

Новеллы в международном частном праве Аргентины¹



Н.Ю. Ерпылева

заведующая кафедрой международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», профессор, доктор юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru



И.В. Гетьман-Павлова

доцент кафедры международного публичного и частного права Национального исследовательского университета «Высшая школа экономики», кандидат юридических наук. Адрес: 101000, Российская Федерация, Москва, ул. Мясницкая, 20. E-mail: getmanpav@mail.ru



Аннотация

Аргентина является одной из самых развитых стран латиноамериканского региона, что стимулирует законодателя уделять большое внимание совершенствованию национального регулирования трансграничных отношений. Международное частное право Аргентины было впервые кодифицировано в ГК (1869), но развивалось в основном по линии «международного измерения», а «национальное измерение» имело «остаточный» характер и не отражало адекватно современных тенденций в регулировании международных частных отношений. В 2015 году в Аргентине вступил в силу новый Гражданский и Коммерческий кодекс, Титул IV «Положения международного частного права» которого содержит масштабное и подробное регулирование вопросов международного частного права и международного гражданского процесса. Законодатель выбрал путь внутриотраслевой комплексной кодификации МЧП/МГП — в акт общей кодификации гражданского права в качестве отдельного раздела включены правила выбора применимого права и юрисдикционные нормы. В сравнении с ранее действовавшим регулированием МЧП Аргентины подверглось существенной модернизации, прежде всего под влиянием европейских подходов — Закона о МЧП Швейцарии и регламентов ЕС о юрисдикции, применимом праве и исполнении иностранных решений. В статье анализируются наиболее существенные новеллы, затрагивающие институты Общей части МЧП: установление содержания иностранного права, квалификация правовых понятий, обратная отсылка, гибкие коллизионные привязки, автономия воли сторон, техника *dépeçage* и адаптация коллизионных норм. Сделан вывод, что в целом новое МЧП Аргентины производит положительное впечатление. С другой стороны, в регламентации общих вопросов МЧП можно отметить ряд серьезных недостатков, в частности: институт *renvoi* сформулирован очень широко и неопределенно; отсутствует специальная норма о предшествующих, предварительных и побочных коллизионных вопросах; институт квалификации правовых понятий законодательно не урегулирован. Недочеты являются издержками внутриотраслевого способа кодификации МЧП, и их

¹ Статья подготовлена при помощи справочно-поисковой системы КонсультантПлюс.

можно было избежать, если бы Аргентина пошла по пути комплексной автономной кодификации МЧП/МГП.



Ключевые слова

международное частное право, Аргентина, Гражданский и Коммерческий кодекс, внутриотраслевая комплексная кодификация, Общая часть МЧП, автономия воли, обратная отсылка, содержание иностранного права, гибкое коллизионное регулирование.

Библиографическое описание: Ерпылева Н.Ю., Гетьман-Павлова И.В. Новеллы в международном частном праве Аргентины // Право. Журнал Высшей школы экономики. 2018. № 2. С. 193–215.

JEL: K33; УДК: 341

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.193.215

Введение

Аргентина — одна из самых развитых стран латиноамериканского региона, что, безусловно, стимулирует законодателя уделять большое внимание совершенствованию национального регулирования трансграничных отношений. Аргентинская система международного частного права (далее — МЧП) была «продвинутой» уже к концу XIX в. Правила выбора применимого права были включены в первый Гражданский кодекс («Кодекс Велеса»)² (далее — ГК), принятый в 1869 г. и действовавший 145 лет³. Кроме интересного «внутреннего измерения», выраженного в ГК, к концу XIX в. аргентинское МЧП обладало и «выдающимся международным измерением», представленным в монументальном Договоре о международном гражданском праве (Монтевидео, 12 февраля 1889 г.), подробно регулирующем основные вопросы МЧП⁴. «Международное измерение» аргентинского МЧП активно расширялось и диверсифицировалось в течение всего XX века, особенно, в

² Главным автором проекта был Велес Сарсфельд, профессор университета Кордовы. Текст ГК Аргентины (1869) на испан. языке см. [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/105000-109999/109481/texact.htm> (дата обращения: 15.05.2018); на англ. яз. [Электронный ресурс]: // URL: https://archive.org/stream/argentinecivilc00whelgoog/argentinecivilc00whelgoog_djvu.txt (дата обращения: 15.05.2018)

³ Разумеется, в течение этого времени в ГК неоднократно вносились изменения, например, в 1884, 1898, 1901, 1926, 1948, 1971 гг. Наиболее важные изменения в сфере МЧП были внесены Законом № 17, 711 (1968). См.: *Parise A. Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina* (1971) [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018). Последняя редакция ГК была принята в 1987 г.

⁴ См.: *Arroyo Diego F. Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic* // *RebelsZ* 80. 2016. P. 130.

последней его четверти в связи с унификационными процессами в рамках Организации американских государств и Общего рынка стран Южной Америки (МЕРКОСУР)⁵. Национальное регулирование развивалось значительно медленнее и не так успешно.

Во второй половине XX в. в аргентинской доктрине была чрезвычайно популярной идея разработки автономного закона о МЧП. Один из наиболее значимых проектов был подготовлен известным ученым В. Гольдшмидтом в 1974 г. (далее — Проект Гольдшмидта). Этот законопроект включал только правила выбора применимого права и не регулировал вопросов международного гражданского процесса (далее — МГП). Одновременно Гольдшмидт предложил проект отдельного закона о процедуре гражданского и коммерческого частного международного права, содержащий правила МГП для федеральных судов, в том числе признание иностранных судебных решений. Однако ни один из этих проектов не был предложен парламенту, хотя ученые-коллизиионисты неустанно отстаивали необходимость новой кодификации МЧП/МГП, поскольку аргентинские правила МЧП были «изолированы, неоднородны и зачастую противоречили друг другу»⁶.

Наконец в 2014 г. Национальный конгресс принял Гражданский и Коммерческий кодекс (*Codigo Civil de Comercial de la Nation*) (далее — ГКК), который вступил в силу 1 августа 2015 г.⁷ Нормы, кодифицирующие МЧП/МГП, расположены в последней части ГКК — в Титуле IV «Положения международного частного права». Аргентинский законодатель выбрал внутриотраслевую комплексную форму кодификации МЧП/МГП. Титул содержит общие положения МЧП (ст. 2594–2600), регулирование международной юрисдикции и правовой помощи (ст. 2601–2613) и объемную особенную часть, разделенную на 16 разделов (ст. 2613–2671). Нормы о признании и исполнении иностранных решений в Титуле IV отсутствуют, что в аргентинской литературе справедливо называют самым серьезным недостатком принятого регулирования⁸.

⁵ Подробнее о региональном МЧП латиноамериканских стран см.: Рафалюк Е.Е. Унификация международного частного права в странах Латинской Америки: история и современность // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 88–98; *Samtleben J. Neue Interamerikanische Konventionen zum Internationalen Privatrecht // RabelsZ 56. 1992. P. 1; idem. Das Internationale Prozeß- und Privatrecht des MERCOSUR // RabelsZ 63. 1999. P. 1.*

⁶ См.: *Arroyo Diego F. What's New in Latin American Private International Law? // Yearbook of Private International Law. 2005. Vol. 7. P. 100.*

⁷ Тексты законодательных актов по МЧП и МГП зарубежных стран до 1998 г. включительно даны по изданию: *Международное частное право: Иностранное законодательство / предисл. А.Л. Маковского; сост. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2001. Тексты законодательных актов по МЧП и МГП зарубежных стран с 1999 г. по настоящее время даны по [Электронный ресурс]: // URL: <http://pravo.hse.ru/intprilaw/> (дата обращения: 25.05.2018)*

⁸ См.: *Arroyo Diego F. Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic. P. 132–133.*

Новое МЧП Аргентины является детальным и подробным, и в рамках одной статьи, естественно, невозможно провести полное его исследование. В настоящей статье целесообразно проанализировать некоторые существенные новеллы в методологии и регламентации отдельных вопросов, которые традиционно включаются в Общую часть МЧП.

