

Международное частное право

ИНСТИТУТ ОБРАТНОЙ ОТСЫЛКИ В СОВРЕМЕННОМ МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

*А.В. Аничкин**

Международное частное право является относительно молодой и весьма динамично развивающейся отраслью юриспруденции, имеющей свои специфические предмет и метод. Несмотря на многообразие представлений о природе международного частного права, в российской и зарубежной доктрине сложился достаточно единодушный подход к предмету международного частного права, который в наиболее общем виде можно выразить следующим образом: международное частное право рассматривается как составная часть национальных систем права, призванная регулировать частноправовые отношения (в первую очередь, гражданско-правовые¹), в которых присутствует иностранный элемент.

Такая специфическая природа предмета международного частного права предопределяет специфику метода, которым регулируются частноправовые отношения с участием иностранного элемента. На сегодняшний день международному частному праву присущи два основных метода²: материально-правовой метод регулирования, т.е. создание норм, напрямую регулирующих отношения, осложненные наличием иностранного элемента, и коллизионный метод, предполагающий наличие системы норм для выбора права, призванного регулировать конкретное правоотношение, осложненное иностранным элементом. Хотя материально-правовой метод регулирования приобретает все большее значение (например, путем разработки между-

* Юрист международной юридической фирмы «Клифффорд Чанс Пюндер».

¹ О месте гражданского права в системе частного права — см. *Алексеев С.С.* Частное право. — М.: Статут, 1999, с. 49-63.

² *Тихомиров Ю.А.* Коллизионное право. — М.: Норма, 2000, с. 321.

народных договоров, посвященных регулированию различных отношений частноправового характера), тем не менее, основным методом остается коллизионно-правовое регулирование, при котором международное частное право решает вопрос о том, нормам какого государства подчиняется данное правоотношение.

Именно в связи с широким использованием коллизионного метода регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, возникают определенные трудности, связанные с действием коллизионной нормы. Одним из вопросов, возникающих при определении применимого к данным правоотношениям права, является проблема так называемой обратной отсылки (*renvoi*, *Rueckverweisung*, *remission*)³.

Суть проблемы заключается в следующем: когда коллизионная норма предписывает применение иностранного закона, то возникает вопрос о том, должны ли быть применены исключительно «внутренние» материально-правовые нормы иностранного права⁴ или же коллизионная норма предполагает отсылку ко всему иностранному правопорядку в целом, в том числе и к его коллизионным нормам. Иными словами, должен ли суд, применяя иностранное право, принимать во внимание коллизионные нормы иностранного государства. Итогом применения коллизионного права иностранного государства может стать вывод о том, что правом, компетентным решать данный спор, является именно право страны суда. Впрочем, коллизионная норма иностранного государства может содержать отсылку не обратно к закону суда, а к закону третьей страны (*renvoi au second degre*, *Weiterverweisung*, *transmission*).

Проблема обратной отсылки является одной из наиболее дискутируемых в международном частном праве, а ее рассмотрению посвящено значительное количество трудов⁵. По выражению

³ Согласно классической терминологии, понятие *renvoi* означает передачу, переадресование более компетентной юрисдикции или власти (*Иссад М. Международное частное право. — М.: Прогресс, 1989, с. 114*).

⁴ В английской литературе по международному частному праву принято определять «внутреннее» право государства как нормы, которые применил бы суд при рассмотрении споров без участия иностранного элемента (*Dicey and Morris On the Conflict of Laws, 1993. P. 71*).

⁵ По выражению Нуссбаума, количество трудов, посвящённых обратной отсылке, незначительно уступает общему количеству работ по международному частному праву (*Nussbaum A. Principles of Private International Law. Oxford University Press, 1943. P. 102*).

М.М. Богуславского, вопрос об обратной отсылке является «одним из самых сложных вопросов применения коллизионных норм»⁶. За рубежом наука международного частного права бурно отреагировала на доктрину *renvoi* и уделила весьма пристальное внимание существу проблемы, однако она так и не смогла прийти к единому мнению о надлежащем разрешении данного вопроса.

Вопрос об обратной отсылке как один из аспектов действия коллизионной нормы относится к специально выделяемой отечественной наукой общей части международного частного права. Следовательно, вопрос об обратной отсылке имеет общее значение для всех институтов особенной части, таких как коллизионное регулирование договорных отношений, коллизионные вопросы семейного права, обязательств из причинения вреда и т.д.⁷. Данное положение не исключает, впрочем, существования специальных правил разрешения проблемы обратной отсылки для отдельных институтов особенной части, возникающих вследствие особенностей конкретных институтов. Могущее возникать вследствие этого противоречие должно, естественно, решаться на основе общепринятого принципа *lex specialis derogat lex generalis* (специальный закон отменяет общий).

Поскольку на сегодняшний день российское международное частное право⁸ находится в некотором переходном состоянии, в ожидании головного для сферы коллизионного права нормативного акта, которым должен стать соответствующий раздел третьей части ГК РФ, исследование института обратной отсылки как принципа действия, общего для всех коллизионных норм, приобретает особое значение. Акты, принятые в ходе модернизации и обновления российского права в целом и коллизионного права в частности, такие как Кодекс торгового мореплавания и Семейный кодекс, содержат специальные коллизионные правила, рассчитанные на поиск компетентного правопорядка в рамках специальных институтов международного частного права, и не содержат ответа на общие проблемы коллизионного регулирования. Впрочем, такие отраслевые кодексы и не призваны регулировать общие вопросы коллизионного права. Общие для россий-

⁶ Богуславский М.М. Международное частное право. — М.: Юрист, 1998, с. 91.

⁷ О системе международного частного права см. Лунц Л.А. Международное частное право. — М.: Юридическая Литература, 1973, с. 33.

⁸ Здесь и далее в настоящей работе термин «международное частное право» используется для обозначения исключительно коллизионных норм, т.е. международного частного права в узком смысле.

ского международного частного права начала должны содержаться именно в давно ожидаемой третьей части ГК РФ.

Необходимость такого исследования обусловлена также и тем, что на сегодняшний день российская наука международного частного права не имеет внятной и четко сформулированной позиции по проблеме обратной отсылки. Это выглядит тем более странным на фоне все возрастающего в нашей стране интереса к международному частному праву. Однако выходящие в большом количестве учебники и публикации по международному частному праву основываются во многом на теоретических наработках советских коллизионистов и не предполагают творческого переосмысления безусловно выдающегося научного наследия. Так, последние фундаментальные работы по проблеме обратной отсылки относятся к началу 70-х г.г. XX века, когда вышел трехтомный курс международного частного права под редакцией Л.А. Лунца. С тех пор отечественные исследователи ограничивались лишь изложением сформулированных в этом исследовании тезисов.

Однако международное частное право находится в постоянном развитии, и на современном этапе можно выявить процессы и явления, в свете и под влиянием которых становится необходимым пересмотреть устоявшиеся представления о международном частном праве в целом и его институтах в отдельности, а также провести ревизию взглядов и подходов с целью проверки их жизнеспособности в современных условиях. В качестве наиболее ярких и важных изменений, происходящих в международном частном праве, можно назвать все большее распространение принципа наиболее тесной связи в качестве доминирующей коллизионной привязки, все большее ограничение действия принципа суверенитета государства в вопросах, связанных с защитой прав человека и участием государства в коммерческом обороте. Такие перемены в подходах к регулированию международного коммерческого оборота и иных частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, на наш взгляд, имеют непосредственное влияние, в первую очередь, на коллизионное право и его общие институты.

