

шей стране отсутствует судебная практика применения подобных норм, и в настоящее время в российских судах их практически невозможно использовать без дополнительных разъяснений и толкований. Наши суды еще не готовы для непосредственного применения подобных норм.

3.6. | Современные проблемы коллизионного права

Основная современная особенность развития коллизионных привязок заключается в стремлении к отказу от «жестких» коллизионных норм, основанных на одном критерии выбора права. Для выбора права по одному вопросу используется не какая-то одна, а целая система взаимосвязанных коллизионных норм (**«цепочки коллизионных норм»**) — например, ст. 1199 ГК РФ. Главный способ выбора права — это применение гибких правил, позволяющих учитывать все конкретные обстоятельства дела. Правоотношение разбивается на статуты, и каждый статут имеет самостоятельное коллизионное регулирование. Такой способ основан на итальянской теории «статутов» (автор — Манчини).

В одном фактическом правоотношении имеется **целая система различных статутов**: личный, вещно-правовой, обязательственный, формальный, деликтный, валютный, наследственный, брачный и др. Все они обладают своими собственными особенностями и правовой спецификой. При делении правоотношения на статуты к каждому отдельному статуту применяется самостоятельное право — право того государства, с которым данная часть правоотношения наиболее тесно связана. Такой способ правового регулирования предполагает использование в первую очередь критерия наиболее тесной связи и принципа существа отношения. Цель подобного правового регулирования — обеспечение выполнения решений национальных правоприменительных органов за границей.

Далеко не во всех случаях правоотношение с иностранным элементом подчиняется одному правопорядку. Очень часто основной вопрос (существо отношения — права и обязанности сторон) привязан к праву одного государства, а специальные вопросы этого же от-

108 ношения (дееспособность, форма сделки) — к праву другого (других) государств. Это явление в МЧП получило название **«множественность коллизионных привязок»**, которая проявляется в следующих вариантах:

1. Кумуляция (совмещение) коллизионных привязок, т.е. необходимость учитывать постановления нескольких различных правовых систем при регулировании одного правоотношения. Кумулятивные коллизионные привязки — одновременное применение разных правовых систем: например, заключение брака — форма и порядок определяются правом места заключения брака, а внутренние условия вступления в брак (брачная дееспособность, препятствия к вступлению в брак) — личным законом каждого из брачующихся (ст. 156 СК РФ). Кумуляция чаще всего встречается именно в области брачно-семейных отношений.

2. Расщепление коллизионной нормы — правоотношение в целом подчиняется одному правопорядку, а его отдельные вопросы — другому. Например, наследственные отношения в целом подчиняются личному закону наследодателя (закону последнего обычного места жительства наследодателя), а наследование недвижимости предполагает отдельное коллизионное регулирование: в соответствии с законом места нахождения недвижимой части наследственного имущества (ст. 1224 ГК РФ). Расщепление коллизионной нормы может иметь место и при применении привязки «закон места исполнения» — обязательства продавца подчиняются одному правопорядку, а обязательства покупателя — другому.

3. Альтернативные коллизионные нормы — отношение признается действительным, если оно удовлетворяет требованиям либо одного, либо другого правопорядка, прямо указанным в данной норме (ст. 419, 420 КТМ РФ). Множественность коллизионных привязок имеет место и в простых, и в сложных соподчиненных альтернативных коллизионных нормах, содержащих субсидиарные и генеральные привязки (ст. 1211, 1213 ГК).

От множественности коллизионных привязок следует отличать явление их **самостоятельности**. Самостоятельность коллизионного регулирования встречается прежде всего в акцессорных обязательствах. Современная практика и доктрина придерживаются пози-

ции, что коллизионные вопросы договоров залога и поручительства имеют самостоятельное правовое регулирование — подчиняются праву залогодателя или поручителя, в то время как основное обязательство подчиняется иному правопорядку (как правило, избранному сторонами правоотношения).

Самостоятельности коллизионного регулирования противостоит **теория «общей коллизионной привязки»** — фактически связанные между собой сделки с хозяйственной точки зрения составляют единое целое, хотя юридически независимы друг от друга. Такая ситуация характерна в основном при заключении смешанных договоров и рамочных контрактов. Современная тенденция — единое коллизионное регулирование комплексных отношений, применение к ним общей коллизионной привязки (п. 5 ст. 1211 ГК РФ).

К вопросу самостоятельности коллизионных привязок примыкают проблемы предварительного коллизионного вопроса и адаптации коллизионной нормы. Условием применения определенной правовой нормы для регулирования какого-либо фактического состава может служить уже существующее конкретное правоотношение. В подобном случае для решения основного вопроса необходимо решить **«предварительный вопрос»**. Проблема предварительного вопроса может возникать как при материально-правовом, так и при коллизионном регулировании. При коллизионном регулировании предварительный вопрос еще называют первичным (например, при решении вопроса о расторжении брака проблема действительности брака является первичной). Предварительный коллизионный вопрос возникает тогда, когда налицо взаимосвязанные отношения, так что от выбора права по одному из них зависит определение прав и обязанностей по другому. Например, на наследование по закону претендуют наследники от первого и второго браков умершего наследодателя. В данной ситуации решение основного вопроса (вопроса наследственного статута) прямо зависит от решения проблемы брачно-семейного статута (которая на первый взгляд не имеет никакого отношения к рассматриваемому делу). Прежде всего следует поставить предварительный коллизионный вопрос — вопрос о действительности браков (и первого, и второго). Коллизионное регулирование брачно-семейного и наследственного статуты принци-

110 пиально различно; тем не менее именно решение вопроса о действительности браков предопределит разрешение основного спора (спора о наследстве).