Установление содержания и применение иностранного права

Поскольку Аргентина принадлежит к романо-германской правовой семье, то иностранное право, по общему правилу, воспринимается именно как право, т.е. как система общеобязательных нормативных предписаний, а не как факт, подлежащий доказыванию. Однако безусловная обязанность аргентинских судов ставить коллизионный вопрос во всех трансграничных частных спорах законодательно никогда не декларировалась и обязанность судей применять нормы собственного МЧП нормативно не была установлена. При этом в доктрине единодушно подчеркивалось, что аргентинские коллизионные нормы имеют обязательный характер и судьи не могут отказать от их применения, если правоотношения подпадают под действие какой-либо конфликтной нормы⁹. Теоретически в Аргентине всегда декларировался *активный (правовой) подход*¹⁰ к регулированию споров в сфере МЧП.

Однако и в юриспруденции, и особенно в аргентинской судебной практике всегда проводилось различие между отчуждаемыми правами (т.е. имеющими имущественную оценку — «правоотношение, в котором стороны свободно распоряжаются своими правами») и неотчуждаемыми правами (т.е. не имеющими имущественной оценки). В судах доминировала позиция, что применение коллизионных норм является обязательным только по вопросам, касающимся личного статуса, право- и дееспособности, других личных неимущественных прав. По сути, в сфере МЧП в Аргентине до недавнего времени господствовал *промежуточный (смешанный) подход*, который предполагает, что суды обязаны применять собственные коллизионные нормы (и таким образом иностранное право, к которому они отсылают)

⁹ См.: *Arroyo Diego F., All Paula M.* Proof of and Information about Foreign Law / Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law. 2014. Part I. P. 103.

¹⁰ Подробнее об активном (правовом), промежуточном (смешанном) и пассивном (фактическим) подходах к применению норм МЧП и установлению содержания иностранного права см.: *Shaheez L.* Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study // *Maastricht Journal*. 2013, no 1. P. 75–112.

только в отношении личного статуса или неотъемлемых прав, которые не могут быть отчуждены и от которых нельзя отказаться¹¹.

Кроме того, смешанный (промежуточный подход) предполагает, что суды имеют право выбора: либо изучить содержание норм иностранного права *ex officio*, либо призвать стороны сделать это; выбор часто зависит от природы спора. Иностранное право в данном случае находится между «фактом» и «правом»; суд и стороны вместе участвуют в установлении его содержания (в большей или меньшей степени в зависимости от характера дела)¹².

Доминирование смешанного подхода в судебной практике проистекало из установления ст. 13 ГК, формулировка которой не менялась с 1869 по 2014 гг. В соответствии с этой нормой суд обращался к иностранному праву только в случаях, инициированных заинтересованной стороной, на которой и лежало бремя доказывания существования такого законодательства. Иностранные законы, применение которых было обусловлено международными договорами Аргентины или специальным законом, не нуждались в доказывании. Таким образом, именно на стороны возлагалась безусловная обязанность установления содержания иностранного права. Часто в трансграничных спорах, касающихся имущественных прав, аргентинские суды применяли иностранное право исключительно по инициативе сторон (особенно в спорах, связанных с трудовыми отношениями)¹³.

При этом в практике высших судебных инстанций неоднократно подчеркивалось, что предписания ст. 13 не освобождают суды от обязанности обращаться к нормам МЧП Аргентины и что эти нормы имеют обязательный характер. Так, Национальный коммерческий апелляционный суд (*National Commercial Court of Appeal*) в решении по делу *Deutsche Reiseburo, G.M. c. Speter, Armando* (от 27 февраля 1984 г.) постановил, что «бремя сторон по установлению содержания иностранного права не должно препятствовать судьям применять иностранное законодательство, когда аргентинские конфликтные правила предписывают его применение. В противном случае применение обязательных правовых норм будет зависеть от усмотрения сторон, которые будут иметь право ссылаться или не ссылаться на иностранное законодательство, хотя такая отсылка установлена аргентинским законом»¹⁴.

¹¹ *Shaheez L. Op. cit.* P. 77.

¹² *Ibid.* P. 80.

¹³ См.: *Arroyo Diego F., All Paula M. Op. cit.* P. 113. Сразу же следует оговориться, что ввиду наличия у Аргентины чрезвычайно развитого «международного измерения МЧП» (прежде всего, регионального) в подавляющем большинстве споров, связанных с правопорядками других американских государств, иностранное право применялось *ex officio* и не подлежало доказыванию. См.: *Ibid.* P. 108, 111.

¹⁴ LL, 1984-D-563, ED, 108-232. Аналогичная позиция выражена в решении Верховного суда провинции Буэнос-Айрес по делу *Soto c/ Exxe* (от 28 апреля 2004 г.) (LLBA, 2004-973, ED, 182-753) и Верховного суда провинции Мендоса по делу *Sabaté Sas S.A. c. Covisan S.A. s/Concurso Preventivo s/verificación tardía s/ inc. Casación* (от 28 апреля 2005 г.) (LLGranCuyo, 6/2005-495, comm. M.E. Uzal).

Благодаря аргентинской доктрине права и в немалой степени под влиянием практики высших судебных инстанций в новом ГКК утверждается безусловно активный (правовой) подход к применению аргентинских коллизионных норм и установлению содержания иностранного права: «Судья устанавливает содержание, применяет и интерпретирует нормы иностранного права таким образом, как если бы их интерпретировали суды государства, в котором такие нормы были приняты, без ущемления права сторон самостоятельно предлагать и доказывать содержание норм применимого правопорядка. Если содержание иностранного права не может быть установлено, применяется аргентинское право» (ст. 2595(a)). Как подчеркивается в аргентинской юриспруденции, хотя обязанность судьи применять иностранное право и устанавливать его содержание *ex officio* в норме прямо не декларируется, это ясно вытекает из контекста¹⁵. В обязательственных отношениях, предполагающих автономию воли сторон, суд вправе обязать заинтересованное лицо доказать применимость иностранного права и установить его содержание.

Обязанность суда применять иностранное право предполагает, что именно суд несет бремя по установлению его содержания и толкования. Главный способ установления содержания иностранного права — это самостоятельная исследовательская деятельность аргентинских судей, основан на принципе *iura novit curia*. Исходя из этого принципа, «когнитивная обязанность судьи возникает не *a priori*, а *a posteriori*, в том смысле, что начало судебного процесса побуждает к необходимости ознакомиться или, точнее, исследовать применимое иностранное право... В случаях, когда иностранные правила должны применяться, они должны быть исследованы судьей в надлежащей форме, сначала обратившись к его собственным знаниям, затем к материалам, предъявленным сторонами, затем ко всем другим информационным средствам, которые государство может предложить, например, к работанным для таких целей процедурам информационной отчетности»¹⁶.

Средствами доказательств, которые используются для определения иностранного права, являются официальные (представленные дипломатическими, консульскими и другими компетентными органами государства, чье право должно быть доказано¹⁷) и документальные источники (юридические тексты, иностранная доктрина и судебная практика¹⁸), экспертные мнения

¹⁵ Arroyo Diego F., *All Paula M.* Op. cit. P. 121.