В качестве дополнительного аргумента в пользу необходимости проведения исследования института *renvoi* можно привести и то соображение, что даже законодательное закрепление этого принципа или отказ от него не снимают вопросов относительно методологического и научного обоснования того или иного подхода. Более того, как будет показано ниже, сами формулировки законов по проблеме

обратной отсылки не лишены известной внутренней противоречивости, а применение этих норм отнюдь не обязательно приводит к тем результатам, которых можно было бы ожидать по ознакомлении с текстом нормы, посвященной проблеме обратной отсылки. Таким образом, законодательное решение проблемы обратной отсылки также требует определенного теоретического и методологического обоснования, что позволило бы снять многие вопросы, связанные с применением нормы о *renvoi*, а также устранить какие-либо упреки в отсутствии рационального подхода при создании такой нормы.

Настоящая статья является попыткой дать сущностную характеристику института обратной отсылки с позиций новых веяний в международном частном праве, попыткой провести внятное позиционирование этого института в системе коллизионного права, предсказать судьбу доктрины *renvoi* в международном частном праве. Данная статья основывается на материалах, собранных автором при написании им дипломной работы по рассматриваемой проблеме, однако, с учетом формата научной статьи, настоящая работа не предполагает подробного изложения основных учений по вопросу об обратной отсылке, тем более что такой обзор уже неоднократно давался в российской и советской литературе по международному частному праву⁹. В рамках настоящей статьи будет дан лишь панорамный обзор основных теорий, разработанных как отечественной, так и зарубежной правовой наукой. В то же время данная работа призвана обобщить новейший опыт международного частного права по вопросу обратной отсылки, дать описание механизмов ее возникновения с целью восполнить пробел, существующий в отечественной правовой литературе.

Существо проблемы

Проблема обратной отсылки связана с решением вопроса, что подразумевает понятие «право страны», к которому отсылает коллизионная норма закона суда: отсылку к внутреннему материальному праву страны (*reference to municipal law*, *Sachnormenverweisung*), применение права которой предписано нормами международного частного права закона суда (*lex fori*), или отсылку к иностранному

⁹ См., например, Мандельштам. А.Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. — СПб., 1900, Т. 1., Луиц. Л.А. Цит. Соч.

праву в целом (*reference to the whole law, Gesamtverweisung*), включая его коллизионные нормы.

В случае второго решения поставленного вопроса внутреннее материальное право страны, к которому отсылает коллизионная норма *legis fori*, применяется лишь в том случае, если это предписано международным частным правом этой страны.

В этой связи можно выделить следующие случаи возникновения проблемы обратной отсылки, являющиеся следствием разнообразных форм несогласованности коллизионных норм различных государств в процессе прикрепления правоотношения к конкретному правопорядку: несогласованность привязок; различная квалификация понятий, содержащихся в привязке; проблема скрытой обратной отсылки.

Обратная отсылка как следствие несогласованности привязок

В первую очередь, вопрос о применимом материальном праве ставится в зависимость от согласованности привязок, используемых коллизионными нормами с одинаковым объемом. Иными словами, решающую роль играет способ прикрепления правоотношений к различным правопорядкам. В качестве примеров несогласованности формул прикрепления можно упомянуть следующие случаи: в вопросах определения личного закона конфликтуют привязки к закону domicilia и закону гражданства (национальному закону); для определения статута договорного обязательства применяется привязка к закону места заключения договора (*lex loci contractus*) или к закону места исполнения договора (*lex loci solutionis*), — и таких примеров можно привести множество.

Обратная отсылка как следствие различной квалификации

Идентичные формулы прикрепления также способны порождать проблему обратной отсылки в связи с различиями в квалификации одних и тех же обстоятельств судами различных государств. Так, даже использование принципа domicilia для определения личного закона физического лица способно приводить к возникновению проблемы обратной отсылки в случаях, когда принцип domicilia имеет самостоятельное содержание в различных правопорядках. На-

пример, с точки зрения английского закона лицо может иметь домицилий в штате Нью-Йорк, тогда как в смысле права штата Нью-Йорк то же лицо будет считаться домицилированным в Великобритании¹⁰. Налицо проблема обратной отсылки, тесно связанная с другим вопросом действия коллизионной нормы, — проблемой квалификации.

«Скрытая» обратная отсылка

Однако кроме двух названных случаев возникновения проблемы обратной отсылки, являющихся наиболее типичными и распространенными, существуют и отдельные, достаточно редкие и специфичные случаи применения судами доктрины обратной отсылки.

Так, в германском коллизионном праве существует феномен так называемой «скрытой обратной отсылки» (*versteckte Rueckverweisung*), обоснованность которой вызывает сомнения у самих немецких коллизионистов, что, впрочем, не мешает достаточно широкому ее применению германскими судами. Формула «скрытой обратной отсылки» может быть выражена следующим образом: при отсутствии в иностранном правопорядке, к которому отсылает коллизионная норма *lex fori*, каких-либо предписаний относительно применимого права (собственно коллизионных норм) такие правила выводятся умозрительно путем толкования процессуальных норм о подсудности¹¹. Для наглядности представляется необходимым проиллюстрировать данный тезис примером.

Так, если американский гражданин, постоянно проживающий в Германии, умирает, не оставив завещания, и решается вопрос о праве, которому будут подчинены отношения по наследованию принадлежавшей ему недвижимости в Германии и денежных средств на счетах в немецких банках, то германский суд, рассматривающий дело, будет рассуждать следующим образом: немецкая коллизионная норма предписывает в таком случае обратиться к национальному закону наследодателя, т.е. к закону США. В соответствии с принципами определения применимого права при отсылке к праву государства с множественностью правовых систем установлено, что применению подлежит право штата Нью-Йорк. В соответствии с предписаниями п. 1

¹⁰ Dicey and Morris. Op. Cit. P. 71.

¹¹ К. Firschung. B. Hoffmann. Internationales Privatrecht. 5. Auflage. C.H. Beck, Muenchen, 1997. S. 231

§4 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению немецкий суд должен учесть предписания коллизионных норм штата Нью-Йорк. Однако в праве штата Нью-Йорк не содержится указаний для определения статута наследования. В то же время, процессуальные законы штата объявляют суды Нью-Йорка компетентными рассматривать споры по наследованию:

- движимостей, оставленных наследодателем, domiciliрованным в штате Нью-Йорк, а также
 - недвижимостей, расположенных на территории штата Нью-Йорк.
- Из указанных норм, определяющих юрисдикцию суда, немецкий судья выводит следующие коллизионные принципы:
- в отношении движимостей применяется закон domicilia наследодателя,
 - в отношении недвижимостей действует принцип места нахождения вещи.

Следовательно, выведенные таким образом коллизионные правила штата Нью-Йорк предписывают применение немецкого права, и немецкий судья принимает такую обратную отсылку в соответствии с принципами германского коллизионного права¹². Данный подход, впрочем, подвергается обоснованной критике в самой Германии, поскольку не вполне понятна связь, которую усматривает немецкий суд между юрисдикционными нормами, относящимися су-

¹² В связи с феноменом «скрытой обратной отсылки» небезынтересным становится изучение возможности применения аналогичного подхода российскими судами. Поскольку в действующем российском коллизионном праве нет указания на предмет отсылки (иностранное материальное право или весь правовой порядок в целом), не исключено обращение суда к коллизионным нормам иностранного государства. Возникает вопрос, как должен поступить судья, которому не удастся установить наличие в иностранном международном частном праве коллизионных норм с объемом, аналогичным объему российской коллизионной нормы? Представляется, что ответить на этот вопрос можно следующим образом. Согласно ст. 157 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик, регулирующей установление содержания подлежащего применению иностранного закона, в случае, если суду не удастся установить содержание норм иностранного права, суд должен применить советское право. Поскольку, повторим, объект отсылки не определен и при отсутствии указаний иностранного правового порядка судья должен применить национальный закон (в рассматриваемом контексте он обязан руководствоваться собственной коллизионной нормой), то мы приходим к выводу, что использование приема «скрытой обратной отсылки» в российских судах, по-видимому, невозможно.