В доктрине господствует точка зрения, что предварительный коллизионный вопрос имеет самостоятельное коллизионное регулирование, самостоятельную коллизионную привязку. С материально-правовой точки зрения предварительный вопрос также должен решаться вне зависимости от материального права, применимого для решения основного вопроса. Например, если для узаконения внебрачного ребенка предварительным вопросом является вопрос признания отцовства, то оба статута (узаконения и признания) имеют самостоятельное и материально-правовое, и коллизионное регулирование. Однако самостоятельное коллизионное регулирование основного и предварительного вопросов может привести к возникновению «хромающих» отношений: узаконение внебрачного ребенка на территории Германии гражданами Ирака (основной вопрос) регулируется немецким правом и является законным, а признание отцовства (предварительный вопрос) регулируется иракским правом, которое запрещает признание незаконнорожденных детей. В подобном случае устранение «хромающих» отношений производится путем адаптации (отказа от принципа самостоятельности коллизионных привязок) либо путем создания судом новой материально-правовой нормы.

Проблема адаптации (приспособления) коллизионной нормы возникает в случае кумуляции коллизионных норм, предполагающей подчинение одного отношения двум и более правопорядкам, предусматривающим несовместимое, принципиально различное коллизионное регулирование. Чаще всего эта проблема встречается в сфере семейных отношений при разном гражданстве супругов. Несовместимость правового регулирования здесь связана с тем, что «смешанные» браки предполагают обязательный учет личного закона каждого из супругов (и ребенка) и «дробное» (дифференцированное) регулирование вопросов брачно-семейного статута. Не менее часто подобные сложности имеют место при столкновении статута наследования и статута, регулирующего имущественные отношения супругов. Как правило, проблемы противоречий национального колли-

зионного регулирования устраняются посредством именно материально-правовой адаптации (в соответствии с принципом «наименьшего сопротивления»).

Адаптация коллизионной нормы производится в целях избежать противоречий при применении принципиально различных установлений законодательства нескольких государств. Если суд в силу постановлений своего национального коллизионного права должен применить нормы нескольких несовместимых правопорядков, то в такой ситуации целесообразно «адаптировать» коллизионную норму. Например, внебрачный ребенок немецкой гражданки признан в добровольном порядке его отцом-французом. Генеральной коллизионной привязкой при определении статуса ребенка, рожденного вне брака, является закон гражданства его матери (ст. 20 Вводного закона к ГГУ ФРГ). Субсидиарно применяются закон гражданства отца и закон постоянного места жительства ребенка. Французское право подчиняет данное правоотношение единому статуту — закону гражданства ребенка. Суд может избрать коллизионно-правовое решение и попытаться найти единую, соответствующую требованиям и немецкого, и французского права, коллизионную привязку. Однако в данной ситуации более целесообразно материально-правовое решение. Из положений законодательства различных государств суд в разовом порядке должен создать материальное правило, представляющее собой правоприменимое целое, как если бы такая норма была творением одного законодателя. Такая норма является «разовой» (*ad hoc*) и применяется один раз — только для решения данного конкретного спора.

Подстановка (замещение) — это замена национального элемента фактических обстоятельств дела иностранным элементом. Нормы национального материального права, как правило, регулируют отношения внутри страны. В виде исключения регулируемые ими правоотношения могут иметь иностранный элемент (например, удостоверение иностранным нотариусом договора о приобретении недвижимости, которое по форме должно полностью соответствовать местному праву). Кроме того, внутренние правоотношения могут в силу предписаний национального права подчиняться иностранному закону в качестве предварительного коллизионного вопроса (например, усыновление по

112 иностранному праву в рамках основного вопроса — о порядке наследования местной недвижимости).

В таких случаях возникает вопрос: может ли наличие иностранного элемента повлечь за собой правовые последствия, аналогичные применению внутренней материальной нормы. При положительном ответе на этот вопрос и происходит подстановка. Предварительным условием для ее применения является то, что иностранный правовой институт по своим последствиям и функциям в данной конкретной ситуации равнозначен правовому институту внутреннего права, который подлежит замещению («конкретная эквивалентность»). Здесь все зависит от цели подлежащего замещению элемента фактических обстоятельств дела.

Например, соответствие удостоверения швейцарским нотариусом договора о покупке земельного участка на территории ФРГ предписаниям немецкого права зависит от того, насколько этот швейцарский нотариус ведет себя так, как это положено немецкому нотариусу, выполняющему аналогичные функции. Швейцарский нотариус должен также при подписании документа соблюдать процессуальное право, соответствующее по своим основополагающим принципам немецкому процессуальному праву, регулирующему вопросы нотариального засвидетельствования. Критерием соответствия в приведенном примере выступает обязанность нотариуса проверить документы на их соответствие требованиям закона, дать разъяснения по правовым вопросам, удостоверить личности участников, составить протокол переговоров, зачитать вслух, подтвердить и подписать удостоверяемый документ.

Серьезной проблемой современного международного частного права являются **«хромающие» отношения**, т.е. отношения, порождающие юридические связи в одном государстве и юридически ничтожные в другом. В одном государстве такие отношения обладают правовой защитой, а в другом — лишены защиты со стороны закона. Основная область возникновения «хромающих» отношений — это сфера брачно-семейного и наследственного права, в которых наиболее сильны национальные традиции и которые наиболее сложно унифицировать.

Однако «хромающие» отношения достаточно часто имеют место и в сфере внешнеэкономической деятельности, порождая проблемы «двойной» национальности (или отсутствия национальности) юриди-

ческих лиц, признания действительности сделок с точки зрения формы. «Хромающие» отношения представляют собой серьезный фактор дестабилизации международной жизни и создают чрезвычайно негативные последствия для внешнеторговых связей. Основными способами уменьшения таких отношений являются гармонизация национального коллизионного права и унификация коллизионных норм в договорном порядке (заключение большего количества конвенций о применимом праве).