¹⁶ Ver Tellechea B. *Aplicación e información del derecho extranjero en el ámbito interamericano y regional con especial referencia al derecho uruguayo / Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa.* Buenos Aires, 2012. P. 357–358.

¹⁷ Напр., консульские отчеты, сертификаты учреждений, прямые контакты с зарубежными судами.

¹⁸ В том числе опубликованные в Интернете.

(профессоров или экспертов иностранного права). Судья может использовать столько средств доказывания, сколько считает необходимым¹⁹. Кроме этого, Аргентина имеет развитую систему международных соглашений, устанавливающих механизмы и правила предоставления информации о действующем праве²⁰.

Самое распространенное средство доказательства иностранного права — заключения экспертов, в качестве которых, как правило, выступают аргентинские и иностранные ученые-юристы. В судебной и адвокатской практике прослеживается устойчивая тенденция приглашать для консультаций и составления заключений «профессоров частного международного права, что прямо разрешено в качестве доказательства в деле *Frederick Parker Limited c. Villa, o Villa y Egea*, 9 сентября 1990 года»²¹. От экспертов или учреждений, сообщающих информацию об иностранном праве, не требуется подтверждения их квалификации или характеристик. Ни на национальном уровне, ни в международных документах не установлено механизма для изучения или определения достоверности предоставленной правовой информации²².

Статья 2595(a) обязывает аргентинского судью действовать по классической формуле «иностранное право должно толковаться и применяться так, как его на родине толкует и применяет его родной судья». Легальное закрепление данной формулы представляет собой давнюю традицию Латинской Америки как на национальном, так и на региональном уровнях²³. Подобное отношение к иностранному праву называют «теорией судебного обычая» («*la teoría del uso jurídico*»), принесенной в латиноамериканскую правовую традицию «благодаря интеллектуальному влиянию выдающегося правоведа Гольдшмидта, прожившего в Аргентине более 30 лет и являвшегося автором проекта автономного закона о МЧП (1974) (Проект Гольдшмидта)»²⁴. Гольдшмидт по сей день является самым авторитетным деятелем аргентинской доктрины МЧП; во всех странах Латинской Америки его признают одним

¹⁹ Arroyo Diego F, *All Paula M.* Op. cit. P. 123.

²⁰ Brasilia Convention on Information in Legal Matters about the Law in Force and its Application (1972); Inter-American Convention on Proof of and Information on Foreign Law (CIDIP II, Montevideo, 1979); Las Leñas Protocol on Cooperation and Jurisdictional Assistance on Civil, Commercial, Labor and Administrative Matters (MERCOSUR, 1992).

²¹ Noodt T. *Derecho Internacional Privado. Libro de casos.* Buenos Aires: La Ley, 2006. P. 344–348.

²² Arroyo Diego F, *All Paula M.* Op. cit. P. 123.

²³ См., напр.: ст. 2055 ГК Перу (1984), ст. 82 Закона о МЧП Доминиканской Республики (2014), ст. 2 Межамериканской конвенции о международном гражданском праве (1979).

²⁴ Najurieta M., Noodt T. *Private International Law: Recent Private International Law Codifications / Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado.* Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Comparado, 2010. P. 219–266 [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)

из самых выдающихся ученых в сфере МЧП. Ученый понимал иностранное право как факт, но факт особого рода, «общеизвестного» характера, по которому каждый может получить аутентичную информацию²⁵. Соответственно, теория «правового использования» предполагает «подражание» иностранному судье, попытку проникнуться его правосознанием, рассуждать в его правовой ментальности и правовых категориях²⁶.

Однако параметр «подражание» иностранному судье не освобождает аргентинских судей ответственности за принятые ими решения и не предполагает их независимости от собственного закона и правовой традиции. В аргентинской доктрине высказывается мнение, что при толковании иностранного права судьи не связаны мнениями, принятыми в стране, чей правопорядок является применимым. Судьи могут основывать решения на иностранном законодательстве, но «они не перестают быть теми, кто отправляет правосудие от имени и под ответственностью государства, к которому принадлежат... Им следует проникнуть в смысл иностранного права; они будут иметь в виду, очевидно, доминирующие юриспруденционные мнения в другой стране, но эти мнения не будут иметь для них обязательной силы»²⁷.

На классический вопрос — как быть, если содержание иностранного права установить не удалось, — аргентинский законодатель предлагает стандартный и самый простой ответ: в подобных случаях применяется право Аргентины, т.е. закон страны суда. В доктрине отмечается, что такое решение вызывает сожаление. Прежде чем прибегать к аргентинскому законодательству по умолчанию, следует обратиться к правопорядку, наиболее тесно связанному с делом, и только потом, при невозможности его применения, можно решать спор по аргентинскому праву. Решение прибегать непосредственно к аргентинскому законодательству не имеет логического объяснения, за исключением того, что большинство участников законопроектной деятельности являются судьями, поэтому они и не захотели возложить на себя обязанность выполнять работу, которая могла бы вызвать затруднения. Однако как показывает судебная практика Аргентины, во многих случаях определение государства, наиболее тесно связанного с правовыми отношениями, и установление содержания его правовых норм представляет собой простую задачу²⁸.

²⁵ Arroyo Diego F., *All Paula M.* Op. cit. P. 124.

²⁶ В аргентинской литературе отмечается, что для большого количества случаев, связанных со странами, с которыми Аргентина долго поддерживала «флюидные» связи, такой подход не представляет для судьи особых затруднений, что наглядно демонстрирует судебная практика. См.: Arroyo Diego A., *All Paula M.* Op. cit. P. 125.

²⁷ Feldstein de Cárdenas S. El control de constitucionalidad del derecho extranjero / Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa. P. 315.

²⁸ Arroyo Diego F., *All Paula M.* Op. cit. P. 126.

Квалификация правовых понятий

В новом МЧП Аргентины отсутствует общая норма, определяющая право, применимое для квалификации правовых понятий. Непонятно, по какой причине законодатель отказался от нормативного регулирования этой проблемы, тем более что в проекте ГKK (2003) такая норма присутствовала²⁹. В настоящее время нет легальных указаний, какой закон определяет «сложный процесс определения трудоемких правовых отношений с целью его классификации по той или иной категории, используемой в законе страны суда»³⁰. Ученые-юристы предпочитают «гибкие» рассуждения, которые позволяют квалифицировать правовые понятия, синтезируя *lex causae* и *lex fori* в целях наиболее корректного разрешения спора. В судебной практике «конфликт квалификаций» понимается как проблема толкования коллизионных норм, которая решается в категориях *lex fori*.

По общему правилу квалификация понятий, закрепленных в коллизионных привязках, предполагает применение *lex fori*. В некоторых правилах Титула IV закреплены конкретные квалификации понятий, составляющих привязки отдельных коллизионных норм. Например, под общим местом domicilio обоих супругов понимается место их фактического и безраздельного совместного проживания (ст. 2621); domicilio лиц, в отношении которых действует опекуновство или равнозначный институт защиты, признается обычное место жительства таких лиц (ст. 2615); под местом заключения договора понимается место эффективного domicilio стороны, осуществляющей наиболее характерное предоставлению согласно договору (ст. 2652). Квалификация по *lex causae* может иметь место в специально оговоренных законом случаях, в частности, определение имущества как недвижимого определяется по праву страны места его нахождения (ст. 2663).