губо к процессуальному праву и решающими вопрос о том, компетентен ли суд решать конкретный спор, с одной стороны, и коллизионными нормами, определяющими, какое право подлежит применению, с другой.

Как следует из вышеизложенного, проблема обратной отсылки не возникает в случае, если коллизионные нормы обоих государств одинаковым образом определяют статут спорного правоотношения (т.е. компетентный правопорядок). Однако если выявляются расхождения в подходах законодателей двух стран к решению вопроса о применимом праве, то обратная отсылка не является единственно возможным последствием такого различия. Другим следствием такого расхождения может стать необходимость обращения к праву третьего государства, если коллизионная норма правопорядка, к которому отсылает коллизионная норма *legis fori*, считает компетентным какой-либо третий правопорядок. Возникает так называемая отсылка к праву третьей страны¹³. Несмотря на то, что и проблема обратной отсылки, и проблема отсылки к третьему правопорядку имеют один и тот же источник — различное коллизионное регулирование одинаковых правоотношений — в науке международного част-

¹³ С учетом возникающего вследствие принятия принципа *renvoi* разнообразия возможных ситуаций, необходимо сделать комментарии к употреблению терминов в настоящей работе, с тем чтобы избежать искажения в восприятии материала, а также с целью упростить изложение рассматриваемых проблем. Поскольку принципиальным для существования доктрины *renvoi* является ответ на вопрос, что является объектом отсылки — весь правопорядок иностранного государства, включая и его коллизионные нормы, или же только его «внутреннее» материальное право, — вопрос о последствиях включения в объект отсылки также коллизионных норм иностранного государства приобретает второстепенное значение. В этой связи, преследуя указанные выше цели, при исследовании вопроса об объекте отсылки автор использует термины «обратная отсылка» и «*renvoi*» для обозначения однопорядковых явлений, без разделения на ситуацию отсылки к праву страны суда и ситуацию отсылки к праву третьей страны. Такое разделение приобретет существенное значение лишь на том этапе исследования, где будут рассматриваться правила применения и принципы действия доктрины *renvoi*. При рассмотрении обозначенного круга вопросов в части, когда исследование будет проводиться в рамках дихотомии «отсылка к праву страны суда» — «отсылка к праву третьей страны», термин «обратная отсылка» будет обозначать лишь первую из названных ситуаций. Термин *renvoi* будет и далее применяться как родовое понятие, объединяющее частные случаи обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства.

ного права, да и в законодательстве некоторых государств можно обнаружить неординарный подход к этим проблемам.

Кроме того, вследствие принятия отсылки к праву третьего государства могут возникать ситуации, называемые цепочкой отсылок. Можно выделить следующие возможные цепочки отсылок:

- коллизионная норма третьего государства может отсылать обратно к праву страны суда (возвращение судьи к своему национальному законодательству);
- коллизионная норма третьего государства может отсылать обратно к праву государства, к которому изначально отсылает коллизионная норма страны суда (возникает замкнутый круг, не захватывающий, однако, страну суда);
- коллизионная норма третьего государства может продолжить цепочки отсылок и направить судью к четвертому правопорядку, результатом чего может стать *mutatis mutandis* любая из вышеперечисленных ситуаций.

Родоначальником доктрины обратной отсылки считается классическое для международного частного права дело Форго, решенное Кассационным судом Франции в 1878 г. Именно данное дело получило наибольшую известность и легло в основу доктрины *renvoi* как одного из элементов действия коллизионной нормы¹⁴.

Однако, едва возникнув, доктрина обратной отсылки немедленно стала объектом пристального внимания и породила волну споров и разногласий. Причина такого расхождения мнений и острой полемики заключается в том, что в виде обратной отсылки законодатели и судьи получили в свои руки мощнейшее средство для ограничения применения иностранного права, и, соответственно, для расширения сферы действия собственного права. В условиях широкого спектра несогласованных привязок, различной квалификации привязок, а также общего настороженного отношения к применению иностранного права столь удобная возможность для возврата в условия знакомого права страны суда, основанная при этом на коллизионной норме иностранного правопорядка, — что позволяло избежать обви-

¹⁴ Впрочем, историческая справедливость требует указать на более ранние судебные дела, в которых в той или иной форме был поднят вопрос о *renvoi*. Так, в 1861 г. Апелляционный суд Любека рассмотрел спор, в котором была впервые применена отсылка к праву третьего государства, а в 1841 г. в деле *Collier v. Rivaz* английским судьей Дженнером впервые были сформулированы идеи, легшие в основу доктрины иностранного суда.

нений в односторонности и произволе, — не могла быть оставлена без внимания. При этом, зачастую, не скрывается желание использовать институт обратной отсылки в первую очередь в качестве ограничителя применения иностранного права, что породило справедливые возражения и повлекло резкие обвинения в том, что принцип *renvoi* извращает саму идею международного частного права. Возникла потребность в подведении под учение о *renvoi* достойной теоретической базы.

При этом вопрос об обратной отсылке имеет ключевое значение с той точки зрения, что он является именно общим вопросом международного частного права, поскольку определяет то, как должна применяться коллизионная норма. Возникшая в связи с доктриной *renvoi* полемика породила массу аргументов совершенно разнородного характера, касающихся совершенно различных сторон международного частного права.

Однако ни один из походов в пользу принятия обратной отсылки не оказался способен обеспечить цельное и универсальное обоснование для этого института. Впрочем, ни одного аргумента, позволяющего поставить крест на институте обратной отсылки, также не приводится. В этой связи представляется справедливым высказывание Л.А. Лунца, в целом оправдывавшего применение обратной отсылки, что с логической точки зрения возможно любое решение вопроса, возможно даже, что для некоторых норм будет предусмотрено принятие обратной отсылки, а для некоторых нет¹⁵.

Если систематизировать основные направления исследований по вопросу обратной отсылки, то можно выделить две большие группы теорий¹⁶:

- теории, исходящие из начал суверенитета в международном частном праве;
- теории, связанные с изучением объекта отсылки.

¹⁵ Лунц Л.А. Цит. Соч., с. 349.

¹⁶ В основу такого деления положено дифференцирование, сделанное Кольцовым Б.И. Критика буржуазных теорий по вопросам действия коллизионной нормы в международном частном праве. Диссертация. Защищена в МГИМО в 1973 г. Депонирована в библиотеке МГИМО, с. 11.

Теории, исходящие из начал суверенитета в международном частном праве

В группу теорий, обосновывающих принятие обратной отсылки исходя из начала суверенитета в международном частном праве, входят такие теории, как:

- теория международной вежливости;
- теория суверенитета;
- теория координации национальных правовых систем.

По поводу каждой из указанных теорий в литературе уже было высказано немало критических замечаний. В этой связи автор не видит необходимости на страницах настоящей работы подробно воспроизводить основные положения этих теорий, а также указывать на их теоретические недостатки и критиковать их с позиций юридической техники. Представляется, однако, целесообразным сделать замечания общего характера, относящиеся к основополагающему тезису этих теорий, заключающемуся в том, что международное частное право черпает свое начало в суверенитете государств, являющихся, собственно говоря, основными, первичными участниками международного общения.

Теории, в основу которых кладется принцип суверенитета, на сегодняшний день представляются все менее актуальными¹⁷ по ряду причин, и среди главных можно назвать две основные тенденции развития права на современном этапе. Во-первых, нежизнеспособность данных теорий обусловлена все более укореняющимся взглядом на международное частное право как на отрасль частного права¹⁸, в связи с чем проблема распределения компетенций между различными правопорядками, основанная на доктрине государственного суверенитета как института межгосударственного общения, уже не может рассматриваться как основной вопрос международного частного права. Во-вторых, даже если мы будем определять предмет международного частного права как распределение компетенций государств, то в условиях стремительно меняющейся международной обстановки принцип неограниченного государственного суверените-

¹⁷ Данный тезис действует не только в отношении доктрины обратной отсылки, но и в отношении остальных вопросов международного частного права, которые тем или иным образом затрагивались этими теориями.

