичного субъекта — реализовывал ли он, заключая и исполняя соответствующий договор, свои властные полномочия или выступал наравне с иными участниками гражданских правоотношений. В отношении договоров международного займа с участием публичных субъектов действует специальный коллизионно-правовой режим, отличный от существующего для гражданско-правовых договоров, лишенных подобного участия. В частности, это проявляется в существовании коллизионного иммунитета публичных субъектов в договорных отношениях. Автор выделяет две основные разновидности доктрины коллизионного иммунитета («жесткая» и «мягкая» формы), а также указывает на недопустимость безусловного подчинения договора займа праву государства-заемщика. Такой иммунитет следует считать «правовым атавизмом», поскольку он не способствует регулированию соответствующих отношений с учетом общепризнанных частнопра-

новых принципов равенства и автономии воли, фактически ставя публичный субъект в привилегированное положение по сравнению с иными участниками гражданского оборота. Наконец, стороны исследуемого договора в целом обладают более широким усмотрением в вопросе выбора применимого права, поэтому могут структурировать договорные отношения таким образом, чтобы обеспечить баланс интересов и исключить возможность злоупотреблений со стороны друг друга. При этом использование *lex mercatoria* в качестве права, применимого к такому договору, является предпочтительным, поскольку *lex mercatoria* представляет собой упорядоченный, общедоступный и универсальный инструмент правового регулирования общественных отношений, освоенный иностранным элементом, и отвечает интересам обеих сторон.



Ключевые слова

международное частное право, коллизионное право, договор международного займа, юрисдикционные иммунитеты, коллизионные иммунитеты.

Для цитирования: Ратушный М.В. Договор международного займа с участием публичных субъектов: юрисдикционные иммунитеты и особенности коллизионного регулирования // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2022. № 15. № 4. С. 210–235. DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.210.235.

Research article

International Loan Agreement with Public Subjects Participation: Jurisdictional Immunities and Peculiarities of Conflict-of-Laws Regulation



Mikhail V. Ratushnyy

National Research University Higher School of Economics, 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russia, mratushnyj@hse.ru, mvratushnyy@gmail.com, <https://orcid.org/0000-0001-9181-8390>



Abstract

The article is dedicated to the analysis of jurisdictional immunities of public subjects being parties to private cross-border legal relations as well as special conflict-of-laws regime of international loan agreement in which such subjects participate. The author states that the agreement in question is of *sui generis* nature due to peculiarity of its parties and make the following conclusions. First, it is argued that any loan agreement concluded between public subjects (borrowers) and foreign private persons (lenders) is to be considered *acta jure gestionis* irrespective of socio-economic goals pursued by borrowers. It means that primary consideration should be given to public subject's concrete actions as a party to the agreement, i.e. whether the borrower exercises its sovereign powers or acts in private capacity in the course of agreement's conclusion and performance. Second, the author contends that there is a special conflict-of-laws regime in regard to international loan agreement with participation

of public subjects that is different from the one inherent in contracts with no such participation. In particular, this difference is manifested in the existence of public subjects' conflict-of-laws immunity in contractual relations. Two main types of conflict-of-laws immunity doctrine ("hard" and "soft" versions) are introduced by the author. It is highlighted that no international loan agreement with participation of public subjects should be governed by borrower's own law by default since conflict-of-laws immunity of public subjects is considered a "legal atavism" and puts public subjects in a privileged position as compared to private persons and, consequently, contravenes commonly acknowledged principles of private law — equality and party autonomy. Finally, broader discretion to choose applicable law is vested in parties to the agreement in question allowing them to structure their contractual relations in a manner providing balance of interests and precluding the possibility of either party's misconduct. It is further suggested that *lex mercatoria* should be used as law applicable to international loan agreement with participation of public subjects because *lex mercatoria* is a structured, publicly accessible and universal tool for legal regulation of private cross-border relations.

Keywords

private international law; conflict of laws; international loan agreement; jurisdictional immunities; conflict-of-laws immunities.

For citation: Ratushnyy M.V. (2022) International Loan Agreement with Public Subjects Participation: Jurisdictional Immunities and Peculiarities of Conflict-of Laws Regulation. *Law. Journal of the Higher School of Economics*, vol. 15, no. 4, pp. 210–235 (in Russ.) DOI:10.17323/2072-8166.2022.4.210.235.

Введение

Актуальность темы исследования обусловлена тем, что, во-первых, в эпоху глобализации, транснационального развития рыночных отношений и становления международного гражданского оборота, не ограниченного территориями какого-либо государства, договор займа, осложненный иностранным элементом, приобретает существенное значение как для обычных участников гражданских правоотношений (например, при необходимости финансировать крупные проекты, когда национальные банки не обладают денежными средствами или нормативно ограничены в совершении соответствующих операций), так и в отдельных случаях для государств (в частности, денежные средства, предоставленные иностранным займодавцем, могут рассматриваться как иностранные инвестиции в национальную экономику).

Во-вторых, в договоре займа (как внутригосударственного, так и международного) заемщиком нередко выступает публичный субъект¹, чей статус

¹ На практике наиболее активными заемщиками в частноправовом смысле выступают государства, поэтому под публичными субъектами в настоящей работе будут пониматься именно они, что, безусловно, не исключает участия международных межправительственных организаций и государствовподобных образований в заемных правоотношениях с частными

значительно усложняет правовую регламентацию соответствующих договорных отношений и создает проблемы практического характера (например, невозможность принудительного исполнения решения, вынесенного против публичного субъекта).

Разумеется, привлечение государствами или иными публичными субъектами частного капитала с использованием гражданско-правовых конструкций не является принципиально новым явлением (в частности, первая эмиссия облигаций государственного займа состоялась в XVI веке [Corelli A., 2016: 138]). Однако ряд факторов способствовал их более активному вовлечению в заемные правоотношения частного характера: появление современных информационных технологий (например, введение опосредованного учета бездокументарных ценных бумаг), безналичных денежных средств как принципиально нового объекта гражданских прав, института профессиональных участников рынка ценных бумаг, а также развитие нормативной составляющей международного частного права (в особенности отказ от доктрины абсолютного иммунитета и переход к доктрине функционального иммунитета с ее последующим закреплением в международных договорах и национальных законодательствах). Сейчас публичные субъекты могут участвовать в заемных обязательствах с иностранными лицами среди прочего путем международной эмиссии собственных облигаций с обращением таких облигаций на иностранных биржах и небиржевых торговых площадках (системах).

Из вышеизложенного следует, что ныне публичные субъекты активно вступают в гражданско-правовые отношения с иностранными физическими и юридическими лицами, однако их особый статус, не свойственный «классическим» субъектам гражданских правоотношений, позволяет рассматривать осложненные иностранным элементом договоры с участием публичных субъектов как конструкции *sui generis*.

Настоящая работа посвящена исследованию одного из видов таких договоров (договора займа), поскольку в сфере международного частного права (далее — МЧП) именно договор займа наиболее востребован и привлекателен для публичных субъектов, вынуждая их вступать в «чуждые» им частноправовые отношения. Будут рассмотрены основные черты, характеризующие участие публичных субъектов в частноправовых отношениях на примере договора международного займа, — юрисдикционные иммунитеты и отдельные особенности коллизионно-правового регулирования таких отношений (вопросы коллизионного иммунитета публичных субъектов и пределы автономии воли сторон при выборе права).

лицами. В то же время многие международные межправительственные организации часто выступают в качестве займодавцев для иных публичных субъектов, однако возникающие между ними отношения не относятся к предмету международного частного права.