В отдельных нормах прямо определена квалификация их объемов, в частности, очень своеобразное положение установлено в ст. 2623 «Брак на расстоянии». Браком на расстоянии считается такой брак, в котором отсутствующая сторона выражает согласие подчинить регулирование брачных отношений правопорядку, отличному от места нахождения такой стороны в такой момент времени. Таким образом, квалифицирующим признаком подобного брака является выбор иностранного правопорядка, произведенный одной стороной. При этом следует подчеркнуть, что в принципе автономия

²⁹ Ст. 6 проекта ГKK (2003): «За исключением соглашения об ином, связующие факторы [т.е. коллизионные привязки] квалифицируются в соответствии с аргентинским законодательством. Другие понятия, используемые правилами частного международного права, определяются в соответствии с заявленным законом [т.е. законом существа отношения]».

³⁰ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)

воли в брачных отношениях не разрешается. Положение ст. 2623 вызывает много вопросов, например, возможен ли брак на расстоянии между аргентинскими гражданами, один из которых пребывает в другой стране и одновременно выражает желание подчинить свой брак правопорядку какого-либо третьего государства.

Институт обратной отсылки (*renvoi*)

Институт обратной отсылки (обеих степеней — и отсылки к закону суда, и отсылки к праву третьего государства) — непосредственно связан с проблемой конфликта квалификаций и обусловлен разным пониманием одинаково сформулированных коллизионных привязок. Ни ГК (1869), ни Проект Гольдшмидта не содержали регулирования этого вопроса. С позиций «теории судебного обычая» сам Гольдшмидт считал, что использование судебного обычая равнозначно применению отсылок и приводит к эквивалентным практическим последствиям. В случае применения иностранного права суд должен обращаться с ним так, как, с максимально возможным уровнем вероятности, делает это суд страны, закон которой был признан компетентным. Ученый полагал, что «теория судебного обычая» представляет собой наиболее «правильную форму *renvoi*... Практически с этой доктриной мы достигаем результатов, аналогичных результатам теории интегральной ремиссии»³¹.

Несмотря на безусловный авторитет Гольдшмидта и его влияние на аргентинскую доктрину МЧП, ученые-юристы настояли на установлении в новом ГКК специального положения о *renvoi*. Нововведение предусматривает самое широкое понимание и применение обратной отсылки. Согласно ст. 2596, *renvoi* обеих степеней принимаются в качестве общего правила. Формулировка нормы позволяет утверждать, что принимаются и обратная отсылка к аргентинскому праву, и отсылка к праву третьего государства всех степеней, пока не будет установлен правопорядок, содержащий соответствующее материальное регулирование. Очевидно, если какой-либо правопорядок отсылает обратно, то компетентными будут материальные нормы на основании обратной отсылки. Однако если стороны избрали компетентным право конкретной страны, то применяется материальное право такой страны. Стороны, в свою очередь, могут явным образом обусловить иное, т.е. предписать применение норм МЧП избранного правопорядка, и тогда теоретически возможно применение *renvoi* даже при наличии явно выраженной автономии воли сторон. Таким образом, выбор применимого права сторонами отношения не исключает *renvoi*, если стороны сами делают выбор в пользу не материального, а коллизионного регулирования их отношений. Подобный подход —

³¹ Goldschmidt W. Sistema y filosofía del derecho internacional privado. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1952. Vol. I. P. 377.

редкое явление; аргентинский законодатель декларирует его определеннее и подробнее, нежели законодатели других стран³². Специальное положение о *renvoi* при наличии автономии воли сторон в договорных отношениях закреплено в ст. 2651(b) и фактически дублирует общее правило.

Такая широкая формулировка института обратной отсылки и возможность неограниченного ее применения приветствуется доктриной, но не разделяется судьями. Как показывает аргентинская судебная практика, суды не склонны к абстрактным рассуждениям о соответствии своих решений нормам МЧП государства, закон которого является компетентным в соответствии с коллизионной нормой страны суда. Использование обратной отсылки скорее является исключением. В основном соответствующие прецеденты встречаются в наследственных спорах, где аргументация в пользу *renvoi* ориентирована на расщепление единой коллизионной привязки для дифференциации права, применимого к правопреемству³³.

Техника *dépeçage*³⁴ и адаптация коллизионных норм

Dépeçage можно определить как гибкий индивидуализированный анализ различных аспектов дела («вопрос за вопросом»), предполагающий возможность одновременного применения норм нескольких различных право порядков³⁵. Эта техника является неотъемлемой чертой всех современных методологий выбора применимого права³⁶. Акцент на конкретном вопросе способствует более тонкому, индивидуализированному и более рациональному решению коллизионной проблемы. В американской коллизионной методологии *dépeçage* является побочным продуктом аспектного анализа, основанного на понимании, что во многих случаях спор состоит из нескольких аспектов и выбор применимого права должен быть дифференцированным. В континентальном праве техника *dépeçage* в основном имеет в виду расщепление привязки в сложных коллизионных нормах и кумуляцию коллизионных привязок.

³² Для сравнения см., напр., ст. 2.4 Кодекса МЧП Турции (2007).

³³ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

³⁴ *Dépeçage* (французский термин) буквально означает «расчленение», «расщепление», «кускование» дела, т.е. применение материального права разных стран к разным аспектам в рамках одного основания для предъявления иска. В американской литературе отмечается, что термин «*dépeçage*» («депесаж») можно перефразировать на английский как «быть привередливым при выборе». См.: *Symeonides S. Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect*. 2013 [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=2356657> (дата обращения: 10.01.2018)

³⁵ Ibid.

³⁶ *Symeonides S. The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2006. P. 102–103.

В качестве примеров возможного применения техники *dépeçage* в аргентинской доктрине указывается одна из новелл Титула IV — норма ст. 2618, определяющая право, применимое к имени физического лица. Право на имя определяется по месту домицилия физического лица на момент установления имени. Изменение имени регулируется правом места домицилия лица в момент подачи заявления на такое изменение. Такое установление предполагает возможность применения в одном разбирательстве разных правопорядков к различным аспектам одного и того же спора³⁷.

Еще в большей степени техника *dépeçage* отражена в ст. 2633 — обстоятельства признания отцовства подчиняются праву домицилия ребенка на момент рождения или момент составления такого акта или правом домицилия стороны, признавшей отцовство, на момент составления акта. Дееспособность стороны, признавшей отцовство, определяется правом места ее домицилия. Форма признания отцовства подчиняется праву месту составления акта или праву, регулиющему содержание отношений.

Ситуация *dépeçage* неизбежно возникнет в наследственных делах, если какая-либо часть наследственных недвижимостей расположена на территории Аргентины. В ст. 2644 закреплена теория единства при выборе права, применимого к правопреемству, однако в отношении недвижимости, находящейся в Аргентине, и личного имущества, постоянно находящегося в стране, компетентен аргентинский материальный закон. Кроме того, категории «способность к составлению и отмене завещания», «формальности воли» (ст. 2647, 2645) также имеют самостоятельное коллизионное регулирование. Относительно формы завещания сохранено старое законодательное решение, которое материально ориентировано на признание действительности последней воли умершего³⁸.

Dépeçage прямо предполагается, если спор касается вещных прав на разные виды имущества: недвижимость подчиняется закону местонахождения вещи (ст. 2667), зарегистрированное имущество — праву места его регистрации (ст. 2668), движимое имущество с постоянным местонахождением — закону местонахождения вещи на момент приобретения, изменения, трансформации или прекращения прав на нее (ст. 2669), движимое имущество, не имеющее места постоянного нахождения, — праву домицилия собственника такого имущества (ст. 2670). Такая дифференциация привязок в отношении вещных прав впервые закрепляется в МЧП Аргентины.

Применение *dépeçage* порождает проблему *адаптации (приспособления) коллизионных норм*. Если суд на основании коллизионного правила *lex fori* должен применить законы разных государств для регулирования одного от-

³⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

³⁸ Ibid.