¹⁸ (Уханов Е.А. Система частного права. — Вестник МГУ. Серия 11: Право, 1994, № 4, с. 26-30.

та подвергается значительным ограничениям, все больше уступая принципам равноправия участников международного коммерческого оборота¹⁹, принципам защиты прав человека²⁰, при несоблюдении которых для государства нарушителя могут наступать самые неблагоприятные последствия²¹.

Таким образом, думается, что на современном этапе попытки отыскать корни института обратной отсылки в началах суверенитета государств являются бесплодными и в целом порочными.

Однако определенный теоретический интерес представляет доктрина координации, способная, как нам кажется, преодолеть основные теоретические затруднения, связанные с противоречием доктрины обратной отсылки требованиям формальной логики: действительно, если в первом случае объектом отсылки является весь иностранный правовой порядок, то становится не вполне понятным, почему при отсылке обратно к праву страны суда в качестве объекта отсылки принимается только материальное право *legis fori*. Такое произвольное изменение объема понятия «право государства» является очевидным нарушением правил формальной логики²². Однако док-

¹⁹ Как отмечается отечественными исследователями международного частного права, принцип ограниченного государственного иммунитета (а государственный иммунитет в международных торговых отношениях есть категория, производная от суверенитета государства) заложен и в российском проекте федерального закона «Об иммунитете иностранного государства» (Хлестова И.О. Вопросы иммунитета государства в законодательстве и договорной практике Российской Федерации. — Проблемы международного частного права. Сборник статей памяти Лазаря Адольфовича Лунца. — М. — 2000, с. 80).

²⁰ Процессы, приведшие к ограничению принципа суверенитета в пользу все большего уважения и защиты прав человека, приобрели особую интенсивность в конце 80-х — начале 90-х г.г. нашего века, когда были разработаны и заключены такие международные акты, как Парижская Хартия для свободной Европы от 21.11.1990, провозгласившая новую эру демократии, мира и человечества и обозначившая человеческое измерение в качестве основного ориентира международных отношений (см. Действующее международное право в трех томах. — М. — 1996, с. 42-46).

²¹ Примером чему служат события вокруг Югославии в 1999 г., когда формальным поводом для вооруженного вмешательства НАТО стало массовое нарушение властями прав человека в крае Косово.

²² Объемом понятия считается множественность предметов, которые мыслятся в понятии (Кириллов В.В. Старченко А.А. Логика. — М.: Юрист, 1998, с. 34). В случае с принятием обратной отсылки, если коллизийная норма *legis fori* отсылает к иностранному правовому порядку, то в качестве «права государства» принимается его коллизийное и материальное право, тогда как при анализе при-

трина координации способна дать обоснование такому решению коллизионного вопроса, при котором будет принята обратная отсылка. В современной интерпретации данной доктрины механизм действия коллизионной нормы выглядит следующим образом: поскольку возможность *renvoi* предусмотрена самой коллизионной нормой, то совершенно естественно, что судья *ex officio* обращает внимание в первую очередь на коллизионные нормы того государства, куда его направила его национальная коллизионная норма. В случае, если результат выразится в обратной отсылке, то судья без раздумий примет эту отсылку, поскольку это будет выглядеть как согласованная позиция двух правопорядков по поводу решения данного дела. Основной принцип заключается в том, что коллизионная норма другого государства не применяется, судья лишь как бы принимает ее во внимание, выясняет мнение иностранного законодателя по данному вопросу, что, собственно говоря, предписано ему его же собственной коллизионной нормой²³.

Теории, изучающие объект отсылки

Что касается второй группы теорий, исследующих объект отсылки коллизионной нормы, то к ним можно отнести такие распространенные теории, как:

- английская доктрина «иностранного суда»;
- теория единства коллизионного и материального права.

Доктрина «иностранного суда»

Несмотря на безусловное наличие позитивных сторон у теории иностранного суда, основанной на желании применить иностранное право аналогично тому, как это сделал бы суд, для которого такое иностранное право является национальным, сама теория не свободна от существенных недостатков. Первым из таких недостатков являет-

вязки иностранной коллизионной нормы понятие «право государства» мыслится исключительно как материальное право, в противном случае прекратить постоянное перемещение между двумя правопорядками не представлялось бы возможным.

²³ Mayer P. Droit International Prive. Paris. 1998. P. 146.

ся возможность возникновения ситуаций, в которой английскому судье придется высказываться по вопросу, не урегулированному в том правовом порядке, к которому его отсылает английская коллизийная норма. Учитывая чрезвычайную сложность проблемы *renvoi*, все неясности иностранного законодательства, возникающие перед английским судьей, представляют для него трудноразрешимую задачу. Наиболее известным примером, когда английский судья оказался в столь затруднительном положении именно в связи с вопросом об обратной отсылке, является дело *Re Duke of Wellington*, когда английскому судье предстояло решить вопрос о праве, применимом к наследованию недвижимого имущества, и решить, признал бы испанский суд *renvoi*, при полном отсутствии каких-либо указаний испанского закона или судебной практики²⁴.

В аналогичной ситуации оказался английский суд и в 1985 г. в деле *In Re Estate of Christopher William Adams*, когда вновь встал вопрос о принятии испанским судом обратной отсылки, несмотря на то, что с тех пор данный вопрос был урегулирован в Испании законодательно²⁵: согласно ст. 12.2 Вводного закона к испанскому Гражданскому кодексу отсылка к иностранному закону понимается как отсылка к материальному праву, без принятия во внимание отсылки иностранного закона к законам иным, нежели испанский²⁶. Путем тщательного изучения мнений экспертов относительно испанского закона о наследовании и господствующей доктрины суд пришел к выводу, что в данном случае принятие обратной отсылки и применение испанского права к наследованию недвижимого имущества, принадлежащего англичанину, но расположенного в Испании (по английскому закону надлежало применить коллизийный принцип *lex rei sitae*), привело бы к расщеплению статута наследования (в Испании наследование движимостей и недвижимостей подчинено закону гражданства), что стало бы нарушением основополагающего

²⁴ *Dicey and Morris*. Op. cit. P. 82.

²⁵ Приводится по: <http://web.onyxnet.co.uk/antony.anderson-onyxnet.co.uk/adams.htm>.

²⁶ «The remission to foreign law will be understood to be made to its material law, without taking into account the remission which its rules applicable to the conflict might make to a law other than Spanish law». Обращает на себя внимание присутствующее данной норме внутреннее противоречие — с одной стороны, она высказывается в пользу обратной отсылки, исключая отсылку к закону третьего государства, с другой стороны, первая часть нормы фактически исключает постановку вопроса о *renvoi* в какой-либо форме, поскольку объектом отсылки объявляется иностранное материальное право.

принципа испанского наследственного права — принципа единства статута наследования. Следовательно, английский судья пришел к выводу, что испанский суд в таких условиях не смог бы применить обратную отсылку²⁷. Итогом стало применение английского права.

Другим аргументом против теории иностранного суда в качестве обоснования института обратной отсылки является то, что ее жизнеспособность обусловлена ее уникальностью, ибо если английская коллизионная норма будет отсылать к правопорядку, который пользуется аналогичной доктриной, то «карусель отсылок» завертнется с новой силой, поскольку каждый правопорядок будет ставить свое решение в зависимость от другого²⁸.

²⁷ Данное дело является прекрасной иллюстрацией того, что даже законодательное решение вопроса об обратной отсылке не способно устранить сложности и вопросов относительно применения данного института.