Взаимость — один из специальных принципов международного частного права. В коллизионном праве существует особое понятие коллизионной взаимности, которая существенно отличается от материальной и формальной. Коллизионная взаимность представляет собой взаимное применение права, т.е. суд одного государства применяет право другого государства только при условии, что иностранный суд ведет себя точно так же. По общему правилу при рассмотрении частноправовых споров с иностранным элементом коллизионная взаимность не должна учитываться. Иностранное право подлежит применению в национальных судах независимо от того, применяется ли право данного государства за границей, поскольку такое применение предписано постановлениями национального коллизионного права, а не коллизионной взаимностью. Исключение из этого правила — взаимное применение права непосредственно обусловлено в законе или в международном договоре. В законодательстве большинства государств закреплена презумпция существования коллизионной взаимности (ее наличие предполагается, а отсутствие необходимо доказать). Именно такое положение установлено в ст. 1189 ГК РФ.

3.7. | **Квалификация коллизионной нормы, ее толкование и применение**

Применение любой правовой нормы невозможно без ее толкования: установления ее смысла и связи с теми фактическими обстоятельствами, в которых норма должна быть применена. Юридическая квалификация фактов в соответствии с правовой нормой и сферой ее применения является одним из аспектов толкования права. Конкретные приемы и правила толкования могут быть разными,

114 но в любом случае они должны соответствовать правовой системе того государства, правовая норма которого толкуется и применяется. Результаты толкования не должны противоречить основным целям и принципам права и его нормативным предписаниям.

Точно так же толкование коллизионной нормы сопутствует ее применению. Коллизионная норма, как и любая другая норма права, состоит из различных юридических терминов и понятийных конструкций. *Юридические понятия* — это основа и объемов, и привязок коллизионных норм. Для применения коллизионной нормы необходимо раскрыть содержание имеющихся в ней юридических понятий и соотнести их с фактическими обстоятельствами дела. Однако толкование или юридическая квалификация коллизионной нормы существенно отличается от толкования других норм права. Основное отличие — фактические обстоятельства, при которых должна применяться коллизионная норма, находятся в правовом поле разных государств. Специфика коллизионной нормы заключается в том, что она связывает национальное право с иностранным, поэтому проблема квалификации сводится к тому, с точки зрения права какого государства необходимо толковать юридические категории, содержащиеся в самой коллизионной норме.

В международном частном праве существует теория *конфликта квалификаций*, основанная на проблеме квалификации коллизионных норм. Конфликт квалификаций коллизионных норм связан с тем, что в праве разных государств текстуально одинаковые правовые понятия (дееспособность, форма сделки, личный закон, место заключения сделки) имеют принципиально различное содержание. Конфликт квалификаций представляет собой одну из наиболее сложных, глубинных коллизий, так как при применении одинаковых терминологически юридических понятий решение по одному и тому же делу в судах разных стран может быть прямо противоположным. Конфликт квалификаций следует отличать от конфликта юрисдикций — проблемы выбора компетентного суда (одна из наиболее сложных проблем международного гражданского процесса).

Проблема квалификации коллизионных правовых понятий существует только на стадии выбора права, при решении коллизионного вопроса и применении отечественных коллизионных норм

(первичная квалификация). Все сложности связаны именно с тем, что применимое право еще не избрано. После выбора компетентного правопорядка такой проблемы уже нет. Толкование избранного иностранного права (вторичная квалификация) осуществляется только в соответствии с постановлениями этого права.

В доктрине МЧП выработаны следующие теории разрешения конфликта квалификаций:

1. Квалификация по закону суда (т.е. по национальному праву того государства, чей правоприменительный орган рассматривает дело). Это наиболее распространенный способ разрешения конфликта квалификаций. Коллизионная норма как норма национального права использует национальные юридические категории, свойственные именно данной правовой системе. Вся правовая терминологическая конструкция коллизионной нормы имеет то же содержание, что и норма материального частного права данного государства. Законодатель, создавая коллизионную норму, использует свои национальные, а не иностранные правовые понятия. Поскольку коллизионный вопрос решается на основе коллизионного права страны суда, то и квалификация коллизионных понятий должна производиться именно по закону суда.

2. Основной недостаток квалификации по закону суда — это полное игнорирование того факта, что правоотношение связано с территорией других государств и что коллизионный вопрос может быть решен в пользу выбора иностранного права. Однако квалификация по закону суда имеет в виду первичную квалификацию — квалификацию только коллизионных понятий. Она производится на стадии выбора права, т.е. тогда, когда еще неизвестно, в пользу какого права будет решен коллизионный вопрос. Первичная квалификация, квалификация отечественной коллизионной нормы может производиться только по закону суда (п. 1 ст. 1187 ГК РФ). Законодательство большинства государств (Алжир, Бразилия, Венгрия и др.) основано на общей точке зрения: квалификация по закону суда применяется в обязательном порядке и имеет определяющее значение.

3. Квалификация по праву того государства, с которым отношение наиболее тесно связано (по праву существования отношения). Этот

116 способ квалификации позволяет избежать основных недостатков квалификации по закону суда — иностранные правовые понятия квалифицируются в «родных» для них правовых категориях. Квалификация коллизионной нормы в соответствии с иностранным правом направлена на то, чтобы не допустить извращения его правовых понятий, которые могут возникнуть при квалификации по закону суда. Однако квалификация по иностранному праву — это, как правило, вторичная квалификация, которая имеет место уже после выбора права, когда коллизионный вопрос решен в пользу применения иностранного права. Поэтому по существу здесь речь идет уже не о квалификации коллизионных понятий, а о квалификации юридических категорий материального частного права. Несомненно, что при решении коллизионного вопроса в пользу иностранного права все материальные правовые понятия должны определяться именно в его национальных категориях.