ношения, то при их совместном применении может возникнуть противоречие, затрудняющее правовое регулирование. Адаптация коллизийной нормы нацелена на устранение подобных противоречий. Под адаптацией в теории МЧП понимают меры, принимаемые судьей в сфере материального права, и направленные на гармонизацию коллидирующих правовых систем. Цель адаптации — устранение коллизии посредством создания своеобразного синтеза применимых норм³⁹. Адаптацию осуществляет судья, наделенный широкой компетенцией в области применения права и даже его создания. Он должен на основе иностранных норм, указанных собственным коллизийным правом, создать синтетическую норму, т.е. из элементов, входящих в разные нормы, создать единую норму, материальное правило, представляющее собой правоприменимое целое, как если бы такая норма была творением одного законодателя⁴⁰. Подобная норма является «разовой» (*ad hoc*) и применяется только для решения данного конкретного спора.

В аргентинской литературе вопросами адаптации активно занимался В. Гольдшмидт. Он писал, что эта проблема возникает вследствие дробного («аналитического») регулирования коллизийных вопросов и подчеркивал, что устранение противоречий путем «синтеза» в подобных случаях должно быть вверено непосредственно суду, а отнюдь не законодателю. Законодатель не в состоянии предвидеть всех возможных случаев противоречий, вытекающих из кумуляции коллизийных привязок, и не может для этих случаев формулировать определенные директивы⁴¹. Однако, несмотря на авторитет Гольдшмидта в латиноамериканской доктрине, легальное закрепление института адаптации свойственно именно странам данного региона⁴².

В Проекте Гольдшмидта не было норм об адаптации, поскольку его автор выступал против регулирования этого вопроса в законе. Напротив, новое МЧП Аргентины закрепляет специальное положение, посвященное адаптации: «Если разные правопорядки применимы к различным аспектам одного правоотношения или различным правоотношениям, составляющим части одно дела, данные правопорядки подлежат гармонизации путем совершения необходимой адаптации без ущерба целям, преследуемым положениями таких правопорядков (ст. 2595 (с)). В этом отношении аргентинский законодатель следует в русле сложившихся легальных латиноамериканских

³⁹ См.: Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

⁴⁰ См.: Раане Л. Международное частное право. М.: Иностр. лит., 1960. С. 110–111; Bagan-Kurluta K. Prawo prywatne miedzynarodowe. Warszawa: C.H. Beck, 2006. P. 143.

⁴¹ Goldschmidt W. Die philosophischen Grundlagen des IPR / Beiträge zum Zivilrecht und Internationalen Privatrecht. Herausgegeben von Ernst von Caemmerer, Walter Hallstein, F.A. Mann und Ludwig Raiser. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952. S. 203.

⁴² См., напр.: ст. 14.5 ГК Мексики (1928 ред. 1987), ст. 10 Кодекса МЧП Панамы (2014).

моделей. При этом в ст. 2595 (с) ГКК нет гибкой и неопределенной отсылки к «требованиям справедливости в конкретном деле» (как это имеет место в мексиканском и панамском регулировании). Представляется, что такая формулировка в определенной степени нацелена на ограничение слишком широкой свободы судебного усмотрения.

Гибкое коллизионное регулирование

До 1970-х гг. в МЧП Аргентины безусловно доминировали коллизионные нормы классического типа с широким объемом и жесткими привязками, основанными на каком-либо определенном критерии выбора права (место исполнения, местожительство и т.п.). Гибкие коллизионные нормы в ГК (1869) отсутствовали, но в судебной практике по вопросам, прямо не урегулированным в законе (например, при разрешении трансграничных споров по установлению отцовства), встречались прецеденты обращения к принципу наиболее тесной связи или иным гибким критериям. В начале 1970-х гг. был принят ряд специальных законов, затрагивающих отдельные вопросы МЧП, которые в определенной степени допускали применение гибких коллизионных подходов⁴³. Проект Гольдшмидта также предусматривал несколько единичных правил, которые определяли применимый закон на основе гибких критериев. Например, предлагалось разрешить автономию воли сторон, если между их договором и страной, право которой было избрано, существовала «связь, достойная рассмотрения в рамках сферы действия частного международного права»⁴⁴.

Благодаря усилиям ученых-юристов, в подавляющем большинстве своем солидарным в необходимости гибкого коллизионного регулирования, в новом МЧП Аргентины закреплено довольно много норм, которые не содержат жестких привязок и предполагают свободу судебного усмотрения для выбора права, наиболее подходящего для конкретных случаев. Необходимо отметить также, что отказ от жестких привязок и преобразование аргентинской системы МЧП в гибкую систему посредством общего применения оговорки об исключении во многом обусловлено влиянием Закона о МЧП Швейцарии (1987) (одного из главных источников Титула IV)⁴⁵.

Как пишет самый крупный американский коллизионист С. Симеонидес, в МЧП кодификатор, который благосклонно относится к гибкости, может использовать целый ряд инструментов: (а) альтернативные коллизионные привязки; (б) избавительные средства (*escape clauses*), которые разрешают

⁴³ Напр., ст. 33 Закона об усыновлении № 19134 (1971) (*The Adoption Act*), ст. 604 Закона о судоходстве № 20094 (1973) (*The Navigation Act*).

⁴⁴ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

⁴⁵ См.: *Arroyo Diego F. Main Characteristics...* P. 149.

судам отклоняться от установленных правил выбора применимого права при определенных обстоятельствах; (в) «мягкие», «каучуковые» формулировки (например, «наиболее тесная связь»), т.е. перечень факторов, которые зависят не от местонахождения одного контакта, а от множества обстоятельств, которые будут оцениваться в свете каждого случая; (г) использование коллизионных подходов, которые непосредственно не обозначают применимое право, а устанавливают критерии, которые суд должен учитывать при выборе компетентного закона⁴⁶. Аргентинский законодатель закрепляет большую часть этих инструментов.

Прежде всего, ст. 2597 содержит «избавительное средство» — общую «Оговорку об исключении». В исключительных случаях право, на которое указывает коллизионная норма, может не применяться, если из совокупности фактических обстоятельств дела вытекает, что связь спорного обстоятельства с таким правом незначительна, при этом явно наличествуют более тесные связи с правом другого государства, применение которого представляется более предсказуемым, и согласно нормам которого спорные обстоятельства могут быть полноценно квалифицированы. Правило ст. 2597 декларирует принцип наиболее тесной связи как общее потенциальное субсидиарное начало, способное аннулировать действие определенных правил выбора права в целях более предсказуемого и корректного разрешения спора. Однако оговорка об исключении не применяется, если стороны прямо выбрали применимое право.

Применительно к договорным отношениям предусматривается специальное «избавительное средство» (ст. 2653). Формулировки общей и специальной «оговорок об исключении» практически идентичны, однако для договоров установлено более пространное правило возможного приоритета принципа наиболее тесной связи. Применение этого принципа может иметь место только по просьбе одной из сторон, кроме того, во внимание принимаются все объективные и субъективные последствия договора. Суд вправе (но не обязан) установить применимость права государства, с которым у договора имеются наиболее тесные связи. Специальное избавительное средство не применяется, если стороны определенным образом выбрали право, подчинившее себе дело.