²⁸ Впрочем, такая ситуация не всеми коллизионистами рассматривается как пагубная для доктрины «иностранного суда»: например, некоторые немецкие юристы не трактуют доктрину «иностранного суда» как нежизнеспособную в условиях применения ее судами иных государств, помимо Соединенного Королевства. Так, Г. Кегель, моделируя ситуацию, с которой столкнулся бы немецкий суд, начавший применять доктрину «иностранного суда» при отсылке к праву Великобритании, приходит к выводу, что замкнутого круга удалось бы избежать. Приводится следующая логика: в силу того, что в Англии естественным образом отсутствуют прецеденты, учитывающие доктрину «иностранного суда» в праве Германии, английский судья применил бы немецкое право, поскольку именно так поступил бы немецкий суд в силу традиционных предписаний немецкого коллизионного права. Таким образом, у немецкого суда, принимающего обратную доктрину «иностранного суда» появляются все основания применить немецкое право. Если же в силу каких-то соображений английский суд станет применять в подобных ситуациях английское материальное право, то этому примеру тотчас же последует и немецкий суд, стоящий на позициях доктрины «иностранного суда». Следствием такого подхода стала бы столь желаемая гармония решений (*Kegel. G. Internationales Privatrecht. 7. Auflage. C.H. Beck. München 1995 S. 289*). Однако подобные софизмы являются скорее игрой жонглирующего парадоксами ума, нежели полноценной научной теорией, которая сама по себе, в отрыве от позиции английских судов, давала бы адекватное разрешение проблемы обратной отсылки. Кроме того, такие построения не учитывают чрезвычайно важного с точки зрения английского международного частного права обстоятельства: прецедент в Англии складывается из применения лишь английской коллизионной нормы, но не из применения иностранного права, поскольку, в силу особенностей права англо-американской правовой семьи, английский суд не может творить иностранное право (*O. Kahn-Freund. General Problems of Private International Law. Leyden. 1976. p. 117*). Таким образом, то обстоятельство, что английскому суду извест-

Теории, основанные на единстве коллизионного и материального права

Что касается сторонников теорий, основанных на единстве коллизионного и материального права, то, согласно их аргументации, объектом отсылки является все право в целом в силу того простого факта, что право страны представляет собой единую и организованную систему, в которой все без исключения правовые нормы создаются для достижения единой цели: достижения общего и наилучшего правового регулирования всех связанных с данной правовой системой отношений²⁹. Именно внутренняя согласованность и системная взаимосвязь делают обязательным обращение к коллизионным нормам иностранного государства с целью учесть действительную волю законодателя во всей ее полноте (нетрудно провести параллели с аргументацией, приводимой в поддержку проведения первичной квалификации по закону суда, согласно которой национальная коллизионная норма пронизана категориями национального права, которыми оперирует законодатель). И если в результате анализа коллизионной нормы иностранного государства будет установлено, что намерение иностранного законодателя состоит в фактическом самоустранении от регулирования данного правоотношения и признании за правопорядком страны суда надлежащей компетенции, то у суда появляются все основания рассмотреть спор в соответствии с нормами отечественного материального права.

Подобные рассуждения, основанные на порочном представлении о строгом единстве и внутренней взаимосвязи всех элементов правовой системы, которые могут быть достигнуты лишь в мире чистых моделей, но вовсе не являются частью окружающей действительности, носят, по сути, демагогичный характер, подчиненный единственному желанию обосновать обратную отсылку с целью максимально расширить сферу применения национального права.

ны лишь прецеденты, где посредством двойной отсылки было применено немецкое право, не освободит английский суд от обязанности вновь изучить коллизионное право Германии. Обнаружившему применение доктрины «иностранный суд» в германском праве английскому судье придется, по-видимому, изыскивать иные средства для разрешения коллизионного вопроса, нежели доктрина «иностранный суд».

²⁹ Эннексерус К. Курс Германского Гражданского права. — М.: Юридическая Литература, 1949. Т. 1, с. 217.

Идея же правовой системы как системы единой и гармоничной, в свою очередь, позволяет обнаружить определенное сходство с учением развившейся в Германии исторической школы права о так называемом «народном духе», определяющем развитие национального права. Однако идеи о едином «народном духе» как первопричине любого права опровергаются отсутствием субъекта, отсутствием носителя этого духа, поскольку весь ход исторического развития демонстрирует разобщенность общества и постоянную борьбу различных социальных групп, правосознание которых сплошь и рядом радикально расходится³⁰.

Кроме того, в качестве довода против теорий, построенных на единстве коллизионного и материального права, приводится определенная функциональная зависимость между коллизионной и материальной правовыми нормами. Так, отталкиваясь от односторонней коллизионной нормы, предписывающей применить материальную норму *legis fori*, Б.И. Кольцов приходит к выводу, что применение односторонней коллизионной нормы фактически равнозначно применению материальной нормы страны суда. Таким образом, пишет Б.И. Кольцов, в рассмотренном случае коллизионная норма не может существовать без материальной нормы. Что касается двусторонней коллизионной нормы, то она призвана разрешить коллизию двух конкурирующих законов, но если один из них, как следует из примера с коллизионной нормой, представляет собой закон материальный, то коллидирующий с ним закон не может быть ни чем иным, как материальным законом. Следовательно, нет оснований для принятия во внимание иностранных коллизионных норм³¹.

Отечественная доктрина международного частного права

Выделение позиции отечественной доктрины международного частного права по проблеме обратной отсылки в отдельный раздел обусловлено своеобразием ее подхода и определенными успехами в исследовании этого неоднозначного института.

В целом, отношение виднейших отечественных коллизионистов к институту *renvoi* можно охарактеризовать как положительное.

³⁰ Покровский И. А. Основные проблемы гражданского права. — М.: Статут, 1998, с.69.

³¹ Кольцов Б.И.. Цит. соч., с. 18.

Л. А. Лунц высказался в пользу применения *renvoi* следующим образом: при разрешении вопроса о допустимости обратной отсылки необходимо исходить из тех целей, которые ставит перед собой советское коллизионное право. Таковыми являются стремление способствовать укреплению мира, международного общения и развитию международных экономических связей. Этими целями продиктовано применение иностранного права, и ими же определяется, а следовательно, и ограничивается сфера признания органами Советского государства прав, возникших под действием иностранных законов. Поэтому при применении иностранного права органы Советского государства, во всяком случае, не имеют оснований идти дальше того, чем это делают органы соответствующих иностранных государств. Если советская коллизионная норма отсылает к иностранному праву, а это последнее содержит обратную отсылку к советскому праву, то подлежит применению советское право³².

Аналогичные соображения приводятся и другими отечественными теоретиками международного частного права. «Если советская коллизионная норма отсылает к праву буржуазному, то мы должны применить его точно и лояльно, — пишет С. Б. Крылов. — Но там, где само иностранное право отказывается от регулирования соответствующего вопроса, нет оснований расширять сферу его применения»³³. Из этого делается вывод, что применение иностранного права в данном случае не являлось бы необходимым для прогрессивного развития международных отношений, то есть не диктовалось целями, стоящими перед отечественным международным частным правом. Наша коллизионная норма отсылает к иностранному праву, считая его правом действующим, тогда как иностранный правопорядок объявляет свою собственную норму не подлежащей применению к данному конкретному правоотношению, то есть иностранное право фактически оказывается правом бездействующим. Вследствие этого обстоятельства лишается содержания и коллизионная норма, направившая суд к данному праву, и на этом основании советский суд применяет собственное материальное право³⁴. Последний тезис заслуживает особого внимания. Он основан на идее, согласно которой советская коллизионная норма имеет практический смысл лишь в единстве с материально-

³² Лунц Л.А. Цит. соч., с. 349.

³³ Перетерский И.С., Крылов С.Б. Международное частное право. — М.: Юридическая литература, 1959, с.50.

³⁴ Там же, с. 50.

правовой нормой, к которой она отсылает³⁵. Если иностранный правовой порядок не предоставляет такой нормы, коллизионная норма фактически не действует, что представляется достаточно разумным обоснованием того, почему при обратной отсылке суд применяет собственное материальное право, решив, таким образом, возникающую при *renvoi* проблему замкнутого круга.