4. Наиболее сложной проблемой является необходимость применения иностранных коллизионных правовых понятий на стадии выбора права, еще до решения коллизионного вопроса. Возможность первичной квалификации по иностранному праву — если все фактические обстоятельства связаны с правом одного государства, а дело по какой-либо причине рассматривается в суде другого государства. Кроме того, юридические понятия, требующие квалификации и связанные с фактическими обстоятельствами правоотношения, могут быть в принципе неизвестны местному праву (например, понятие «вдовья доля» в российском праве) или известны в ином терминологическом обозначении и с иным содержанием (п. 2 ст. 1187 ГК РФ).

5. Теория «автономной» квалификации основана на том, что коллизионная норма, национальная по своей природе, связывает отечественное право с иностранным, и это обстоятельство нельзя игнорировать. Для выполнения роли связующего звена между порядками разных государств коллизионная норма должна использовать общие для всех правовых систем понятия, которые устанавливаются при помощи сравнительного правоведения и обобщения однородных цивилистических понятий. И в зарубежной, и в отечественной доктрине МЧП высказывается точка зрения, что объем

коллизионной нормы должен использовать общие для всех правовых систем правовые понятия (теория автономной квалификации), а квалификация юридических категорий коллизионной привязки должна производиться в соответствии с законом суда.

6. Идея создания коллизионных норм, состоящих из юридических понятий, общих для большинства правовых систем, имеет позитивный характер. Именно такие коллизионные нормы смогли бы выполнять свою функцию выбора компетентного права наилучшим образом. Проблема: где найти такие общие обобщенные понятия? Их выработка — задача сравнительного правоведения. В процессе сравнительного анализа юридических понятий можно выделить то общее, что присуще этим понятиям независимо от их национальной принадлежности. Однако сразу же возникает еще более сложная проблема — кто именно должен производить сравнительный анализ права разных государств и устанавливать общие для всех правовые понятия? Сравнительный анализ — это задача доктрины, выводы которой не имеют для суда юридически обязательного характера. Только суд решает коллизионный вопрос и определяет применимое право.

Юридически именно судья в процессе правоприменительной деятельности вправе произвести сравнительный анализ права тех государств, с которыми связано данное отношение, выделить общие для всех юридические категории и на их основе применить отечественную коллизионную норму. Но возможно ли в принципе обязать судью заниматься сравнительным правоведением в каждом случае рассмотрения дел с иностранным элементом? Кроме того, сравнительный анализ, произведенный конкретным судьей, — это его частное, субъективное мнение, которое может быть полностью противоположным мнению другого судьи по аналогичному делу. В свете всего сказанного можно сделать однозначный вывод — в настоящее время трудно говорить о возможности практической реализации автономной квалификации.

На сегодняшний день автономная квалификация как способ толкования коллизионных норм не может быть основой деятельности национальных правоприменительных органов. Однако с точки зрения будущего права этой теории следует уделить особое внимание, так как общие понятия, которые должны лежать в основе кол-

118 лизионных норм, безусловно, существуют, и их необходимо устанавливать. Основной способ определения и создания подобных понятий — унификация и гармонизация коллизионного и материального права, формирование и развитие регионального и универсального МЧП. Юридически автономная квалификация возможна не столько в национальном, а непосредственно в международно-правовом пространстве.

С конфликтом квалификации тесно связаны проблемы определения, толкования и применения правовых норм. Если коллизионный вопрос решен в пользу применения иностранного закона, то действует общепризнанное правило — иностранное право необходимо толковать и применять так, как оно толкуется и применяется в его «родном» государстве «родным» судьей. Практическая реализация этого правила представляет собой, пожалуй, наибольшую сложность в МЧП — насколько суд одного государства, знающий и применяющий *ex officio* (по должности) только свое собственное национальное право, способен истолковать и применить иностранное право так, как применял бы его суд соответствующего иностранного государства. Способен ли в принципе суд одного государства проникнуться правосознанием суда другой страны, встать на точку зрения иностранного суда?

Названная проблема усугубляется тем, что понимание иностранного права в континентальной и англо-американской системах права принципиально различное. Континентальное право (в том числе и российское) основано на однозначной точке зрения, — иностранное право понимается именно как право, как система юридически обязательных предписаний государственно-властного характера, и должно приниматься как нечто данное, не подлежащее доказыванию наряду с иными фактическими обстоятельствами дела. В англо-американском праве господствует противоположная позиция — иностранное право не считается правом, системой юридически обязательных норм, а рассматривается только как факт, подлежащий доказыванию наряду с другими фактическими обстоятельствами.

В связи с этим возникает серьезная проблема — насколько, например, французский или германский судья способен встать на точ-

ку зрения английского или американского судьи? Необходимо также учитывать и различную правовую ментальность в странах Западной Европы, государствах бывшего СССР, в странах Азии, Африки и Латинской Америки. В законодательстве всех государств установлено право национальных компетентных органов отказать в признании и исполнении иностранного судебного и арбитражного решения по причине неправильного применения иностранного права. Поскольку очень трудно представить, что судья одного государства сможет действительно проникнуться правосознанием иностранного судьи и принять его точку зрения, то практически всегда есть возможность отказать в признании и исполнении иностранных судебных решений по причине неправильного применения собственного права. Основная задача судьи, рассматривающего частнопредметный спор с иностранным элементом, — принять такое решение, которое было бы признано и исполнено на территории другого государства.

Проблемы определения, толкования и применения иностранных правовых норм в российском законодательстве разрешаются в соответствии со ст. 1191 ГК РФ, ст. 166 СК РФ, ст. 14 АПК РФ. Положения об установлении содержания норм иностранного права являются одними из наиболее удачных в российском МЧП. Содержание норм иностранного права устанавливается российским судом *ex officio* в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной соответствующего иностранного государства. Такая позиция учитывает специфику источников иностранного МЧП: косвенно признается, что в других государствах источниками МЧП являются не только законодательство, но и судебная практика и доктрина. Российское право закрепляет и механизм установления содержания иностранного права — обращение в Министерство юстиции РФ, иные компетентные органы в РФ и за границей, привлечение экспертов. Российский суд вправе пользоваться и помощью участвующих в деле лиц, которые могут оказать суду содействие в установлении содержания иностранного права. Необходимо подчеркнуть, что содействие сторон — это их право, а не обязанность. Бремя доказывания содержания иностранного права может быть возложено на стороны только по спорам, связанным с

120 предпринимательской деятельностью. Если несмотря на все принятые меры, содержание норм иностранного права установить не удалось, суд применяет российское право (п. 3 ст. 1191 ГК РФ, п. 2 ст. 166 СК РФ).