1. Юрисдикционные иммунитеты: проблема квалификации действий заемщика как *acta jure gestionis*

Традиционно государство выступает участником в правоотношениях в двух ипостасях — действуя *jure imperii* (как суверенное образование) или *jure gestionis* (как обычный участник гражданских правоотношений). В первом случае государство прямо реализует свои суверенные функции и полномочия, не отказывается от иммунитетов, производных от его статуса, и не становится в один ряд с другими участниками гражданского оборота. Как правило, отношения такого порядка возникают между государством и иными публично-правовыми субъектами: в частности, получая кредит Международного валютного фонда (специализированное учреждение ООН и обладающая самостоятельной правосубъектностью международная неправительственная организация), государство участвует не в частноправовых, а в международно-правовых отношениях и потому действует *jure imperii*. Поскольку заемные правоотношения данного вида не входят в предмет МЧП (сторонами выступают исключительно публичные субъекты, отношения которых носят международно-правовой характер), они в настоящей работе не рассматриваются.

Вышеуказанное деление имеет важное практическое значение, поскольку определяет не только саму возможность государства участвовать в договорных правоотношениях наравне с обычными участниками гражданского оборота (и, как следствие, источники и способы регулирования соответствующих правоотношений), но и гражданско-правовые последствия такого участия (например, при возникновении споров между сторонами договора или необходимости привлечения публичного субъекта к ответственности за неисполнение или ненадлежащее исполнение своих обязательств). В частности, особенностью участия публичного субъекта в частноправовых отношениях является его «невосприимчивость» к юрисдикции иностранных судов и арбитражей — юрисдикционный иммунитет.

Полагаем, что юрисдикционный иммунитет государств следует рассматривать как проявление международно-правового принципа суверенного равенства государств² (*par in parem non habet imperium*³), что в контексте МЧП означает невозможность какого-либо государства рассматривать дела с участием другого государства (судебный иммунитет), принимать обеспечительные меры против него (иммунитет в отношении мер по обеспечению

² Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Cooperation among States in accordance with the Charter of the United Nations // Audiovisual Library of International Law. Available at: [https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625\(XXV\)](https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/2625(XXV)) (дата обращения: 06.11.2021)

³ «Равный над равным власти не имеет» (лат.).

иска) или приводить в исполнение решение, вынесенное против такого иностранного государства (иммунитет в отношении исполнения решения суда). Стоит отметить, что в соответствии с законами ряда государств — например, с ч. 6 ст. 6 Федерального закона «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства в Российской Федерации»; далее — ФЗ от 03.11.2015 №297-ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах иностранного государства и имущества иностранного государства»⁴ и с международными договорами (ст. 20 Конвенции ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности; 2004; далее — Конвенция ООН)⁵ отказ государства от конкретного вида иммунитетов не должен рассматриваться как отказ от остальных видов.

Однако существует и обратный подход, нашедший отражение в судебной практике в отсутствие прямого законодательного волеизъявления на этот счет: так, в деле *Ipitrade International, S.A. v. Federal Republic of Nigeria* Федеральный окружной суд США пришел к выводу, что заключение Нигерией арбитражного соглашения (отказ от судебного иммунитета) одновременно является отказом и от иммунитета в отношении исполнения арбитражного решения; такой отказ имел подразумеваемый характер (*implicit waiver*) и вытекал из конклюдентных действий государства⁶. Данное решение американского правоприменителя направлено на защиту интересов частных лиц в отношениях с публичными субъектами и недопущение недобросовестности со стороны последних, что, на наш взгляд, в большей степени отвечает интересам международной торговли и стабильности гражданского оборота, гарантирует защиту прав частных лиц и способствует росту уровня инвестиций в национальные экономики.

В настоящее время концепция абсолютного иммунитета, согласно которой государство пользуется иммунитетом в отношении любой, в том числе частноправовой деятельности утратила актуальность, уступив место концепции функционального иммунитета, признающей иммунитет иностранных государств исключительно в связи с осуществлением ими *acta jure imperii*⁷. Следовательно, действия государства коммерческого характера, заключение соответствующих гражданско-правовых договоров или осуществление иной экономической деятельности, не связанной с суверенным ста-

⁴ СЗ РФ. 2015. № 45. Ст. 6198.

⁵ United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property // United Nations Treaty Collection. Available at: https://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=IND&mtdsg_no=III-13&chapter=3&lang=en (дата обращения: 06.11.2021)

⁶ *IPITRADE INTERN. v. Federal Republic of Nigeria*, 465 F. Supp. 824 (D.D.C. 1978) // JUSTIA US Law. Available at: <https://law.justia.com/cases/federal/district-courts/FSupp/465/824/1420686/> (дата обращения: 06.11.2021)

⁷ В связи с принятием вышеуказанного закона Российская Федерация в настоящее время также придерживается концепции функционального иммунитета.

тусом государства, — все это образует *acta jure gestionis* и ставит государство на один уровень с обычными участниками гражданского оборота, не пользующимися юрисдикционными иммунитетам. Как следствие, действуя *jure gestionis*, государство фактически утрачивает право реализовывать некоторые свойственные ему публично-правовые функции в рамках гражданско-правовых отношений с частными лицами, чтобы не ущемлять их прав и законных интересов: по меткому выражению американских авторов, «когда суверен спускается на рынок, к суверену должны относиться так же, как к частному торговцу» [Фолсом Р., Гордон М., Спангол Дж., 1996: 385].

Несмотря на кажущуюся простоту разграничения *acta jure imperii* и *acta jure gestionis* (осуществление суверенных полномочий или коммерческая деятельность), зачастую на практике нелегко квалифицировать сделку, совершенную государством, и решить вопрос о наличии или отсутствии у него иммунитета. В частности, применительно к заемным отношениям с участием государства встает вопрос, является ли цель получения денежных средств конституирующим признаком характера таких отношений. Например, действует ли государство *jure imperii*, привлекая денежные средства для определенных публичных нужд — финансирования дефицита бюджета, погашения долговых обязательств государства и прочего финансового обеспечения его резервов и фондов? Полагаем, что ответ должен быть отрицательным, если государство не получало денежных средств посредством одностороннего императивного волеизъявления, а заключало соответствующие гражданско-правовые договоры с физическими и юридическими лицами и не реализовывало в процессе суверенные полномочия.

Решая вопрос о характере действий государства, суд или арбитраж должен принимать во внимание не цель, а характер таких действий, поскольку государство преследует цели публичного характера *per se*, но использует при этом различный инструментарий (как публично-, так и частноправовой). И.А. Покровский справедливо отмечал: «Разве не интересы государства как целого преследует государственное управление, заключая контракт о поставке провианта или обмундирования для армии, защищающей отечество? И тем не менее, такой контракт, бесспорно, принадлежит к области права частного, а не публичного» [Покровский И.А., 2016: 42]. Таким образом, по нашему мнению, для участников гражданского оборота не должно иметь значения, для чего государство занимает у них деньги (на строительство медицинских учреждений или торгово-развлекательного центра), поскольку их главный интерес заключается в возврате заемщиком долга, а также выплате причитающихся им процентов и возможности получения судебной защиты в случае неисполнения государством своих обязательств.

Следует отметить, что позиция российского законодателя: при квалификации действий иностранного государства учитывать и цель, и характер та-

ких действий (ч. 4 ст. 7 ФЗ «О юрисдикционных иммунитетах»), выглядит не бесспорной и не способствующей ни стабильности гражданского оборота, ни заинтересованности частных лиц вступать в договорные отношения с публичными субъектами, поскольку ставит реализацию прав и законных интересов одной стороны сделки в зависимость от одностороннего волеизъявления другой стороны, а цель конкретной сделки определяется публичным субъектом и зачастую может быть не известна контрагенту.