В то же время в отечественной науке нередко были и негативные высказывания в адрес института обратной отсылки. При этом данный институт характеризовался не просто негативно, но как совершенно чуждый советскому коллизионному праву. Так, диссертационная работа Б.И. Кольцова, в которой достаточно подробно исследован феномен обратной отсылки, квалифицирует этот институт как порождение буржуазной теоретической мысли. Учитывая исторический контекст, в котором создавалась его диссертация, такой подход можно охарактеризовать как резко отрицательный³⁶.

Современное международное частное право и институт обратной отсылки

На основании изложенного можно сделать вывод о том, что, во-первых, ни одна из приведенных теорий не способна дать исчерпывающее обоснование институту обратной отсылки, каждая доктрина дает лишь частично удовлетворительное объяснение, не оставаясь, впрочем, неуязвимой для критики. Аналогичный вывод можно сделать и в отношении аргументов, приводимых против института *renvoi*: будучи существенными для учения, против которого они направлены, они, однако, не способны продемонстрировать несостоятельность института обратной отсылки как такового. Представляется, что первопричиной такой незавершенности диспута об обратной отсылке является уровень обсуждения проблемы: вопрос о допустимости *renvoi* обсуждается исключительно в рамках данного института, без исследования его места в международном частном праве, без изучения вопроса о том, насколько институт обратной отсылки соответствует целям международного частного права, как соотносятся

³⁵ Луцк Л.А. Цит. соч., с. 188.

³⁶ Полагаем, столь полярная характеристика, существующая в рамках одной правовой традиции, наглядным образом демонстрирует всю неоднозначность статуса института обратной отсылки.

институт обратной отсылки и сама идея о допустимости применения иностранного права.

Представляется, что ключевым в решении вопроса о допустимости доктрины обратной отсылки является именно разрешение вопроса о тех целях, которые ставит перед собой коллизионное право, во имя которых оно и разрешает суду применить нормы иностранного закона, прислушаться к воле иного законодателя.

Отечественная доктрина международного частного права очень большое значение при решении проблемы обратной отсылки придавала именно целеполаганию, однако советская теория международного частного права не смогла подняться «над схваткой», выйти за пределы узконационального мышления, обосновывая применение обратной отсылки целями исключительно советского коллизионного права. Постановка обратной отсылки на службу государству стала наихудшей судьбой для этого учения, поскольку оно фактически стало орудием борьбы вместо того, чтобы служить действительному разрешению многих сложных проблем международного частного права³⁷.

Впрочем, нельзя забывать о постоянной эволюции взглядов на природу права в целом и природу международного частного права в частности. Так, та тесная связь применения иностранного права с вопросами суверенитета, рассматривавшегося на определенном историческом этапе в качестве основного принципа международных отношений, на сегодняшний день не может быть положена в основу современных доктрин международного частного права, поскольку суверенитет сегодня уступает место принципам соблюдения прав человека, происходит все большая гуманизация международного частного права.

Кроме того, на сегодняшний день можно считать устоявшимся взгляд на международное частное право как на отрасль частного права. Об этом не вспоминается, когда говорят об абстрактном «согласовании» интересов правопорядков или же о «капитуляции» национальных норм. Частноправовой характер международного частного права проявляется именно в том, что поведение субъектов, строго говоря, не регулируется властными предписаниями: государ-

³⁷ Отметим, что еще решение по делу Форго ставилось под сомнение с точки зрения его объективности, поскольку Кассационный Суд разрешил дело в угоду интересам казны. Именно финансовая заинтересованность государства могла стать решающим обстоятельством в пользу принятия *renvoi*.

ство лишь охраняет возникшие между ними отношения³⁸. Коллизийная норма, что принципиально важно, есть лишь *способ выбрать метод охраны таких отношений*. В этой связи интерес государства вторичен по отношению к интересу индивида, слепое следование коллизийной норме, которая зачастую может быть закостенелой формой старых традиций, может идти в ущерб его интересам.

Таким образом, поскольку международное частное право есть отрасль частного права, мы не можем определять его цели в отрыве от интересов отдельных лиц, чьи интересы оно охраняет. И в этом контексте представляется справедливым тезис о том, что коллизийное право как составная часть международного частного права призвано «предоставить в распоряжение участвующих в споре сторон такой правовой порядок, на который они ориентировались, определяя свои действия, и который соответствует (подходит) тому социальному окружению, в котором они находятся»³⁹.

Вторая цель международного частного права, неразрывно связанная с первой и с необходимостью вытекающая из нее, заключается в обеспечении максимально возможной гармонии судебных решений (идея гармонии судебных решений — *Entscheidungseinklang* — как приоритетной цели международного частного права особенно сильна в Германии, где коллизийное право складывалось под сильным влиянием идей Савиньи⁴⁰). Неразрывная связь между отысканием правового порядка, который должен регулировать отношения сторон, и гармонией судебных решений состоит в том, что искомый правовой порядок может быть только один, и при идеальном решении коллизийного вопроса решения всех судов должны быть единообразны независимо от места рассмотрения спора⁴¹. Однако в силу указанной

³⁸ О соотношении частного и публичного права см.: Покровский Н. А. Цит. соч., с. 40-41.

³⁹ Rauscher T. Internationales Privatrecht. Heidelberg. 1999. S. 12.

⁴⁰ Rauscher T. Op. Cit. S. 13.

⁴¹ Несколько иной подход характерен для американской доктрины международного частного права. Так, в Restatement Second Conflict of Laws говорится о возможности принятия обратной отсылки в том случае, когда это приводит к единообразному решению дела судами, если такое единообразие является целью конкретной коллизийной нормы (E. Scoles. Conflict of Laws. St. Paul. Minn. 1982. P. 70). Такая формулировка, очевидно, связана с концепцией «заинтересованного штата», основной для американской доктрины международного частного права, когда отклонение от достижения гармонии решений до-

зависимости гармония судебных решений есть лишь следствие отыскания такого единого для всех правоприменителей правопорядка, и поэтому мы не можем найти иных путей для достижения такой гармонии, кроме как установить методы, которыми должен определяться такой правопорядок.

В свете такого представления о международном частном праве мы не можем допускать механическое «прикрепление» правоотношений к различным правопорядкам, если такое прикрепление не учитывает действительных интересов сторон. Точно так же мы не можем принять любое правило, которое действует в сфере коллизионного права, если оно не учитывает обозначенных выше интересов сторон (естественно, необходимость учитывать интересы сторон следует понимать не как стремление угодить всем заинтересованным лицам, но как потребность разрешения спора в соответствии с теми правовыми нормами, которые в действительности составляют его правовое обрамление, чтобы решение суда соответствовало разумным ожиданиям сторон и учитывало все фактические обстоятельства).

Следовательно, необходимо установить тот метод, которым будет реализовываться цель международного частного права в свете его современной гуманизации и закрепления его частнопроводного характера. Данный метод и должен лежать в основе создания коллизионных норм и объяснять причину выбора законодателем того или иного решения. Он же и должен объяснить, почему в принципе признается применение иностранного права.

По нашему мнению, этим методом является применение принципа наиболее тесной связи в качестве основного коллизионного принципа. Представляется, что наиболее четко такой ответ был сформулирован именно в ходе полемики относительно института обратной отсылки. Так, например, А.Б. Левитин отрицал возможность принятия обратной отсылки, исходя из того, что она несовместима с принципом наиболее тесной связи, который и призван определить правопорядок, наиболее полно отвечающий продекларированным выше требованиям. С А.Б. Левитиным нельзя не согласиться по существу, однако тот механизм реализации принципа наиболее тесной связи, который им фактически защищается, нельзя назвать

пускается, если штат имеет особый интерес в применении своих коллизионных норм.