3.8. | Пределы применения и действия коллизионных норм

Один из основных принципов международного частного права — применение норм иностранного права не должно нарушать основ местного правопорядка. Национальное право, допуская применение права других государств на своей территории, устанавливает порядок и пределы его применения. В этих целях в МЧП выработан особый институт — **оговорка о публичном порядке**, содержащаяся в праве всех государств и представляющая собой общепризнанное понятие. В самом общем виде оговорку о публичном порядке можно определить следующим образом: избранное на основе отечественной коллизионной нормы иностранное право не применяется и субъективные права, возникшие на его основе, не признаются, если такое применение или такое признание противоречат публичному порядку данного государства.

Первый законодательный акт, содержащий оговорку о публичном порядке, — это ФГК 1804 г. В ст. 6 ФГК предусмотрено, что нельзя путем частных соглашений отменить действие законов, в соблюдении которых заинтересованы публичный порядок и добрые нравы. Такая формулировка называется оговоркой о публичном порядке в позитивном варианте (ст. 24 ГК Алжира). В настоящее время в законодательстве подавляющего большинства государств (Швейцария, Польша, ФРГ, РФ и др.) принят негативный вариант оговорки о публичном порядке (ст. 5 Закона о международном частном праве Австрии — норма иностранного закона не применяется, если ее применение может привести к последствиям, несовместимым с основными началами австрийского правопорядка). Оговорка о публичном порядке в негативной форме широко применяется и в англо-американской судебной практике.

Вообще оговорка о публичном порядке присутствует в законода-

тельстве всех государств, при этом все законодатели по-разному определяют это понятие, используя достаточно схожие формулировки: основы правопорядка (Турция, Швейцария), основные принципы правопорядка (Польша), основные принципы германского права (ФРГ), публичные интересы КНР (Китай). В практике и законодательстве США используется понятие «международный публичный порядок».

В российском законодательстве применяется негативный вариант оговорки о публичном порядке. В различных законодательных актах используется достаточно похожая терминология: основы правопорядка (публичный порядок) РФ (ст. 1193 ГК РФ, ст. 167 СК РФ), публичный порядок РФ (ст. 244 АПК РФ), суверенитет, безопасность и публичный порядок РФ (ст. 412 ГПК РФ).

Законодательство всех государств основано на единой точке зрения — в применении иностранной правовой нормы может быть отказано, если последствия ее применения несовместимы с публичным порядком данного государства (например, в РФ — заключение полигамного брака, запрет заключения брака до истечения «вдовьего года»). Недопустимо утверждение о том, что право одного государства противоречит праву другого государства (подобное утверждение представляет собой нарушение принципов невмешательства во внутренние дела другого государства и суверенного равенства государств). Национальному публичному порядку могут противоречить не само иностранное право в целом (как целостная правовая система), а только последствия применения его норм.

В современном праве считается также неправомерным отказ в применении иностранного права только на том основании, что в соответствующем государстве принципиально иной политический, экономический или правовой строй (ч. 2 ст. 1193 ГК РФ). Это положение связано с признанием плюрализма в международных отношениях и предписаниями когентных принципов международного публичного права — невмешательства во внутренние дела другого государства и суверенного равенства государств.

Ни в одном законодательном акте не содержится определения категории «публичный порядок». В доктрине постоянно подчеркивается неопределенность и даже неопределимость (ФРГ) данного

122 понятия. Современная юриспруденция постоянно предпринимает попытки определить категорию «публичный порядок» путем перечисления норм, имеющих сверхимперативный характер в национальном праве и составляющих основу его правопорядка:

1. Основополагающие, фундаментальные принципы национального публичного права (прежде всего конституционного, уголовного и административного).

2. Общепризнанные принципы морали и справедливости, на которые опирается национальный правопорядок; национальное самосознание общества.

3. Законные права и интересы физических и юридических лиц, общества и государства, защита которых — основная задача правовой системы каждой страны.

4. Общепризнанные принципы и нормы международного права (включая международно-правовые стандарты защиты прав человека), являющиеся частью правовых систем большинства государств и имеющие примат перед действием национального права.

Это перечисление не имеет исчерпывающего, закрытого характера. Перечень категорий, составляющих понятие «публичный порядок», разработан в доктрине, но не в законодательстве. Таким образом, оговорка о публичном порядке является достаточно «каучуковой» категорией и фактически может быть использована для отказа в применении иностранного права, даже если последствия его применения никак не противоречат основам национального правопорядка. В связи с этим в доктрине ссылка на публичный порядок расценивается как правовая патология, аномалия и может применяться только в исключительных случаях. В международном праве установлено, что суд вправе обратиться к оговорке о публичном порядке, если применение иностранного права явно несовместимо с национальным правопорядком (ст. 12 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1986 г. и ст. 18 Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1986 г.).

Если суд отказывает в применении какой-либо нормы иностранного права по причине противоречия последствий ее применения публичному порядку страны суда, то в правовом регулировании

возникает пробел. Здесь возникает так называемая проблема замещения — какая норма должна применяться вместо отвергнутой? В доктрине господствует точка зрения, что возникающий в данном случае пробел должен быть восполнен в первую очередь за счет обращения к другой норме того же иностранного права. Закон суда может применяться только в том случае, если регулирование по иностранному праву невозможно в принципе. Российское законодательство решает вопрос замещения иначе: в случае отказа в применении нормы иностранного права со ссылкой на публичный порядок «при необходимости применяется соответствующая норма российского права» (ст. 1193 ГК РФ).