Несколько иной подход предлагает Конвенция ООН (однако на данный момент она не вступила в силу). Так, согласно п. 2 Конвенции характер сделки является основным критерием для признания последней в качестве коммерческой, что, однако, не исключает субсидиарного обращения к цели совершения такой сделки при определенных условиях. Во-первых, это возможно, если стороны соответствующей сделки договорились об этом. Полагаем, что данная формулировка может привести к спорам между сторонами — можно ли, например, толковать условие о целевом характере займа как подразумеваемое согласие сторон на использование целевого критерия. Во-вторых, целевой критерий применим, если в соответствии с практикой государства суда цель имеет отношение к определению некоммерческого характера сделки, совершенной государством. На наш взгляд, подобная свобода усмотрения государств-участников Конвенции ООН фактически обременяет стороны таких сделок (преимущественно частных лиц, не заинтересованных в квалификации действий государств как *jure imperii*) дополнительными обязательствами по соответствующему анализу судебной практики всех юрисдикций, в которых потенциально может иметь место судебное разбирательство с государством или исполнение вынесенного против него решения.

Более того, применение целевого критерия означает отождествление социально-экономической цели сделки, совершаемой государством, с ее правовым основанием (*causa*), что противоречит природе гражданско-правовой сделки и приводит к абсурдным выводам: либо субъективная цель сторон сделки определяет правовую действительность последней (хотя «недостижение *causa* сделки дает при известных условиях право оспорить сделку, тогда как достижение цели, служившей побудительным мотивом ко вступлению в сделку, по общему правилу, не оказывает никакого влияния на нее» [Гримм Д.Д., 2003: 150–151]), либо государство заключает особые сделки, не известные гражданскому праву, что противоречит принципу участия государства в частноправовых отношениях наравне с иными субъектами гражданского права, закрепленному, например, в российском праве в п. 1 ст. 124 Гражданского кодекса Российской Федерации⁸ (далее — ГК РФ).

⁸ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть первая) от 30.11.1994 (в ред. от 08.12.2020) // СЗ РФ. 1994. № 32. Ст. 3301.

Более корректный подход закреплен в § 1603(e) Закона США «Об иммунитете иностранных государств», где сказано, что существо коммерческой деятельности государство должно быть раскрыто через ее природу, а не цель⁹. Кроме того, позиция относительно примата характера действий над целью их совершения также нашла отражение в практике различных судов: например, в делах *Kingdom of Greece v. Julius Bär & Co.* и *Greek Republic v. Walder* Федеральный суд Швейцарии указал, что осуществление государством публичных займов есть *acta jure gestionis* [Lauterpacht Н., 1989: 195–196, 200]. В другом деле¹⁰, рассмотренном Судом ЕС, был сделан вывод, что размещение государственных облигаций, как правило, входит в предмет частного права и подлежит квалификации как *acta jure gestionis*.

В то же время Суд ЕС отметил, что данная презумпция не абсолютна и может быть опровергнута, когда доказано, что размещение явно выходит за пределы вопросов гражданского или коммерческого права. В частности, необходимо установить, характеризуются ли правоотношения, возникшие между заемщиком и займодавцами, явным осуществлением публичных полномочий со стороны государства, выходят ли действия государства за рамки допустимых правовыми нормами для частных лиц. Если государство в одностороннем и императивном порядке меняет ставки процента по облигациям, определяет срок и порядок возврата долга и причитающихся платежей и так далее, то оно действует *jure imperii*, а заемные отношения приобретают публично-правовой характер и не могут регулироваться гражданско-правовыми механизмами.

Вышеизложенные нами доводы также косвенно подтверждаются путем обращения к доктрине гражданского права: И.А. Покровский, рассуждая о различии между системами публичного права (*jus publicum*) и частного права (*jus privatum/jus civile*), приходил к выводу, что оно кроется в способах или приемах воздействия на общественные отношения [Покровский И.А., 2016: 42]. Так, для публичного права характерна так называемая «юридическая централизация», при которой государство регулирует конкретные отношения императивно, безусловно и принудительно, зачастую определяя содержание прав и обязанностей третьих лиц.

Частному праву, напротив, подобная интервенция не свойственна, а субъекты частноправовых отношений автономны и свободны при приня-

⁹ 28 U.S. Code § 1603. Definitions // Legal Information Institute. Available at: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1603> (дата обращения: 06.11.2021)

¹⁰ Stefan Fahrenbrock (C-226/13), Holger Priestoph (C-245/13), Matteo Antonio Priestoph (C-245/13), Pia Antonia Priestoph (C-245/13), Rudolf Reznicek (C-247/13), Hans-Jürgen KICKLER (C-578/13), Walther Wöhlk (C-578/13), Zahnärztekammer Schleswig-Holstein Versorgungswerk v. Hellenische Republic (C-578/13) // EUR-Lex. Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:62013CJ0226&from=LT> (дата обращения: 06.11.2021)

тии юридически значимых решений (например, при заключении договора займа и определении его условий). «Если публичное право есть система субординации, то гражданское право есть система координации; если первое есть область власти и подчинения, то второе есть область свободы и частной инициативы» [Покровский И.А., 2016: 44]. Вероятно, данный тезис в равной степени применим к разграничению *acta jure imperii* и *acta jure gestionis*, поскольку, как отмечено, государство, вступая в частноправовые отношения, утрачивает суверенную власть над остальными участниками таких отношений и поэтому вынуждено действовать наравне с ними.

Говоря о пределах действия юрисдикционных иммунитетов, мы полагаем, что государство, выступая в качестве заемщика в гражданско-правовом договоре займа, выступает как обычный участник гражданских правоотношений (*jure gestionis*), независимо от социально-экономической цели заключения данного договора, и «не должно использовать свои властные прерогативы для того, чтобы произвольно менять в своих интересах гражданско-правовые нормы или навязывать контрагентам свою волю в конкретных правоотношениях, иначе рыночный (имущественный) оборот не сможет нормально функционировать, а необходимая ему частноправовая форма будет разрушена» [Суханов Е.А., 2019: 322].

Как следствие, допустим вывод, что в рамках доктрины функционального иммунитета государство лишается права ссылаться на юрисдикционные иммунитеты при условии осуществления им *acta jure gestionis*, т.е. действий коммерческого характера. При этом при квалификации конкретных действий государства необходимо учитывать их характер, а не цель совершения, поскольку осуществление публичных функций является имманентным свойством любого государства, вытекающим из его природы. Именно это позволяет прийти к заключению о том, что все гражданско-правовые сделки, совершаемые государством, так или иначе должны служить достижению каких-либо публичных целей.

2. Коллизионный иммунитет публичного субъекта в международных заемных правоотношениях

Другая особенность участия публичных субъектов в заемных правоотношениях, осложненных иностранным элементом, связана с доктриной коллизионного иммунитета. Она заключается в том, что соответствующий субъект (прежде всего государство), вступая в частноправовые отношения, по умолчанию «подчиняет» такие отношения собственному внутреннему праву. При этом, на наш взгляд, целесообразно говорить о двух основных формах коллизионного иммунитета — «жесткой» и «мягкой». «Жесткий» коллизионный иммунитет в принципе исключает постановку коллизионного

вопроса при определении статута договора, в котором участвует публичный субъект. Подобный подход создает явный диспаритет в отношениях сторон, поскольку нарушается важнейший принцип международного частного права — *lex voluntatis* (принцип автономии воли сторон).