Главной сферой, в которой законодатель устанавливает гибкие коллизионные привязки или закрепляет «технику группировки контактов», является договорное право. Для определения применимого права в ситуации отсутствия или дефекта автономии воли сторон предлагаются правила, которые обозначают компетентный закон посредством факторов, соответствующих гибким методам локализации и предусматривающих большую свободу судей-

⁴⁶ См.: *Symeonides S. Codification and Flexibility in Private International Law / General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law. 2011. [Электронный ресурс]: // URL: <http://ssrn.com/abstract=1945924> (дата обращения: 18.01.2018)*

ского усмотрения (ст. 2652)⁴⁷. Если стороны не выбрали применимое право или их выбор имеет дефект, то договор подчиняется законам и обычаям страны места исполнения, которое может быть определено самими сторонами или вытекать из природы отношений. В отсутствие такого определения под местом исполнения понимается место настоящего domicilia стороны, представляющей характерное исполнение по договору. Концепция «характерного исполнения (предоставления)» воспринята аргентинским законодателем под влиянием европейского МЧП — Закона Швейцарии и регламентов ЕС. В случае невозможности применения концепции характерного предоставления договор подчиняется законам и обычаям страны места заключения.

«Мягкая», «каучуковая» формулировка закреплена в ст. 2649 «Требования к форме и другим правовым формальностям». Для определения формального статута сконструирована альтернативная коллизионная норма — могут применяться законы и обычаи места составления акта, его исполнения или предоставления. Конкретный компетентный правопорядок устанавливается по усмотрению суда «путем установления юридической связи».

Вообще в Титуле IV каучуковые формулировки встречаются редко, значительно реже, чем в современных кодификациях МЧП в европейских и других латиноамериканских странах. Прямым образом привязка к закону «наиболее тесной связи» зафиксирована всего в нескольких статьях. В основном аргентинский законодатель в целях достижения гибкости использует простые и сложные альтернативные коллизионные нормы, предполагающие выбор применимого права судом в зависимости от конкретных обстоятельств дела. Такой подход используется прежде всего в сфере личных неимущественных прав, наследственных и брачно-семейных отношений⁴⁸.

Автономия воли сторон

Право сторон самим выбирать применимое к их отношениям законодательство представляет собой самую гибкую коллизионную привязку и наиболее значимую новеллу Титула IV ГКК. Ранее МЧП Аргентины подобной нормы не содержало. В ст. 1197 ГК (1869)⁴⁹ возможность сторон выбирать применимое право предусматривалась только косвенно — как общий принцип договорного права, т.е. модель поведения, установленная в контракте, является правилом для сторон, которому они должны подчиняться как самому закону. Генеральной коллизионной привязкой контрактных обязательств было право место исполнения договора, при этом стороны были

⁴⁷ [Электронный ресурс]: // URL: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 10.01.2018)

⁴⁸ Напр., ст. 2620, 2630, 2633 ГКК.

⁴⁹ Нумерация статей ГК (1869) дана по ред. 1987 г. (в первоначальной ред. это ст. 1231).

вправе сами определить место исполнения (ст. 1209, 1210, 1212, 1213); кроме того, в соответствии со ст. 1⁰ Гражданского и Коммерческого процессуального кодекса (1967) в международных контрактах допускалась пророгация в пользу иностранных судов. В связи с этим в аргентинской доктрине утверждалось, что стороны международных контрактов уполномочены законодателем, хотя и косвенно, выбирать закон, применимый к их отношениям. Выбор места исполнения предполагал и выбор компетентного законодательства (т.е. ограниченную автономию воли), выбор иностранного суда — выбор и применение иностранных коллизионных норм (т.е. широкую автономию воли)⁵⁰. Автономию воли в международных контрактах признавала и судебная практика⁵¹.

Новое МЧП Аргентины прямо закрепляет автономию воли сторон, вступающих в международные договорные отношения (ст. 2651). Законодатель регламентирует право сторон выбирать применимое к их контракту право чрезвычайно детально и подробно. Определен *статут автономии воли*, который включает: действительность содержания договора; природу договора и его последствия; права и обязанности сторон. Возможен не только явно выраженный, но и подразумеваемый выбор права, который должен определенно вытекать из условий договора или обстоятельств дела. Стороны вправе сделать частичный или множественный выбор — избранный закон может распространяться как на весь договор, так и на его часть. В любой момент стороны могут изменить уже сделанный выбор права без ущерба для действительности изначально заключенного договора или прав третьих лиц. При этом в потребительских договорах автономия воли прямо запрещена.

Аргентинский ученый К. Гименес Корте, анализирующий предписания ст. 2651, с точки зрения объема автономии воли выделяет конфликтную и материальную автономию⁵². *Конфликтная (коллизионная) автономия воли* имеет в виду пространственные пределы выбора сторон, т.е. насколько стороны свободны выбрать какой-либо из существующих в мире правопорядков. Конфликтную автономию можно назвать территориальной (пространственной); самым типичным ее ограничением ранее выступало требование связи договора с избранным правопорядком. В современном законодательстве, по общему правилу, коллизионная автономия воли не ограничивается.

⁵⁰ См.: *Boggiano A. Derecho Internacional Privado. T. II. Buenos Aires, 1991. P. 255.*

⁵¹ См., напр.: *García M. y otro v. Embajada de la República Islámica del Pakistán s/ Locación de cosas, Causa 22500/96. C. Nac. Civ. y Com. Fed., sala 2ª, 3/9/1998 // Lexis 7/4323.*

⁵² См.: *Gimenez C. Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial argentino // Thomson Reuters Información Legal. May 2016. P. 2 [Электронный ресурс]: // URL: <https://www.researchgate.net/publication/305636901> (дата обращения: 15.05.2018)*

Кроме того, конфликтная автономия исключает применение коллизионных норм права страны суда.

Новое МЧП Аргентины также не устанавливает ограничений конфликтной автономии воли — стороны вправе избрать применимым любой порядок, с их отношениями никак не связанный. Они полностью свободны выбрать закон государства, который считают наиболее подходящим. Более того, в ст. 2651(g) специально устанавливается, что выбор конкретного государственного суда не означает выбора национального права такой страны. Таким образом, законодатель отвергает старую презумпцию «кто выбрал суд, тот выбрал право», и прямо закрепляет обязанность суда применять порядок, указанный сторонами, независимо от его связи с рассматриваемым спором.

Конфликтная автономия воли в международных контрактах шире, чем свобода воли во внутренних договорах. Посредством конфликтной автономии стороны могут выбирать то право, которое им лучше всего подходит, избегая тем самым применения принудительных (к том числе коллизионных) норм внутреннего законодательства⁵³. Однако конфликтная автономия (как и автономия воли вообще) не является абсолютной. Применение избранного сторонами иностранного порядка ограничено требованием соблюдения публичного порядка и норм аргентинского права, имеющих императивный международный характер. Такие нормы применимы к правоотношению вне зависимости от того, каким правом регулируется договор. Кроме того, применение избранного права не может противоречить императивным нормам международного права тех государств, с которыми наличествуют экономические связи, проистекающие из дела. Данные нормы применимы к договору в первую очередь (ст. 2651(e)).

Материальная автономия воли означает, что частные лица могут сами создать модель поведения для регулирования их отношений, законодателем не предусмотренную. По существу, материальная автономия является причиной конфликтной автономии⁵⁴, поскольку стороны отказываются следовать предписаниям коллизионных норм и сами выбирают применимое право именно в целях отыскать оптимальную для себя модель материального регулирования. При этом стороны могут не только самостоятельно определить компетентный закон, но и исключить отдельные его нормы из применения к их отношениям путем включения в договор материальных положений, которые прямо и непосредственно регулируют содержание контракта.

Аргентинский законодатель прямо предписывает широкую материальную автономию — стороны вправе по взаимному согласию определить материальное содержание своих договоров, вплоть до установления договорных

⁵³ Ibid. P. 3.

⁵⁴ Ibid. P. 11.