Подобную формулировку нельзя считать удачной. Как быть, если в российском праве отсутствует «соответствующая» норма или данное правоотношение в принципе неизвестно российскому праву (например, расторжение однополого брака)? Представляется, что доктрина предлагает оптимальный вариант решения проблемы, нежели отечественный законодатель: сначала следует обратиться к иным нормам иностранного правопорядка, регулирующим данное правоотношение, и только при явной невозможности их применения суду следует применять собственное право.

В настоящее время в законодательстве большинства государств (Швейцария, ФРГ) параллельно закреплены сходные нормы — оговорка о публичном порядке в негативном и позитивном вариантах. Такая тенденция представляет собой новеллу в МЧП и связана с тем, что в любой правовой системе есть особый круг императивных норм, которые не являются частью публичного порядка, но должны применяться всегда, даже если национальное коллизионное право отсылает к иностранной правовой системе. Положение об обязательном применении императивных норм национального закона и является позитивным вариантом оговорки о публичном порядке. Современная тенденция в развитии системы оговорки о публичном порядке заключается в том, что государства, традиционно применяющие оговорку в негативном варианте, параллельно применяют и позитивный вариант оговорки. Начало этой практики — положения Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, принятые в 1980 г.

Исходное и общепризнанное положение данной практики — в любой национальной правовой системе есть императивные нормы (не относящиеся к нормам публичного порядка), которые должны применяться всегда, независимо от того, в пользу применения права какого государства решен коллизионный вопрос. Однако сразу же возникают проблемы: каков круг таких норм и их соотношение с нормами публичного порядка; необходимо соблюдать только национальные императивные нормы либо и императивные нормы права того государства, с которым отношение наиболее тесно связано; применяется ли правило об обязательном соблюдении императивных норм только к договорным отношениям либо ко всем областям частного права.

В российском праве положение о применении императивных норм (оговорка о публичном порядке в позитивном варианте) закреплено в п. 1 ст. 1192 ГК РФ: определенные императивные нормы российского права применяются всегда, независимо от решения коллизионного вопроса. Законодатель попытался определить круг таких норм: императивные нормы, в которых непосредственно указана обязательность их применения (п. 2 ст. 1209 ГК); нормы, имеющие особое значение для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. Формулировка ст. 1192 порождает расширительное толкование закрепленных в ней положений — практически любая императивная норма российского права может быть объявлена имеющей особое значение.

Необходимо установить пределы применения ст. 1192 ГК РФ — какие конкретно императивные нормы имеет в виду российский законодатель. Представляется, что речь идет именно об императивных нормах гражданского законодательства (в первую очередь), семейного и трудового права, публичных нормах с частноправовым эффектом, но не об императивных нормах публичного права, входящих в категорию публичного порядка. В отечественном праве закреплена и необходимость учета императивных норм иностранного права (п. 2 ст. 1192 ГК РФ): при применении права другого государства российский суд может принимать во внимание императивные нормы права другого иностранного государства, с которым отношения наиболее тесно связаны. В отличие от п. 1 ст. 1192 ГК РФ положение п. 2 этой статьи имеет диспози-

тивный характер: российский суд может (а не должен) учитывать характер таких норм, последствия их применения или неприменения.

Применение императивных норм в договорных отношениях представляет собой ограничение автономии воли сторон. Соглашение сторон о применении права иностранного государства выводит отношение из сферы действия местного права и может привести к его нарушению. В доктрине уже давно подчеркивается, что автономия воли может быть использована именно в целях обхода закона. В связи с этим в законодательстве многих стран правило о необходимости соблюдения определенных императивных норм национального права распространяется только (или в первую очередь) именно на договорные отношения (ст. 34 Вводного закона к ГГУ). Сходные положения имеются и в международном праве — ст. 17 Гаагской конвенции о праве, применимом к договору международной купли-продажи товаров, 1986 г.: «Положения Конвенции о применимом праве не препятствуют применению тех норм права страны суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего данный договор».

Аналогичные положения есть и в российском праве (п. 5 ст. 1210 ГК РФ): если договор реально связан только с одной страной, а стороны выбрали право другого государства, то такой выбор не может затрагивать действия императивных норм права того государства, с которым договор реально связан. Данная норма имеет императивный характер, однако ее формулировку нельзя признать удачной, поскольку в ГК РФ отсутствует общее определение понятия «реальная связь». Положение п. 5 ст. 1210 ГК РФ невозможно применить без использования аналогии закона — п. 1 и 2 ст. 1211 ГК РФ.

3.9. Теория отсылок в международном частном праве

Одной из наиболее сложных проблем международного частного права является проблема «скрытых коллизий». Именно эти коллизии представляют собой основную причину конфликта квалификаций. В данной ситуации коллодируют не материальные, а коллизионные нормы права разных государств. Проблема усугубляется еще и тем, что друг другу противоречат не коллизионные нормы в це-

126 лом, а их формулы прикрепления. Скрытые коллизии принято называть «коллизии коллизий», т.е. столкновение именно коллизионных принципов. Такие коллизии возникают тогда, когда один и тот же термин применяется к абсолютно разным по существу явлениям (например, личный закон индивида понимается в разных странах либо как закон государства гражданства, либо как закон домицилия). Скрытые коллизии (коллизии коллизий) могут иметь и позитивную, и негативную форму. Позитивные коллизии коллизий — два и более правопорядка одновременно претендуют на регулирование одного и того же отношения. Негативные коллизии коллизий — ни один из возможно применимых правопорядков не соглашается регулировать спорное правоотношение.