«Жесткий» коллизийный иммунитет свойственен преимущественно странам Латинской Америки вследствие распространенности там доктрины Кальво¹¹, которая постулирует невозможность отказа государства от своего суверенитета в самом широком смысле. Развивая эту идею, указанные страны стали добавлять в заключаемые ими договоры займа с частными лицами соответствующую оговорку, получившую в дальнейшем название «оговорки Кальво». Согласно этой оговорке применимым к договору материальным правом является право государства-заемщика, устанавливается договорная подсудность в судах государства-заемщика, а займодавец отказывается от каких-либо иных средств правовой защиты, в том числе в судах своего государства [Шамраев А.В., 2010: 18–19].

На наш взгляд, безальтернативное подчинение соответствующего отношения правовой системе, содержание которой определяется волей одной из сторон договора, имеет негативный эффект для обеих сторон договора займа: для частного лица существуют серьезные риски неполучения им правовой защиты в случае нарушения обязательств контрагентом, а публичный субъект теряет общую «привлекательность» как заемщик. Кроме того, полагаем, что применимый национальный правопорядок не всегда вовремя реагирует на экономические изменения и тем самым не предоставляет участникам гражданского оборота адекватные инструменты урегулирования возникающих между ними правоотношений.

К примеру, до 2018 г. договор займа по российскому праву считался заключенным исключительно в момент передачи займодавцем предмета договора займа (реальная сделка). Подобный подход законодателя значительно ограничивал возможности участников гражданского оборота по использованию механизмов долгосрочного финансирования, для которых возникновение прав и обязанностей сторон должно быть связано с моментом достижения ими соглашения по всем существенным условиям договора (консенсуальная сделка). Поэтому финансирование по принципу «кредитная линия» (“loan facility”) было возможно только путем заключения соответствующего кредитного договора, что фактически ставило банки и небанковские депозитно-кредитные организации в преимущественное положение по сравнению с юридическими лицами, не имевшими лицензий на кредитование. Аналогичная ситуация существовала и сфере синдицированного кредитования до

¹¹ Доктрина названа в честь аргентинского дипломата и юриста-международника К. Кальво.

принятия в 2017 г. Федерального закона «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации»¹²: банки и небанковские депозитно-кредитные организации были вынуждены отказывать потенциальным заемщикам в крупных кредитах, поскольку иное могло бы повлечь нарушение кредиторами обязательных нормативов, установленных Центральным банком.

Что касается «мягкого» коллизионного иммунитета, то он традиционно встречается в международных договорах и обычаях как диспозитивная норма и, соответственно, может быть полностью исключен по соглашению сторон. Так, § 1 ст. 42 Конвенции о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами (1965) при определении договорного статута закрепляет *lex voluntatis* в качестве генеральной коллизионной привязки, а право государства, которое является соответствующей стороной договора и инвестиционного спора, — в качестве субсидиарной¹³. Кроме того, статус коллизионного иммунитета как международного обычая нашел подтверждение в Решении Постоянной палаты международного правосудия по делу 12.07.1929 о выплате сербских займов, размещенных во Франции. Как отметили судьи, нельзя презюмировать, что государство подчинило предмет и действительность своих обязательств иному праву, нежели собственному, что, однако, не лишает стороны договора возможности выбрать право другого государства в качестве применимого как в части, так и полностью¹⁴.

Примечательно, что многие национальные суды отказались следовать предложенному Постоянной палатой международного правосудия подходу, доказывая, что в частноправовых отношениях государство не должно иметь преференций перед иными участниками гражданского оборота. Это, например, было продемонстрировано в *Rex v. International Trustee for the Protection of Bondholders A.G.* В указанном деле Палата лордов британского Парламента постановила, что долларовые облигации, выпущенные в Нью-Йорке правительством Соединенного Королевства, были подчинены соответствующему законодательному акту США, в соответствии с которым «золотые оговорки» недопустимы [Sommers D., Broches A., Delaume G., 1956: 471].

¹² Федеральный закон от 31.12.2017 № 486-ФЗ (ред. от 22.12.2020) «О синдицированном кредите (займе) и внесении изменений в отдельные законодательные акты Российской Федерации» // СЗ РФ. 2018 г. № 1 (ч. 1). Ст. 70.

¹³ Convention on the settlement of investment disputes between States and nationals of other States. Available at: <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs/ICSID%20Convention%20English.pdf> (дата обращения: 06.11.2021)

¹⁴ Permanent Court of International Justice. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France. Available at: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm (дата обращения: 06.11.2021)

Иными словами, суды, за исключением стран Латинской Америки, решая коллизионный вопрос при рассмотрении споров между государствами как заемщиками и частными лицами как займодавцами, обращались к тем коллизионным нормам, которые применялись ими в аналогичных спорах, но без участия публичных субъектов: например, *lex loci contractus* и *lex loci solutionis* в *Hartmann v. United States*, подразумеваемый сторонами договора займа *lex monetae* в *Bonython v. The Commonwealth of Australia*, *lex causae* договора займа, по которому иностранное государство выступает гарантом, в *Trésor Public et. Soc. Royal Bank of Canada v. Schumann* и т.д. [Sommers D., Broches A., Delaume G., 1956: 471].

Исключение применения «мягкого» коллизионного иммунитета возможно как путем выбора правопорядка в качестве применимого (условно обозначим его как «конкретно определенный отказ»), так и путем закрепления в договоре займа условия о том, что государство не обладает коллизионным иммунитетом в рамках такого договора с частным лицом («абстрактно определенный отказ»). При этом в последнем случае компетентный юрисдикционный орган должен будет обратиться к соответствующим коллизионным нормам для решения вопроса, какое право подлежит применению к договору займа, что может повлечь негативные для сторон последствия в виде правовой неопределенности и потенциальных судебных споров. Стоит отметить, что Россия стоит на позиции непризнания коллизионного иммунитета государства, участвующего в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом (ст. 1204 ГК РФ¹⁵), что в связи с вышеизложенным является положительной чертой российского международного частного права.

Следовательно, по нашему мнению, коллизионный иммунитет публичных субъектов в договорных отношениях является «правовым атавизмом» и не способствует их регулированию с учетом общепризнанных частноправовых принципов равенства и автономии воли, поскольку ставит публичный субъект в привилегированное положение по сравнению с иными участниками гражданского оборота. Говоря о государственном коллизионном иммунитете, необходимо признать, что, хотя «мягкая» форма коллизионного иммунитета частично решает данную проблему, давая займодавцам с сильной переговорной позицией возможность выбрать применимое право, частным лицам все еще необходимо проявлять особую осторожность, вступая в заемные правоотношения с государствами. Мы рекомендуем займодавцам настаивать на фиксации в договорах положений о применимом праве, а также о безусловном отказе заемщика от коллизионного иммунитета.

¹⁵ Гражданский кодекс Российской Федерации (часть третья) от 26.11.2001 (в ред. от 18.03.2019) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552.

3. Пределы автономии воли сторон при определении права, применимого к договору международного займа с участием публичных субъектов

После решения вопроса о возможности подчинить договор международного займа с участием государства иностранному по отношению к такому государству праву, необходимо исследовать пределы автономии воли сторон при выборе применимого права. Это важно по нескольким причинам.

Во-первых, поскольку участие публичных субъектов в частноправовых отношениях по определению имеет экстраординарный характер, соответствующие отношения обладают спецификой, расширяющей традиционно дозволенные для частных лиц пределы автономии воли при определении применимого права. Подобное обстоятельство фактически создает параллельные режимы коллизивно-правового регулирования: для правоотношений с участием публичных субъектов и для правоотношений без такового.

Во-вторых, как отмечалось выше, национальные правопорядки не всегда предлагают участникам гражданского оборота эффективные механизмы правового регулирования общественных отношений. Как следствие, заинтересованные лица вынуждены самостоятельно создавать необходимый инструментарий для этих целей либо на уровне договорных конструкций, либо в рамках международных организаций путем обобщения лучших практик в различных отраслях экономики и создания *lex mercatoria*¹⁶.