положений, которые выражают отказ от принудительных норм выбранного правопорядка. Это касается и коллизионных норм избранного иностранного права — автономия воли сторон исключает их применение. Материальное содержание договора могут определять также торговые обыкновения, практика, обычаи и принципы международного торгового права, но только в том случае, если стороны включили их в свой контракт.

Таким образом, материальная автономия в соответствии со ст. 2651 ограничена только принципами публичного порядка и нормами аргентинского права, имеющими императивный международный характер. Кроме того, не имеют никакой силы договоры, заключенные в Аргентине, если их содержание нарушает императивные нормы международного права иностранного государства, обязательные к применению в данном конкретном деле. Критерии определения круга таких государств и перечня таких норм законодательно не установлены; их установление отдано на откуп судебной практике. Нужно подчеркнуть, что в Аргентине прецедентное право как источник права практически не подвергается сомнению. Суды постоянно основывают решения на прецедентах других судов, и судебная практика играет заметную роль в преобразовании гражданского права. Ни один юрист, профессор, судья или студент-юрист не может не учитывать решений Верховного суда⁵⁵.

Косвенным образом автономия воли допускается в обязательствах из деликтов (ст. 2657). В отношении обязательств, возникших на основании гражданской ответственности, генеральной коллизионной привязкой является право страны совершения деликта, но только за исключением случаев, где имеет место волеизъявление об обратном. Таким образом, законодатель презюмирует, что стороны деликтного обязательства могут исключить своим соглашением применение *lex loci delicti commissi* и установить компетенцию другого правопорядка. Однако такой выбор права прямо запрещен, если гражданская ответственность вытекает из отношений, выбор права по которым не предусмотрен законом.

Некоторые аргентинские авторы придерживаются мнения, что право сторон на выбор применимого законодательства следует расширить и детализировать. В частности, Диего Арройо пишет, что «ограничение автономии сторон исключительно родовыми случаями» представляет собой один из негативных аспектов современного аргентинского регулирования⁵⁶. Следовало бы закрепить специальные правила выбора права сторонами для отдельных институтов Особенной части МЧП, например, наследственных и брачных договоров.

⁵⁵ Medina G. Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code / J.C. Rivera (ed.). The Scope and Structure of Civil Codes, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer, 2013. P. 56.

⁵⁶ Arroyo Diego F. What's New ... P. 102.

Заключение

В целом новое МЧП Аргентины производит положительное впечатление. В сравнении с ранее действовавшим регулированием изменения имеют «революционный» характер — восприняты гибкие коллизионные подходы, прямо установлена широкая возможность автономии воли сторон, закреплён целый перечень контент-ориентированных норм, введены понятия императивных норм международного права и норм непосредственного применения⁵⁷. С другой стороны, в регламентации общих вопросов МЧП можно отметить ряд недостатков, в частности: 1) институт *renvoi* сформулирован очень широко и неопределенно; 2) отсутствует специальная норма о предшествующих, предварительных и побочных коллизионных вопросах⁵⁸; 3) институт квалификации правовых понятий законодательно не урегулирован. Эти недочеты являются издержками внутриотраслевого способа кодификации МЧП, и их можно было избежать, если бы Аргентина пошла по пути комплексной автономной кодификации МЧП/МГП. Как правило, в актах комплексной автономной кодификации Общая часть МЧП отличается большей проработанностью с точки зрения юридической квалификации.

Одновременно нельзя не согласиться с высказанной в литературе оценкой, что положения Титула IV ГКК — существенный прогресс и явное достижение правовой системы Аргентины. Национальное МЧП приведено в соответствие с «международными измерением» (включая международное регулирование прав человека) и отражает качественные решения, которые уже были предложены прецедентным правом⁵⁹. Нельзя не учитывать также, что источниками Титула IV были наиболее востребованные и современные акты кодификации и унификации МЧП/МГП⁶⁰. Эффективность принятого законодательства покажет судебная практика.



Библиография

Мережко А.А. Психологическая теория международного частного права // Российский юридический журнал. 2012. № 6 // СПС КонсультантПлюс.

Раапе Л. Международное частное право / пер. с нем. М.: Инostr. лит.. 1960. 607 с.

⁵⁷ Данные вопросы остались за рамками настоящего исследования.

⁵⁸ Специальная норма о регулировании предшествующих, предварительных и побочных коллизионных вопросов традиционно включается в законодательство большинства латиноамериканских стран, например, ст. 14.4 ГК Мексики (1928 в ред. 1987), ст. 9 Кодекса МЧП Панамы (2014).

⁵⁹ Arroyo Diego F. Main Characteristics... P. 132, 150.

⁶⁰ Прежде всего, Закон о МЧП Швейцарии и регламенты ЕС 2007–2012 гг., унифицирующие вопросы юрисдикции и применимого права в международных частных отношениях.

- Рафалюк Е.Е. Унификация международного частного права в странах Латинской Америки: история и современность // Журнал российского права. 2010. № 5. С. 88–98.
- Arroyo Diego F., All Paula M. Proof of and Information about Foreign Law // Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law. 2014. Part I. P. 103–132.
- Arroyo Diego F. What's New in Latin American Private International Law? // Yearbook of Private International Law. 2005. Vol. 7. P. 85–117.
- Arroyo Diego F. Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic // *RabelsZ* 80 (2016). P. 130–150.
- Giménez C. Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial Argentine // Thomson Reuters Información Legal. 2016. <https://www.researchgate.net/publication/305636901> (дата обращения: 15.05.2018)
- Goldschmidt W. Die philosophischen Grundlagen des IPR / Beiträge zum Zivilrecht und Internationalen Privatrecht. Herausgegeben von E. von Caemmerer, W. Hallstein, F. Mann und L. Raiser. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1952. S. 203–223.
- Medina G. Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code / J.C. Rivera (ed.). The Scope and Structure of Civil Codes, *Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer, 2013. P. 43–66.
- Najurieta M., Noodt Taquela M. Private International Law: Recent Private International Law Codifications / Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Comparado, 2010. <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)
- Parise A. Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina (1871). <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (дата обращения: 15.05.2018)
- Shaheez L. Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study // *Maastricht Journal*, 2013, vol. 20, issue 1, pp. 75–112.
- Symeonides S. The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future. Leyden: Martinus Nijhoff, 2006. 479 p.
- Symeonides S. Codification and Flexibility in Private International Law / General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law. 2011. <http://ssrn.com/abstract=1945924> (дата обращения: 18.01.2018)
- Symeonides S. Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect. 2013. <http://ssrn.com/abstract=2356657> (дата обращения: 10.01.2018)
-

Novelties of Conflict Regulation in Private International Law of Argentina



Natalia Erpyleva

Professor, Head, Department of Public and Private International Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Doctor of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitckaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: natasha.erpyleva@rambler.ru



Irina Getman-Pavlova

Associate Professor, Department of Public and Private International Law, Faculty of Law, National Research University Higher School of Economics, Candidate of Juridical Sciences. Address: 20 Myasnitskaya Str., Moscow 101000, Russian Federation. E-mail: getmanpav@mail.ru



Abstract

Argentina is one of the most developed countries in the Latin American region, which certainly stimulates the legislator to pay great attention to improving the national regulation of cross-border relations. The Private International Law of Argentina was first codified in the Civil Code (1869), but always developed mainly through the “international dimension”, and the “national dimension” always had a “residual” character and did not adequately reflect modern trends in the regulation of private international relations. In 2015, the new Civil and Commercial Code entered into force in Argentina, Title IV “Provisions of Private International Law” of which contains a rather large-scale and detailed regulation of the issues of Private International Law and International Civil Procedure. The Argentine legislator has chosen the path of intra-branch complex codification of PIL / ICP — in the act of general codification of civil law the rules for selecting the applicable law and jurisdictional norms are included as a separate special section. Compared with the previous regulation, the new PIL of Argentina underwent significant modernization, primarily under the influence of the European approaches — the Swiss PIL Law and the EU regulations on jurisdiction, applicable law and enforcement of foreign judgments. The article analyzes the most significant novelties affecting the institutions of the General Part of PIL: the establishment of the content of foreign law, the qualification of legal notions, the *renvoi*, flexible connecting factors, the autonomy of will of the parties, the technique of *dépeçage* and the adaptation of conflict rules. It is concluded that, in general, the new PIL of Argentina produces a positive impression. On the other hand, there are a number of serious shortcomings in the regulation of general issues of the PIL, in particular: 1) the *renvoi* institution is formulated very broadly and indefinitely; 2) there is no special rule on prior, preliminary and collateral conflict issues; 3) the institution of qualification of legal notions is not legally regulated. It appears that these shortcomings are the costs of the intra-branch method of codifying PIL, and they could have been avoided if Argentina had followed the path of complex autonomous codification of PIL / ICP.