Скрытые коллизии лежат в основе *теории отсылок*: обратной отсылки и отсылки к третьему закону (*renvoi* первой и второй степеней). Обратная отсылка означает, что избранное на основе коллизионной нормы страны суда иностранное право отказывается регулировать спорное отношение и отправляет обратно к закону суда (отсылка первой степени). Отсылка к третьему закону имеет место в случае, когда избранный иностранный правопорядок не содержит материального регулирования данного отношения, а предписывает применить право третьего государства (отсылка второй степени). Гипотетически возможны и дальнейшие отсылки — к праву четвертого, пятого и т.д. государств.

Причинами появления отсылок являются не только скрытые коллизии, но и сам характер коллизионной нормы: это норма абстрактного, общего характера, отсылающая к иностранному правопорядку в целом, к иностранной правовой системе вообще, в том числе не только к материальному, но и к коллизионному праву. Коллизионное право имеет национальную природу и является составной частью внутригосударственного права, поэтому избранное иностранное право представляет собой единую систему, куда входит и коллизионное право этого государства. Непосредственной причиной возникновения отсылок являются негативные коллизии коллизий.

Теория отсылок появилась в МЧП в XIX в. В 1878 г. во французском суде впервые состоялось решение отсылочных проблем

коллизионного права (решение по делу Форго). Доктрина права практически всех государств придерживается единой позиции: теория отсылок — одна из наиболее сложных проблем современного МЧП. Практическая значимость этой проблемы была особо подчеркнута при рассмотрении вопроса об обратной отсылке на сессии Института международного права в 1998 г. Институт принял резолюцию «О применении иностранного международного частного права», в которой указывалось, что теория отсылок призвана играть важную роль в обеспечении гармонизации права. Задача МЧП — отыскать правовую систему, наиболее подходящую к конкретному правоотношению. Выполнению этой задачи служат все институты МЧП, в том числе и теория отсылок. Институт международного права высказался за унификацию правил применения этой теории на международной основе.

Проблема отсылок имеет принципиально различное правовое регулирование в законодательстве разных стран. В зависимости от особенностей этого регулирования можно выделить следующие способы решения:

1. Государства, предусматривающие применение всей системы отсылок в полном объеме (в том числе отсылок третьей, четвертой и т.д. степеней, пока не будет выявлено право, предусматривающее материальное регулирование спорного отношения), — Австрия, Польша, Финляндия, государства бывшей Югославии.

2. Государства, в праве которых предусмотрена возможность применения отсылок первой и второй степени, но такая возможность оговорена какими-либо принципиальными условиями, — Мексика, Чехия, ФРГ (ст. 4 Вводного закона к ГГУ: «Применение отсылок возможно, если это не противоречит смыслу коллизионной нормы»).

3. Государства, предусматривающие возможность применения только обратной отсылки (отсылки к своему праву), — Венгрия, Венесуэла, Вьетнам, Испания, Иран, Румыния, Япония (ст. 4 Закона о международном частном праве Венгрии: «Если иностранный закон отсылает к венгерскому закону, то следует применять венгерский закон»).

4. Государства, предусматривающие возможность применения отсылок первой и второй степени либо только обратной отсылки в

128 случаях, конкретно оговоренных в законе, — Италия, Португалия, Швейцария, Швеция, Россия (ст. 14 Закона о международном частном праве Швейцарии: «Отсылка к швейцарскому или иностранному праву принимается во внимание, если это специально предусмотрено настоящим законом»).

5. Государства, законодательство которых полностью запрещает применение отсылок, — Бразилия, Греция, Перу, Египет (ст. 28 Гражданского кодекса Египта: «В случае отсылки к иностранному праву применяются материальные нормы права этого государства и исключается применение норм его международного частного права»).

6. Государства, законодательство которых в принципе не содержит регулирования этого вопроса, — Алжир, Аргентина, Болгария, Китай.

Большинство государств мира либо в законодательстве, либо в судебной практике (Великобритания, США) применяют теорию отсылок, но применяют ее в ограниченном объеме. В основном все правовые системы содержат какие-либо ограничения в применении данного института (некоторые государства вообще в явно выраженной форме в принципе не признают эту проблему). Чаще всего государства признают только обратную отсылку, отказываясь от применения отсылки к праву третьего государства. Причина такого положения вещей — практическая целесообразность: обратная отсылка на законном основании (в соответствии с предписаниями национального и иностранного коллизионных законов) позволяет суду применять свое собственное право, что значительно упрощает процесс разрешения спора. Обратная отсылка по существу представляет собой юридико-техническую возможность отказаться от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства такой возможности не предоставляет, а, наоборот, серьезно усложняет процесс выбора компетентного правопорядка. Доктрина МЧП однозначно высказывается против подобного утилитарного подхода к такой сложной теоретической проблеме.

Институт отсылок — одна из наиболее важных и сложных проблем, поэтому необходима унификация правил об отсылках на международном уровне. Гагская конвенция 1995 г. о регулировании

коллизий между национальным законом и законом домицилия является одной из попыток разрешить проблему «скрытых» коллизий в формуле прикрепления «личный закон». Эта попытка не увенчалась успехом — Конвенция не вступила в силу и не оказала заметного влияния на национальное законодательство. Особое значение проблема отсылок имеет для признания и исполнения иностранных судебных решений, поскольку в законодательстве всех государств предусмотрена возможность отказать в признании и исполнении иностранного судебного решения по причине неправильно выбранного права. Правильность выбора права устанавливается на основе коллизионного права того государства, на чьей территории должно быть выполнено судебное решение, а не на основе коллизионного права государства, чей суд принял данное решение. Если решение вынесено без учета предписаний иностранных коллизионных норм, это может послужить достаточным основанием для отказа в его исполнении за границей.