Кроме того, нежелание выбирать национальное право для урегулирования договорных отношений и повышенный интерес к *lex mercatoria* характерны для сторон частноправовых соглашений с публично-правовым участием еще и потому, что государство традиционно настаивает на применении собственного права и относительно редко соглашается на выбор «нейтрального» права третьего государства, предлагаемого частным лицом ради баланса интересов сторон и во избежание возможных злоупотреблений со стороны указанного публичного субъекта. Как следствие, при заключении договора международного займа, осложненного участием публичных субъектов, стороны стремятся придать ему полную независимость от какой-либо национальной правовой системы любыми доступными средствами, в том числе последовательно отстаивая идею, что автономию воли сторон следует рассматривать как право в объективном смысле, а договоры между частными лицами — как источники такого права.

Однако как быть в ситуации, когда созданное сторонами договора «метаправо» вступает в противоречие с предписаниями национального право-

¹⁶ Автор не ставил цели раскрыть определение, природу или содержания *lex mercatoria*, которая рассматривается исключительно с прагматической точки зрения как система норм, к которой участники гражданского оборота вправе обратиться для урегулирования соответствующих отношений. Степень дозволенной глубины подобного обращения подробнее рассмотрена далее.

порядка, определенного компетентным судом или арбитражем в качестве применимого к такому договору? Могут ли стороны своим прямым волеизъявлением действительно исключить применение к их отношениям любого такого правопорядка, в том числе и субсидиарное, и тем самым закрепить в качестве генерального статута свободу договора (по сути, превратив частноправовой договор в своеобразный источник права, в котором исчерпывающим образом определены все нормы, регулирующие отношения сторон¹⁷) или правила *lex mercatoria*?

Следует ли суду или арбитражу при рассмотрении спора игнорировать намерения сторон, формально применив императивные нормы компетентного правопорядка, и тем самым свести категорию применимого права исключительно к праву того или иного государства, либо разрешить спор без постановки коллизионного вопроса и придать автономии воли безусловный и абсолютный характер, в том числе, возможно, и вопреки намерению законодателя, который при конструировании коллизионной нормы мог придерживаться иного подхода? Допустимо ли «замораживание» материального права (например, применение нормы в редакции на дату заключения договора) для регулирования соответствующих отношений? Что вообще есть применимое право и в какой степени автономия воли сторон при его определении допустима? Имеет ли значение, что стороной договора выступает публичный субъект?

На наш взгляд, справедлива точка зрения Постоянной палаты международного правосудия в 1929 г.: «В основе всякого договора, если только он не заключен между государствами как субъектами международного права, лежит внутреннее право какой-то страны. Вопрос о том, что это за право, формирует отрасль права, описываемую в настоящее время как международное частное право или учение о коллизии законов»¹⁸. Как иронически отмечал лорд Диплок в решении по делу *Amin Rasheed Shipping Corp. v. Kuwait Insurance*, «контракты неспособны к существованию в правовом вакууме. Они — всего лишь клочки бумаги, лишённые юридической силы, если только они не были заключены в соответствии с какой-либо системой частного права, которая определяет обязательства сторон соответствующего контракта с использованием определенных форм слов»¹⁹.

¹⁷ В иностранной доктрине такой договор именуется *contrat sans loi* (фр.), *rechtsordnung-slos Vertrag* (нем.), *self-regulatory contract* (англ.) и дословно переводится как «контракт без права» или «саморегулируемый контракт», что подчеркивает его автономный и обособленный от какого-либо национального правопорядка характер.

¹⁸ Permanent Court of International Justice. Case Concerning the Payment of Various Serbian Loans Issued in France. Available at: http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1929.07.12_payment1.htm (дата обращения: 06.11.2021)

¹⁹ Available at: <https://swarb.co.uk/amin-rasheed-shipping-corp-v-kuwait-insurance-co-1983/> (дата обращения: 06.11.2021)

Полагаем, что гражданско-правовой договор формально не является источником права [Суханов Е.А., 2019: 61]²⁰, поскольку приобретает юридическую силу только в результате признания конкретным государством²¹ и на условиях, определенных правовой системой такого государства. Из этого следует, что стороны могут выбирать применимое право постольку, поскольку это допускается соответствующим внутренним законодательством с учетом действующих международных договоров. Они не обладают статусом *legibus soluti*²² и не могут регулировать собственные отношения исключительно на уровне договора без применения какого-либо национального правопорядка, если это прямо не допускается коллизионным правом. На наш взгляд, данный тезис применим и к договорам займа с участием публичных субъектов. Как отмечалось выше, государство, вступая в частноправовые отношения, утрачивает суверенный статус, не может «творить право» и является для целей коллизионного права обычным участником гражданского оборота.

Однако концепция «контракта без применимого права», наряду с *lex mercatoria* и институтом международного коммерческого арбитража, свидетельствует об устойчивом стремлении участников международного гражданского оборота к «автономизации» их правоотношений и может стать новым витком в развитии МЧП (формирование пресловутого «метاپрава»). Иными словами, нельзя исключать, что в будущем максима *consensus facit jus*²³ приобретет буквальное значение. В то же время выглядит верным подход, при котором государственные суды и международные коммерческие арбитражи, формально не признавая возможности исключения применимого права, на практике обращаются к национальному правопорядку только когда положений договора явно недостаточно для разрешения спора или же такие положения нарушают публичный порядок, противоречат нормам непосредственного применения.

²⁰ В доктрине отмечается, что договоры между частными лицами в механизме гражданско-правового регулирования играют роль юридических фактов (действий), а не правовых норм, поскольку содержащиеся в таких договорах правила поведения не являются общеобязательными, а имеют значение только для конкретных правоотношений.

²¹ Говоря о признании государством, мы имеем в виду признание его правовой системой, т.е. массивом правовых норм, который существует автономно от конкретного гражданско-правового договора, стороной которого становится государство. Следовательно, уместно говорить о «расщеплении» статуса государства, когда договор с его участием регулируется правом такого государства: государство-заемщик как субъект гражданских правоотношений и государство-суверен как законодатель. Если бы государство действовало одновременно в обоих статусах, это означало бы возможность произвола с его стороны в части одностороннего изменения материального права.

²² Изъятые из-под действия законов, не связанные нормами позитивного права (лат.).

²³ Согласие творит право (лат.).

Например, в делах с участием публичных субъектов *National Oil Corporation v. Libyan Sun Oil Company*²⁴ и *Gujarat State Petroleum Corporation Limited, Alkor Petroo Limited, and Western Drilling Constructors Private Limited v. the Republic of Yemen and the Yemen Ministry of Oil and Minerals*²⁵, рассмотренных Международным арбитражным судом при Международной торговой палате (далее — Арбитраж МТП), арбитры пришли к аналогичным выводам. Было отмечено, что субсидиарное обращение юрисдикционного органа к применимому материальному праву должно происходить только если содержания договора недостаточно для установления действительной воли сторон (например, применены неточные и расплывчатые формулировки), спорное положение не является автономным и потому должно быть истолковано в контексте конкретной правовой системы, а также для решения вопросов, не урегулированных сторонами на уровне договора. Такой подход является позитивной тенденцией в судебной-арбитражной практике, поскольку свидетельствует о гибкости при постановке коллизионного вопроса и в целом соответствует принципу выбора права, наиболее благоприятного для сторон (*lex benignitatis*).