Keywords

private international law, Argentina, Civil and Commercial Code, intra-branch complex codification, general part of private international law, autonomy of will, *renvoi*, content of foreign law, flexible conflict regulation.

Citation: Erpyleva N.Yu., Getman-Pavlova I.V. (2018) Novelties of Conflict Regulation in Private International Law of Argentina. *Pravo. Zhurnal Vysshey shkoly ekonomiki*, no 2, pp. 193–215 (in Russian)

DOI: 10.17323/2072-8166.2018.2.193.215



References

Arroyo Diego F., All Paula M. (2014) Proof of and Information about Foreign Law / *Reports of the Argentine Association of Comparative Law to the XIX Congress of the International Academy of Comparative Law*. Part I, pp. 103–132.

- Arroyo Diego P. Fernández (2005) What's New in Latin American Private International Law? *Yearbook of Private International Law*, vol. 7, pp. 85–117.
- Arroyo Diego P. Fernández (2016) Main Characteristics of the New Private International Law of the Argentinian Republic. *RabelsZ* 80, pp. 130–150.
- Giménez C. (2016) Autonomía de la voluntad, prácticas, usos y costumbres, y el régimen de los contratos internacionales. De los antiguos Código de Comercio y Código Civil al nuevo Código Civil y Comercial argentino. *Thomson Reuters Información Legal*. Available at: <https://www.researchgate.net/publication/305636901> (accessed: 15.05.2018)
- Goldschmidt W. (1952) Die philosophischen Grundlagen des IPR. *Beiträge zum Zivilrecht und Internationalen Privatrecht*. Herausgegeben von E. von Caemmerer, W. Hallstein, F.A. Mann und L. Raiser. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck). S. 203–223.
- Medina G. (2013) Argentina on the Eve of a New Civil and Commercial Code / J.C. Rivera (ed.). *The Scope and Structure of Civil Codes, Ius Gentium: Comparative Perspectives on Law and Justice*. Dordrecht: Springer Science+Business Media, pp. 43–66.
- Merezhko A.A. (2012) Psikhologicheskaya teoriya mezhdunarodnogo chastnogo prava [Psychological Theory of Private International Law]. *Rossiysky juridichesky zhurnal*, no 6. SPS ConsultantPlus.
- Najurieta M., Noodt T. (2010) Private International Law: Recent Private International Law Codifications / *Informes de la Asociación Argentina de Derecho Comparado al XVIII Congreso de la Academia Internacional de Derecho Comparado*. Buenos Aires: Asociación Argentina de Derecho Comparado. Available at: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (accessed: 15.05.2018)
- Parise A. (1971) *Legal Transplants and Codification: Exploring the North American Sources of the Civil Code of Argentina*. Available at: <http://www.derechocomparado.org.ar/documentos> (accessed: 15.05.2018)
- Raape L. (1960) *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo* [Private International Law]. Moscow.: Inostrannaya literatura publishers, 607 p.
- Rafalyuk E.E. (2010) Unificatsiya mezhdunarodnogo chastnogo prava v stranakh Latinskoy Ameriki: istoriya i sovremennost' [Unification of Private International Law in Latin America: History and Modernity]. *Zhurnal rossiyskogo prava*, no 5, pp. 88–98.
- Shaheez L. (2013) Establishing the Content of Foreign Law: A Comparative Study. *Maas-tricht Journal*, no 1, pp. 75–112.
- Symeonides S. (2011) Codification and Flexibility in Private International Law / K.B. Brown and D.V. Snyder (eds.). *General Reports of the XVIII Congress of the International Academy of Comparative Law*. Dordrecht: Springer Science+Business Media. Available at: <http://ssrn.com/abstract=1945924> (accessed: 18.01.2018)
- Symeonides S. (2015) *Issue-by-Issue Analysis and Dépeçage in Choice of Law: Cause and Effect*. Available at: <http://ssrn.com/abstract=2356657> (accessed: 10.01.2018)
- Symeonides S. (2006) *The American Choice-of-Law Revolution: Past, Present and Future*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 479 p.

Развитие правовой системы Кыргызской Республики на современном этапе



З.Ч. Чикеева

доцент, заведующая кафедрой теории и истории государства и права юридического факультета Кыргызско-Российского Славянского университета, кандидат юридических наук. Адрес: 720000, Кыргызская Республика, Бишкек, ул. Киевская, 44. E-mail: tigp-thsl@krsu.edu.kg



А.Ш. Маралбаева

доцент кафедры теории и истории государства и права юридического факультета Кыргызско-Российского Славянского университета, кандидат юридических наук. Адрес: 720000, Кыргызская Республика, Бишкек, ул. Киевская, 44. E-mail: aliya.m@inbox.ru



Аннотация

В статье рассмотрены основные направления реформирования правовой системы Кыргызской Республики на современном этапе в контексте дуализма права. Изучены основные отрасли частного и публичного права, в большей степени подвергающиеся реформированию. Применена методология концептуального анализа реформирования правовой системы Кыргызской Республики. К базовым направлениям реформирования публичного права отнесена реформа уголовного и административного законодательства. Проанализированы новеллы уголовного, уголовно-процессуального, гражданского, гражданско-процессуального и административно-процессуального законодательства. Основными направлениями реформирования уголовного законодательства являются гуманизация правосудия, отход от репрессивных мер уголовно-правового воздействия, разгрузка пенитенциарной системы, а также разработка и внедрение новых механизмов воздействия на осужденных в целях их ресоциализации. Теоретико-правовой анализ внедрения трехзвенной системы “преступление, уголовный проступок, наказание” позволил проанализировать векторы развития уголовного законодательства. В 2017 году были приняты новая редакция Уголовного кодекса Кыргызской Республики, Кодекс Кыргызской Республики о проступках и Кодекс Кыргызской Республики о нарушениях, вступающие в действие с 1 января 2019 года. Новеллой уголовного законодательства является внедрение институтов уголовного проступка и пробационного надзора. Проанализирован международный опыт применения уголовного проступка в странах англосаксонской и романо-германской правовых систем. В целях гуманизации уголовного законодательства впервые был принят Кодекс Кыргызской Республики о проступках, содержащий 122 уголовных проступка, среди них — преступления небольшой тяжести разной степени общественной опасности и некоторые административные правонарушения. В рамках правовой реформы в Кыргызской Республике впервые приняты Административно-процессуальный кодекс и Закон “О медиации”. Развитие медиации как альтернативного способа решения споров является значительным шагом в развитии гражданского общества и формирова-