И советская, и российская правовая доктрина демонстрируют в целом положительное отношение к применению отсылок, особенно обратной отсылки. Иная точка зрения выражена в отечественном законодательстве — любая отсылка к иностранному праву рассматривается как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву (п. 1 ст. 1190 ГК РФ). Исключение — обратная отсылка иностранного права может применяться в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физических лиц (п. 2 ст. 1190 ГК РФ). Таким образом, ГК РФ признает только отсылку первой степени в строго определенных законом случаях. Представляется, что эту норму следует толковать как диспозитивную, поскольку отказ от признания отсылки к праву третьего государства противоречит некоторым международным обязательствам РФ. В частности, Женевские вексельные конвенции 1930 г. (ратифицированные РФ) предусматривают применение отсылок обеих степеней. Исходя из принципа примата международного права, при определении вексельной дееспособности физических лиц следует применять правила Женевских конвенций, а не ст. 1190 ГК РФ.

Право и практика всех государств содержат общее исключение из применения отсылок: они неприменимы в договорных обязатель-

130 ствах. Причина подобного установления: общая генеральная коллизионная привязка договорных обязательств — это автономия воли сторон. Теория отсылок несовместима с автономией воли, так как стороны при выборе права имеют в виду именно конкретное материально-правовое регулирование. Применение отсылок способно извратить автономию воли, поскольку установления коллизионного права могут предопределить применение права совсем другого государства, что не соответствует намерениям сторон. Несовместимость отсылок с автономией воли представляет собой общепризнанное положение.

Отсылки в принципе не применяются в договорном праве, независимо от того, сделали ли стороны оговорку о применимом праве, либо компетентный правопорядок установлен судом на основе субсидиарной коллизионной привязки или какой-либо презумпции. Это правило закреплено и в международном праве (Гаагская конвенция 1986 г. о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров; Римская конвенция 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам; Межамериканская конвенция 1994 г. о праве, применимом к международным контрактам), и в национальных законах (Вводный закон к ГГУ ФРГ, Закон о МКАС РФ 1993 г.).

3.10. | Установление содержания иностранного права

Процесс регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом состоит из двух стадий. Первая стадия — это решение коллизионного вопроса и выбор применимого права на основе предписаний коллизионной нормы права страны суда. Вторая стадия представляет собой непосредственное применение избранного права. Если компетентным признано иностранное право, неизбежно возникновение специфических проблем — определение общих понятий права другого государства, установление его содержания, особенностей толкования и применения иностранного закона. Общее положение — суд обязан установить содержание иностранного права *ex officio* (по должности) в целях определения нормативно-правовой основы буду-

шего судебного решения. Континентальная правовая система (в том числе РФ) — иностранное право понимается как целостная нормативная система, комплекс юридически обязательных предписаний, т.е. иностранное право имеет точно такой же характер, что и национальная правовая система. Общее право — иностранный правопорядок понимается только как факт, подлежащий доказыванию наряду с другими фактическими обстоятельствами дела.

Европейская конвенция относительно информации об иностранном законодательстве 1968 г. устанавливает процедуру и механизм, предназначенные облегчить судам доступ к информации об иностранном праве. Государства-участники обязаны создать при министерствах юстиции специальные отделы либо самостоятельные ведомства, занимающиеся сбором информации об иностранном и национальном праве; отвечающие на запросы соответствующих иностранных и национальных органов о содержании национального и иностранного права; направляющие запросы в компетентные органы иностранных государств о содержании права данных государств. Для этих целей в России создан специальный Научно-исследовательский центр правовой информации при Министерстве юстиции РФ.

Положения российского законодательства о порядке и способах установления содержания иностранного права содержатся в ГК РФ, СК РФ и АПК РФ. Суд в соответствии со своими полномочиями обязан самостоятельно заниматься установлением содержания иностранного права. Механизм этого процесса — дипломатический порядок, официальные запросы через Министерство юстиции, непосредственные сношения судов разных государств друг с другом и иными компетентными органами. Суд устанавливает содержание норм иностранного права в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной соответствующего государства (п. 1 ст. 1191 ГК РФ).

Российские суды вправе обращаться с запросами о содержании иностранного права в Министерство юстиции РФ, в иные компетентные органы РФ, в зарубежные компетентные органы, привлекать экспертов (ч. 1 п. 2 ст. 1191 ГК РФ). Участвующие в деле лица по собственной инициативе могут предоставлять российским судам информацию о содержании иностранного права, предоставлять соответ-

132 ствующие документы, иным образом помогать суду при определении содержания применимого иностранного права (ч. 2 п. 2 ст. 1191 ГК РФ). Следует подчеркнуть диспозитивный характер этой нормы — установлено именно право, но не обязанность сторон. Суд вправе возложить бремя доказывания содержания норм иностранного права непосредственно на участников спора только по требованиям, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности (ч. 3 п. 2 ст. 1191 ГК РФ).

В законодательстве закреплено применение российского права, несмотря на решение коллизионного вопроса в пользу иностранного права, в случаях, если все предпринятые в соответствии с законом действия не помогли в «разумные» сроки установить содержание иностранного права (п. 3 ст. 1191 ГК РФ). Понятие «разумные» сроки законом не определено. С точки зрения отечественной доктрины — это время, обычно необходимое для установления содержания норм иностранного права. Естественно, возникает проблема — какое именно время «обычно» необходимо, и какие конкретно сроки являются «разумными»? Данная норма ГК РФ нуждается в дополнительном толковании и разъяснении.

4

тема

СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

4.1. Положение физических лиц в международном частном праве; определение их гражданской правоспособности

Субъектами большинства частноправовых отношений с иностранным элементом являются физические лица. В международном частном праве определены следующие категории физических лиц: иностранные граждане, апатриды, бипатриды, беженцы. Иностранные граждане — это лица, имеющие юридическую связь с каким-либо государством; бипатриды — лица, имеющие правовую связь с двумя или несколькими государствами; апатриды — лица, не имеющие юридической связи ни с каким государством; бежен-