Что касается содержания такой категории, как применимое право, то ряд исследователей предлагает относить к ней не только государственные правовые порядки, но и системы негосударственных правовых норм, разработанные на международном уровне и предназначенные для регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, то есть *lex mercatoria* [Lowenfeld A., 1990: 140, 142]. Поскольку степень проработанности актов *lex mercatoria* в сравнении с гражданско-правовыми договорами значительно выше, а их содержание является отражением наилучших и общепризнанных (в том числе на уровне закона²⁶) практик в коммерческой сфере, вероятность субсидиарного обращения к какому-либо национальному правовому порядку крайне мала.

Говоря о достоинствах *lex mercatoria*, нельзя не согласиться с позицией О. Ландо: выбирая *lex mercatoria*, стороны избегают столкновения с юридическими формальностями национальных правовых систем, равно как и тех правил, которые принципиально не подходят для регулирования между-

²⁴ ICC Award No. 4462. Available at: <https://www.trans-lex.org/204462> (дата обращения: 06.11.2021)

²⁵ Gujarat State Petroleum Corporation Limited, Alkor Petroo Limited, and Western Drilling Constructors Private Limited v. the Republic of Yemen and the Yemen Ministry of Oil and Minerals, ICC Arbitration No. 19299/MCP. Available at: <https://www.italaw.com/cases/4209> (дата обращения: 06.11.2021)

²⁶ Напр.: ст. 31 Закона о МЧП Венесуэлы, в соответствии с которой прямо допускается применение «норм, обычаев и принципов международного торгового права, равно как общепринятых коммерческих обыкновений и практики». Available at: URL: <https://pravo.hse.ru/intprilaw/doc/0301> (дата обращения: 06.11.2021)

народных контрактов или не являются известными всем или большинству правопорядков. Более того, обе стороны договора находятся в одинаковых условиях с точки зрения содержания применимого права, поскольку для них нет ни преимуществ от использования собственного права, ни препятствий в связи с применением иностранного права [Lando O., 1985: 747–748]. Последнее замечание особенно актуально для займодавцев в лице частных субъектов, которые стремятся максимально обезопасить себя в заемных правоотношениях с публичными субъектами.

Несмотря на вышеизложенное, единства в нормативных правовых актах относительно возможности субъектов частноправовых отношений использовать *lex mercatoria* в качестве применимого права нет. Так, например, в § 13 и § 14 преамбулы Регламента ЕС «О праве, применимом к договорным обязательствам»²⁷ (далее — Регламент Рим I) сказано, что стороны могут включать негосударственное право (*non-State body of law*) в свой договор путем отсылки, и если ЕС утвердит в соответствующем правовом документе материально-правовые нормы в сфере договорного права, в таком документе может быть предусмотрено право сторон сделать выбор в пользу применения таких норм. При этом есть серьезные основания полагать, что указанные положения допускают лишь применение негосударственного права как совокупности договорных условий, «не вытесняющих» применимое право со всеми его императивными нормами.

При обращении к проекту Регламента Рим I, подготовленному Европейской комиссией, видно, что стороны договора должны были иметь возможность «выбрать в качестве применимого права принципы и правила материального договорного права, получившие признание в мире или в ЕС. Однако вопросы, относящиеся к сфере действия таких принципов или правил, которые прямо ими не урегулированы, должны регулироваться лежащими в их основе общими принципами или, если такие принципы не обнаружены, в соответствии с правом, применимым в отсутствие выбора по настоящему Регламенту» [Асосков А.В., 2017: 329–330]. Как отмечается в доктрине, данная формулировка вызвала у юридической общественности критику из-за своей расплывчатости [Leible S., 2008: 69] (например, достаточно ли признания только в ЕС, но не во всем мире?) и отсутствия четких критериев для судов государств-членов по оценке подобного признания [Briggs A., 2008: 393]. Как видно из §13 и 14 действующего Регламента Рим I, акцент был смещен в сторону унификации на уровне ЕС соответствующих материально-правовых норм, в отсутствие которой выбор *lex mercatoria* в качестве применимого права невозможен [Bonomi A., 2008: 170].

²⁷ Regulation (EC) No 593/2008 of the European Parliament and of the Council of 17 June 2008 on the law applicable to contractual obligations (Rome I). Available at: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=celex%3A32008R0593> (дата обращения: 06.11.2021)

Не вдаваясь в анализ политико-правовых оснований, стоящих за признанием или непризнанием *lex mercatoria* в качестве самостоятельной системы правовых норм, способной выполнять функцию применимого права, отметим следующее. Ввиду описанных в настоящей работе достоинств *lex mercatoria* как гибкого и оперативно реагирующего на экономические изменения инструмента правового регулирования недопустимо и необоснованно ограничение автономии воли сторон в этой части, если только выбор *lex mercatoria* не противоречит публичному порядку *lex fori*, а также нормам непосредственного применения *lex fori* или права государства, имеющего тесную связь со спорными отношениями. В первую очередь это связано с тем, что, на наш взгляд, задача МЧП заключается ныне не столько в разрешении коллизий законов и суверенитетов различных государств, сколько в поисках путей решения коллизионных проблем с учетом индивидуальных интересов участников гражданского оборота и отыскании пресловутого *lex benignitatis*, обеспечивающего устойчивость гражданского оборота, действенность правового регулирования и социально-экономического развития в целом.

Стоит отметить, что в отношении договоров с участием публичных субъектов компетентные юрисдикционные органы (особенно международные коммерческие арбитражи) в целом охотнее признают автономию воли сторон в части выбора ими *lex mercatoria* в качестве применимого права. Например, в одном из дел, рассмотренных Арбитражем МТП, был проанализирован договор между английской компанией и государственным агентством, не содержащий условия о применимом праве, но предусматривавший разрешение споров в соответствии с «правосудием на основе принципов естественного права» (*laws of natural justice*). Арбитраж МТП истолковал данную формулировку как отсылку к *lex mercatoria* и обратился для решения возникших вопросов к Принципам международных коммерческих контрактов УНИДРУА²⁸. Кроме того, арбитры приходят к аналогичным выводам и когда контракт оказывается подчиненным «общим принципам права», «обычаям и обыкновениям международной торговли» (*usages and customs of international trade*) [Канашевский В.А., 2016: 109] или даже «международному праву»²⁹, что в целом соответствует §3 Преамбулы Принципов УНИДРУА³⁰.

²⁸ ICC Award No. 7110. Available at: <https://www.trans-lex.org/207110> (дата обращения: 06.11.2021)

²⁹ ICC Award No. 12111. Available at: <http://www.unilex.info/principles/case/964> (дата обращения: 06.11.2021)

³⁰ UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016. Available at: <https://www.unidroit.org/instruments/commercial-contracts/unidroit-principles-2016> (дата обращения: 06.11.2021)

Вероятно, данный подход можно объяснить следующим. С одной стороны, юрисдикционный орган, руководствуясь доктриной коллизионного иммунитета, может применить право государства-заемщика, что, однако, породит потенциально негативные последствия для займодавца. С другой стороны, обращение к любому другому правопорядку, отличному от правопорядка государства-заемщика, ставит последнее в неблагоприятное положение с точки зрения баланса интересов сторон и в ряде случаев может повлечь разногласия политического характера, которые, как правило, серьезно осложняют решение сугубо правовых вопросов. Поэтому ни один из рассмотренных выше вариантов не является однозначно приемлемым для сторон. Это в совокупности с отрицанием юрисдикционным органом сделанного сторонами выбора в пользу *lex mercatoria* может воспрепятствовать реализации сторонами своих прав и законных интересов, а также в целом свидетельствует об игнорировании их разумных ожиданий и незаинтересованности правоприменителя в достижении материальной справедливости при решении коллизионного вопроса.