полноценным и отвечающим своему назначению⁴². Вернее будет сказать, что в системе существующих жестких привязок принцип наиболее тесной связи не может быть реализованным в полной мере.

Так, возьмем, например, коллизионную привязку к праву страны учреждения или места основной деятельности продавца применительно к обязательствам из договора купли-продажи, используемую в ст. 166 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик⁴³. В свое время, комментируя принятые в 1958 г. Общие условия поставок СЭВ (ОУП СЭВ 1958), содержавшие аналогичную норму, М.М. Богуславский охарактеризовал такую отсылку как единственно верную и справедливую, поскольку «центр тяжести каждой внешнеторговой сделки лежит в исполнении обязательств продавца, состоящих, прежде всего, в своевременной поставке товаров надлежащего качества»⁴⁴. Таким образом, тесная связь правоотношения с выбранным с помощью коллизионной нормы правом очевидна. Однако она будет нарушена при наличии таких привходящих обстоятельств, как исполнение договора в третьей стране, или исполнение договора в пользу третьего лица, или иных обстоятельств, уводящих договор от страны местонахождения продавца. Современное российское коллизионное право, к примеру, не в состоянии в таком случае обеспечить выбор права, которое стороны «подразумевали», заключая договор.

В действительности лишь в новейших по времени законодательных актах, посвященных международному частному праву, принцип наиболее тесной связи реализуется во всей своей полноте. Для устранения изложенной проблемы при отыскании правопорядка, с которым правоотношение наиболее тесно связано, в современные законы включается общая норма, которая занимает своеобразное доминирующее

⁴² Утверждается, что, поскольку коллизионная норма призвана определить право, наиболее тесно связанное с правоотношением, то таким правом может быть только материальное право, а иностранный элемент, в связи с которым встал вопрос о применимом праве, может образовываться только в связи с материальным правом, но не коллизионным. (Левитин А.Б. Спорные вопросы международного частного права (отсылка). — Ученые записки ВИНУ. Вып. 2 (6). М., 1957, с. 70).

⁴³ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик. — Ведомости СНД и ВС СССР. 21.06.1991, № 26, ст. 733.

⁴⁴ Богуславский М.М. Правовое регулирование внешнеторговой купли-продажи в отношениях между социалистическими странами. — Проблемы международного частного права. М., 1960, с. 58.

положение над остальными коллизионными нормами, позволяя сохранять достаточную гибкость коллизионного регулирования практически для любых возникающих ситуаций. Так, ст. 15 швейцарского Закона о международном частном праве, принятого в 1987 г., устанавливает, что в исключительных случаях, когда из всех обстоятельств дела следует, что данное дело имеет лишь незначительную связь с правопорядком, на который указывает коллизионная норма данного Закона, то применяется право страны, имеющей наиболее тесную связь с данным правоотношением⁴⁵. Аналогичная норма содержится в Книге десятой Гражданского Кодекса Квебека, вступившего в силу в 1994 г.: ст. 3080 установлено, что в исключительных случаях право, указанное в настоящей книге, не подлежит применению, если, в свете всех сопутствующих обстоятельств, очевидно, что ситуация лишь отдаленно связана с этим правом и имеет значительно более тесную связь с правом другой страны⁴⁶.

Естественным следствием применения принципа наиболее тесной связи становится ограничение применения обратной отсылки, поскольку отпадают основания для продолжения поиска компетентного правопорядка после того, как была достигнута цель коллизионного регулирования, т.е. найдена правовая система, имеющая наиболее тесную связь с конкретным правоотношением. Так, обратная отсылка считается противоречащей смыслу немецкой коллизионной нормы, определяющей применимое право на основе принципа наиболее тесной связи⁴⁷, и поэтому применяться не должна. Вполне объясним в этой связи отказ от применения⁴⁸ или ограниченное применение обратной отсылки в коллизионном регулировании⁴⁹, закрепленный рассматриваемыми законодательными актами.

⁴⁵ The American Journal of Comparative Law (Volume 37), Number 2, Spring 1989.

⁴⁶ См. Гражданский Кодекс Квебека. — М.: Статут, 1999, с. 451.

⁴⁷ Palandt. Bürgerliches Gesetzbuch. München. 1999. SS. 2208-2209.

⁴⁸ Согласно ст. 3080 Гражданского Кодекса Квебека в случае, когда применению подлежит иностранное право, таким правом является право другой страны, за исключением его коллизионных норм. См.: Гражданский Кодекс Квебека. — М.: Статут, 1999, с. 451.

⁴⁹ Согласно ст. 13 Закона о международном частном праве Швейцарии, применению подлежат все положения иностранного права, которые должны быть применены с точки зрения такого права. Обратная отсылка допускается лишь тогда, когда она прямо предусмотрена швейцарским законом. В то же время согласно ст. 14 обратная отсылка допускается при решении вопросов личного

Часто говорится о заключении международных договоров в сфере коллизионного права, которые способны устранить негативные коллизии, приводящие к проблеме обратной отсылки⁵⁰. Также наличие единообразных привязок приводит к гармонизации судебных решений. Представляется, однако, что коллизионные привязки, которые устанавливаются международным договором, возникают в силу соображений, аналогичных тем, что определяют создание коллизионных привязок на национальном уровне. Следовательно, базовая концепция международного акта, посвященного коллизионным вопросам, должна быть идентичной тем идеям, что заложены в национальных законах, принимающих принцип наиболее тесной связи в качестве доминирующего коллизионного принципа. Если международный договор не способен привести к достижению цели, стоящей перед международным частным правом, то представляется, что суд должен будет прибегнуть к тем юридико-техническим приемам, которые позволят ему достичь справедливого результата.

Подтверждением этого является то обстоятельство, что международный договор отнюдь не означает устранения обратной отсылки в случаях, когда суд приходит к выводу, что применение коллизионных привязок, заложенных в договоре, может приводить к несправедливым результатам, т.е. результатам, по сути, не отвечающим указанной выше цели международного частного права. В таком случае суд может применить коллизионную норму государства, на право которого указывает международный договор, если такая коллизионная норма станет достаточным основанием для достижения более справедливого с точки зрения суда результата. Примером такого рассмотрения дела является американский прецедент *In Re Estate of Wright*. В деле, рассмотренном судом по делам о завещаниях, наследстве и опеке в 1994 г., встал вопрос о применимом к завещанию праве. Как было видно из обстоятельств дела, гражданин США, domiciliрованный в Швейцарии, распорядился своим недвижимым имуществом в пользу второй жены и детей, рожденных в браке с ней, подчинив при этом свое завещание праву штата Мэн. Обделенные таким образом дети от первого брака обратились в суд с требованием о признании завещания недействительным в части, касаю-

и семейного статута (см. The American Journal of Comparative Law (Volume 37), Number 2, Spring 1989. P. 199).

⁵⁰ Мандельштам А. Н. Гаагские конференции о кодификации международного частного права. — СПб., 1900. Т. 1, с. 238.

шейся причитающейся им по швейцарскому праву законной доли. Однако, в соответствии с принципом свободы завещаний, такое завещание было действительно с точки зрения американского закона. В то же время между Соединенными Штатами и Швейцарией существует договор 1850 г., регулирующий вопросы применимого права. Согласно положениям этого договора, все споры из наследования имущества должны разрешаться судом по праву той страны, где это имущество расположено, то есть, в данном случае, по праву Швейцарии. Возник вопрос о значении понятия «право страны». Суд, рассматривавший дело, пришел к выводу, что под этими словами надлежит понимать весь правопорядок в целом; в результате обращения к коллизионному праву Швейцарии было установлено, что ст. 90 Закона о международном частном праве позволяет иностранцу подчинить завещание своему национальному закону. Итогом стало признание завещания действительным. При этом суд предложил анализировать договор исходя из его целей. Таковыми, по мнению суда, являются предоставление гражданам каждой страны равного статуса по отношению к гражданам государства их пребывания. Решение дела, при котором гражданин США был бы умален в правах по сравнению с прочими иностранцами, domiciliрованными в Швейцарии, очевидно, противоречило бы целям договора⁵¹. Отвлекаясь от некоторых сомнений в компетентности суда решать данное дело, отметим, что суд не стал ограничиваться коллизионной привязкой договора, применив дополнительно коллизионную норму Швейцарии и приняв обратную отсылку, чтобы достичь наиболее справедливого, с его точки зрения, результата.