Примечательно, что наряду с арбитражными институтами даже некоторые национальные суды соглашались с подобной либеральной позицией относительно *lex mercatoria*. Например, согласно п. 32 Постановления Пленума Верховного Суда Российской Федерации «О применении норм международного частного права судами», стороны вправе выбрать «документы, содержащие правила, рекомендованные участникам оборота международными организациями или объединениями государств» в качестве применимого к их договору права³¹. Волеизъявление на такой выбор должно иметь исключительно прямо выраженный характер, что кажется нам не бесспорным.

С одной стороны, российскому законодателю известна конструкция подразумеваемого соглашения о применимом праве (п. 2 ст. 1210 ГК РФ). Если предположить, что сделанный Верховным Судом Российской Федерации вывод основан на стремлении обезопасить участников гражданского оборота от случайного попадания в не известную им систему норм, то в этом смысле *lex mercatoria* ничем не отличается от любого национального правопорядка, отсылка к которому будет происходить с помощью жестких коллизионных норм, что фактически является тем же «прыжком в темноту». Однако в отличие от национального права установить содержание *lex mercatoria* проще, поскольку оно систематизировано в виде отдельных документов (например, Принципы УНИДРУА, Европейские принципы договорного права), переведено на большинство языков, сопровождается множеством комментариев и пояснений, а также относительно устойчиво, не подвержено постоянным

³¹ Постановление Пленума Верховного Суда РФ № 24 «О применении норм международного частного права судами Российской Федерации» от 09.07.2019 // СПС «Гарант».

изменениям. Исключить подразумеваемый выбор *lex mercatoria* в качестве применимого к договору займа права означает существенно ограничить автономию воли сторон и лишить их полезных и признанных в коммерческой деятельности механизмов правового регулирования.

С другой стороны, несогласованность сторонами договора займа с участием публичных субъектов в части применимого к такому договору права и, соответственно, обращение юрисдикционного органа к коллизионным нормам для отыскания компетентного правопорядка — все это потенциально благоприятные обстоятельства для займодавца, если в основе используемой системы коллизионных норм заложена концепция характерного исполнения (*characteristic performance, charakterische Leistung*)³². Хотя п. 2(8) ст. 1211 ГК РФ четко устанавливает, что стороной, исполнение которой имеет решающее значение для содержания договора займа, является займодавец, необходимо все же оговорить причину такого подхода, тем более что далеко не все национальные акты в сфере коллизионного права предлагают подобную конкретизацию *per se*.

Как пишет А. Шницер, в большинстве правоотношений возмещение за встречное предоставление носит денежный характер. При этом такая уплата денег не являет собой ничего специфического (характерного), а отличительные особенности связаны с другой стороной, которая передает имущество, оказывает услуги, выполняет работы и так далее. Следовательно, именно неденежное исполнение такой другой стороны создает необходимый «центр тяжести правоотношения» (*Schwergewicht des Rechtsverhältnisses*) и определяет «существо правоотношения» (*Wesen des Rechtsverhältnisses*) [Schnitzer A., 1957: 643–644]. В то же время в некоторых договорах, к числу которых относится договор займа, исполнение обеих сторон осуществляется в денежной форме³³, поэтому для поиска характерного исполнения необходимо установить, «исполнение какой стороны с экономической точки зрения выступает в качестве вознаграждения, и после этого применить право места нахождения другой стороны» [Асосков А.В., 2017: 370]. В частности, в договоре займа функцию вознаграждения выполняют проценты, которые заемщик уплачивает займодавцу за пользование займом. Из вышеизложенного следует вывод, что в договоре займа характерное исполнение осуществляет именно займодавец.

Таким образом, концепция характерного исполнения в отсутствие коллизионного иммунитета государства предполагает применение к отношениям, вытекающим из договора международного займа с участием публичных

³² См., напр.: п. 1 ст. 1211 ГК РФ, ст. 4(2) Регламента Рим I.

³³ Известно, что предметом займа могут выступать не только деньги, но и вещи, определенные родовыми признаками, и ценные бумаги. Однако для целей коллизионно-правового регулирования подобная дифференциация не имеет значения.

субъектов, права страны займодавца; это при определенных обстоятельствах (применении юрисдикционным органом соответствующих коллизионных норм) может быть полезным займодавцу в силу общей известности ему такого права и более глубокого понимания отдельных его институтов, чем если бы применимым было право государства-заемщика или «нейтральное» право третьего государства.

Говоря о «защитных механизмах», обеспечивающих соблюдение прав и законных интересов займодавца как частного лица, вступающего в отношении с публичным субъектом, нельзя не отметить распространенную преимущественно в международном инвестиционном праве стабилизационную («дедушкину») оговорку. Ее смысл заключается в фиксации применимого к договору права государства-реципиента по состоянию на определенный момент времени. Таким образом, государство гарантирует инвестору, что законодательные изменения, могущие возникнуть в применимом праве после заключения договора, не ухудшат положение такого инвестора, а это фактически исключает возможность государства в одностороннем порядке менять существо правоотношений и обеспечивает вышеуказанное «расщепление» статуса государства-заемщика. При этом нарушение стабилизационной оговорки традиционно предоставляет займодавцу право требовать от заемщика возмещения причиненных убытков [Sonnenberger H., Rixecker R., Säcker F., 2010: 215], если иное не предусмотрено соглашением сторон.

Позиция о допустимости «цементирования» применимого права в договорах между государствами и частными субъектами нашла прямое отражение в ст. 3 резолюции Института международного права «О праве, применимом к соглашениям между государством и иностранным частным лицом» (1979): стороны вправе договориться, что нормы компетентного национального правопорядка подлежат дальнейшему применению в том состоянии, в котором они находились на дату заключения соответствующего договора³⁴.

Таким образом, в отношении договоров с участием публичных субъектов, в том числе и договоров займа, действует специальный коллизионно-правовой режим, отличный от существующего для гражданско-правовых договоров, лишенных подобного участия. Специфика такого регулирования проявляется преимущественно в коллизионном иммунитете государств, более широком усмотрении сторон в вопросе выбора применимого права и в специфических механизмах, направленных на поддержание баланса интересов сторон и недопущение возможных злоупотреблений со стороны заемщика.

³⁴ La loi du contrat dans les accords entre un Etat et une personne privée étrangère. Available at: https://www.idi-iil.org/app/uploads/2017/06/1979_ath_01_fr.pdf (дата обращения: 06.11.2021)

Есть основания считать *lex mercatoria* подходящей нормативной системой регулирования заемных правоотношений между частными и публичными субъектами, поскольку исключает применение правопорядков, объективно «неудобных» какой-либо из сторон договора. Но следует внимательно подходить к изложению оговорки о применимом праве во избежание субсидиарного применения национального права (например, государства-заемщика, если юрисдикционный орган примет во внимание доктрину «мягкого» коллизионного иммунитета) или даже риска признания выбора права несостоявшимся из-за расплывчатости или неоднозначности формулировок.

Заключение

Таким образом, первой ключевой особенностью правового статуса заемщика-публичного субъекта является юрисдикционные иммунитеты последнего, препятствующие защите прав и законных интересов займодавца, а также отличающих его от «классических» субъектов гражданских правоотношений — физических и юридических лиц. Если в соответствии с исторически первой концепцией абсолютного иммунитета публичный субъект обладал иммунитетом безусловно, то концепция функционального иммунитета разделяет *acta jure imperii* и *acta jure gestionis*, лишая публичного субъекта права ссылаться на иммунитет при действиях коммерческого характера. При этом договор займа, заключаемый публичным субъектом с иностранным частным лицом, следует признавать в качестве *acta jure gestionis* вне зависимости от социально-экономической цели, преследуемой заемщиком, поскольку первоочередное значение имеет характер действий публичного субъекта — реализовывал ли он, заключая и исполняя соответствующий договор, свои властные полномочия или выступал наравне с иными участниками гражданских правоотношений.

Второй важной чертой участия публичных субъектов в трансграничных заемных обязательствах является специальный режим коллизионно-правового регулирования таких обязательств, что проявляется в первую очередь в существовании института коллизионного иммунитета государств в двух его основных разновидностях — «жесткой» и «мягкой». Также недопустимо безусловное подчинения договора займа праву государства-заемщика, это не соответствует таким базовым принципам частного права, как автономия воли и равенство участников гражданского оборота.

Кроме того, сторонам договора международного займа с участием публичных субъектов оставлены более широкие пределы *lex voluntatis* в сравнении с «классическими» частноправовыми отношениями, осложненными иностранным элементом. На наш взгляд, это позволяет сторонам сконструировать договор займа таким образом, чтобы исключить возможность зло-

употреблений со стороны друг друга и тем самым создать некий механизм «сдержек и противовесов», столь необходимый в ситуации, «когда суверен спускается на рынок». В частности, *lex mercatoria* как система негосударственных норм может быть выбрана сторонами в качестве применимого права, а в отношении договора займа с участием публичных субъектов подобный выбор особенно предпочтителен, так как *lex mercatoria* — упорядоченный, общедоступный и универсальный инструмент правового регулирования общественных отношений, осложненных иностранным элементом, и отвечает интересам обеих сторон.



Список источников

1. Асосков А.В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Логос, 2017. 640 с.
2. Гримм Д.Д. Лекции по догме римского права. М.: Зерцало, 2003. 496 с.
3. Звеков В.П. Коллизии законов в международном частном праве. М.: Волтерс Клувер, 2007. 416 с.
4. Канашевский В.А. Международные сделки: правовое регулирование. М.: Международные отношения, 2016. 664 с.
5. Покровский И.А. Основные проблемы гражданского права. 7-е изд. М.: Статут, 2016. 351 с.
6. Суханов Е.А. Гражданское право. Т. I: Общая часть. М.: Статут, 2019. 576 с.
7. Фолсом Р., Гордон М., Спангол Дж. Международные сделки: краткий курс: пер. с англ. М.: Логос, 1996. 528 с.
8. Шамраев А.В. Правовое регулирование международных банковских сделок и сделок на международных финансовых рынках. М.: КНОРУС, 2010. 160 с.
9. Bonomi A. The Rome I Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations. Yearbook of Private International Law, 2008, vol. 10, pp. 165–176.
10. Briggs A. Agreements on Jurisdiction and Choice of Law. Oxford: Oxford University Press, 2008, 624 p.
11. Corelli A. Analytical corporate finance. Cham: Springer International, 2016, 501 p.
12. Kronke H. Connected and global securities markets: with or without conflict of laws? In: Corporations, Capital Markets and Businesses in the Law. R. Buxbaum (ed.). The Hague: Kluwer Law International, 2000, 687 p.
13. Lando O. The Lex Mercatoria in International Commercial Arbitration. International and Comparative Law Quarterly, 1985, vol. 34, no. 4, pp. 747–768.
14. Lauterpacht H. International law reports. Vol. 23. Cambridge: Grotius Publications, 1989, 908 p.
15. Leible S. Choice of the applicable law. Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles: actes de la 20e Journée de droit international privé du 14 mars 2008 à Lausanne, 2008, vol. 62, pp. 61–76.
16. Lowenfeld A. Lex Mercatoria: arbitrator’s view. Arbitration International, 1990, vol. 6, no. 2, pp. 133–150.

17. Schnitzer A. Handbuch des Internationalen Privatrechts einschliesslich Prozessrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Vol. 1. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft A.G., 1957, 1072 p.

18. Sommers D., Broches A., Delaume G. Conflict avoidance in international loans and monetary agreements. *Law and Contemporary Problems*, 1956, vol. 21, no. 3, pp. 463–482.

19. Sonnenberger H., Rixecker R., Säcker F. Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd 10. Internationales Privatrecht. Rom-I Verordnung. Rom-II Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24). München: C.H. Beck, 2010, 2543 p.



References

1. Asoskov A.V. (2017) *Conflict-of-laws regulation of contractual obligations*. Moscow: Logos, 640 p. (in Russ.)

2. Bonomi A. (2008) The Rome I Regulation on the law applicable to contractual obligations. *Yearbook of Private International Law*, vol. 10, pp. 165–176.

3. Briggs A. (2008) *Agreements on jurisdiction and choice of law*. Oxford: University Press, 624 p.

4. Corelli A. (2016) *Analytical corporate finance*. Cham: Springer International, 501 p.

5. Folsom R., Gordon M., Spangol J. (1996) *International business transactions*. Moscow: Logos, 528 p. (in Russ.)

6. Grimm D.D. (2003) *Lectures on Roman law dogma*. Moscow: Zertsalo, 496 p. (in Russ.)

7. Kanashevskii V.A. (2016) *International contracts: legal regulation*. Moscow: Miezhdunarodnye otnoshenia, 664 p. (in Russ.)

8. Kronke H. (2000) Connected and global securities markets: with or without conflict of laws? In: *Corporations, Capital Markets and Businesses in the Law*. R. Buxbaum (ed.). The Hague: Kluwer Law International, 687 p.

9. Lando O. (1985) The Lex Mercatoria in international commercial arbitration. *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 34, no. 4, pp. 747–768.

10. Lauterpacht H. (1989) *International Law Reports*. Vol. 23. Cambridge: Grotius Publications Ltd., 908 p.

11. Leible S. (2008) Choice of applicable law. Le nouveau règlement européen “Rome I” relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles. *Journée de droit international privé*, vol. 62, pp. 61–76.

12. Lowenfeld A. (1990) Lex Mercatoria: an arbitrator’s view. *Arbitration International*, vol. 6, no. 2, pp. 133–150.

13. Pokrovskii I.A. (2016) *Main issues of civil law*. 7th ed. Moscow: Statut, 351 p. (in Russ.)

14. Shamraev A.V. (2010) *Regulation of international bank transactions and transactions on international financial markets*. Moscow: Knorus, 160 p. (in Russ.)

15. Schnitzer A. (1957) Handbuch des Internationalen Privatrechts einschliesslich Prozessrechts, unter besonderer Berücksichtigung der Schweizerischen Gesetzgebung und Rechtsprechung. Vol. 1. Basel: Verlag für Recht und Gesellschaft A.G., 1072 p.

16. Sommers D., Broches A., Delaume G. (1956) Conflict avoidance in international loans and monetary agreements. *Law and Contemporary Problems*, vol. 21, no. 3, pp. 463–482.

17. Sonnenberger H., Rixecker R., Säcker F. (2010) Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Bd. 10. Internationales Privatrecht. Rom-I Verordnung. Rom-II

Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1–24). München: C.H. Beck, 2543 p.

18. Sukhanov E.A. (2019) Civil law. General part. Moscow: Statut, 576 p. (in Russ.)

19. Zvekov V.P. (2007) *Conflicts of laws in private international law*. Moscow: Wolters Kluwer, 416 p. (in Russ.)

Данные об авторе:

М.В. Ратушный — ассистент.

Information about the author:

M.V. Ratushnyy — Assistant.

Статья поступила в редакцию 07.03.2021; одобрена после рецензирования 10.08.2021; принята к публикации 28.02.2022.

The article was submitted 07.03.2021; approved after reviewing 10.08.2021; accepted for publication 28.02.2022.