Итак, становится очевидно, что простая унификация коллизионных норм не способна окончательно разрешить стоящие перед международным частным правом проблемы и обеспечивать достижение целей, преследуемых этой сферой права. Единственным средством для достижения справедливых и единообразных решений, таким образом, остается лишь максимально широкое применение коллизионного принципа наиболее тесной связи. Однако не во всех правовых системах переход к принципу наиболее тесной связи осуществлен в полном объеме. В этой связи возникает вопрос, насколько возможно применение доктрины обратной отсылки для достижения стоящих перед современным международным частным правом це-

⁵¹ American Journal of Comparative Law, Volume 43, Number 1. Winter 1995. PP 85-87.

лей. При этом, поскольку мы отрицаем публично-правовой характер международного частного права, указание на который встречается в литературе⁵², мы считаем возможным применение судом в том числе и коллизионных норм иностранного государства. Тем более что, даже если бы мы признали за коллизионными нормами публично-правовую природу, то тенденция, проявляющаяся в наиболее современных законах о международном частном праве, позволяет не ограничивать применение иностранного права лишь сферой частного права⁵³.

Правила применения принципа *renvoi* с точки зрения современного международного частного права

Итак, определив цель международного частного права как отыскание статута, наиболее тесно связанного с правоотношением, мы должны проверить, насколько доктрина обратной отсылки способна служить такой цели.

Естественно, как было сказано выше, обратная отсылка не может быть применена в правовых системах, использующих принцип наиболее тесной связи в качестве основного коллизионного принципа. Что же касается правовых систем, которые не внедрили этот принцип в свое коллизионное право, то обратная отсылка, равно как и отсылка к третьему закону, вполне способны помочь судье, не находящему в национальном законодательстве коллизионных норм, которые позволили бы ему отыскать правопорядок, в действительности компетентный регулировать конкретное правоотношение, применить данный принцип (или жесткую привязку иного рода, которая, тем не менее, указывает на правопорядок, в действительности наиболее тесно связанный с конкретным правоотношением), чтобы разрешить дело надлежащим образом.

Таким образом, в рассмотренной выше ситуации с коллизионным регулированием договора купли-продажи в российском праве

⁵² Брун М. И. Введение в международное частное право — Петроград, 1915, с. 79.

⁵³ Согласно ст. 3 Швейцарского закона о международном частном праве применение нормы иностранного права не может быть исключено в силу одного лишь факта, что она имеет публично-правовую природу (American Journal of Comparative Law (Volume 37) Number 2. Spring 1989. P. 198).

для российского суда единственной возможностью в системе действующих коллизионных норм является применение обратной отсылки (отсылки к третьему правопорядку) в случае, если иностранные коллизионные нормы отсылают к правопорядку, наиболее тесно связанному с данным правоотношением.

Встает вопрос, какие могут возникать препятствия такому «заимствованию» чужого коллизионного принципа. Очевидно, таким препятствием может быть только прямой запрет принятия *renvoi* в какой-либо форме либо такие формулировки, которые содержатся во Вводном Законе к Германскому Гражданскому Уложению, согласно которым обратная отсылка принимается до тех пор, пока это не противоречит смыслу коллизионной нормы⁵⁴. Помимо указанного выше примера, когда обратная отсылка считается противоречащей смыслу коллизионной нормы, определяющей применимое право на основании принципа наиболее тесной связи, обратная отсылка может также признаваться несовместимой с коллизионной нормой в случаях, когда выбор права сделан сторонами договора, а также когда имеется альтернативная привязка (впрочем, если судья не находит права, компетентного решать конкретный спор, возможно прибегнуть к помощи *renvoi*)⁵⁵. Кроме того, ввиду известной гибкости и неопределенности формулировки «противоречие смыслу отсылки» возможны и дополнительные критерии для отказа от принятия обратной отсылки.

Кроме того, препятствия к применению принципа *renvoi* могут лежать в сфере соблюдения основных принципов национального права и необходимости учитывать оговорку о публичном порядке, что зачастую совпадает. Так, в 1987 г. Федеральный Суд Германии отказался принять обратную отсылку от итальянского права, сославшись на рассмотренное выше несоответствие *renvoi* смыслу отсылки, хотя в данном случае обратную отсылку следовало бы скорее отклонить по мотивам несоответствия содержащейся в итальянской коллизионной норме привязки к немецкому публичному порядку⁵⁶, поскольку итальянская коллизионная норма определяла применимое право по национальному закону мужа, что противоречит началам

⁵⁴ Вводный Закон к Германскому Гражданскому Уложению. — Германское Право. Часть I. М. 1998. С. 501

⁵⁵ Palandt. Op. cit., SS. 2208-2209.

⁵⁶ Heldrich A. Erfahrungen mit dem neuen deutschen Gesetz ueber das IPR. — Österreichs Stellung heute in Europarecht, IPR und Rechtsvergleichung. Wien 1989. S. 114.

равенства мужчины и женщины, закрепленным в немецких законах, в Основном Законе ФРГ, а также в многочисленных международных документах.

В мае 1999 г. обратная отсылка была отклонена Верховным Судом Испании по тем соображениям, что принятие обратной отсылки приведет к расщеплению статута наследования, что, в свою очередь, несовместимо с принципом единого статута наследования, являющегося основным в испанском наследственном праве. Такое решение было принято, несмотря на то что испанский закон прямо предусматривает принятие обратной отсылки⁵⁷.

Представляется, что иных препятствий к принятию обратной отсылки на сегодняшний день выдвинуть нельзя.

Кроме того, необходимо, по-видимому, согласиться с утверждением, что при принятии отсылки к праву третьей страны должен, очевидно, учитываться также и публичный порядок страны, к которой отсылает коллизионная норма страны суда⁵⁸. К такому выводу приводит необходимость максимально точно применить иностранное право. По вопросу, надлежит ли учитывать *ordre public* иностранного государства при обратной отсылке, могут быть выражены различные взгляды⁵⁹.

Применение обратной отсылки может быть заложено в международном договоре, а также непосредственно в законе, к которому отсылает коллизионная норма страны суда.

В первом случае применение доктрины обратной отсылки заложено в ряде международных договоров, причем не только в сфере, касающейся определения личного закона, где принятие *renvoi* является обычным коллизионным приемом. Так, Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и гражданами других государств 1965 г. (Вашингтонская конвенция) в ст. 42 предусматривает в качестве применимого права право страны-участницы инвестиционного спора, включая его коллизионное право. Некоторые авторы оговаривают, что в случае, когда решение рассматривается международным судом или арбитражем, отсутствует сама возможность обратной отсылки, поскольку отсутствует *lex fori*

⁵⁷ см.: <http://web.onyxnet.co.uk/antony.anderson-onyxnet.co.uk/ts-e.htm>

⁵⁸ Niederer W. Einfuehrung in die allgemeinen Lehren des Internationales Privatrechts. Zuerich. 1950. S. 304).

⁵⁹ Так, В. Нидерер отрицал необходимость учитывать нормы иностранного публичного порядка при принятии обратной отсылки (Ibid. S. 304).

как таковой, но вполне может иметь место отсылка к правопорядку другой страны⁶⁰.

Во втором случае обязанность применять иностранные коллизионные нормы может быть заложена и непосредственно в иностранном законе. Так, Единообразный Торговый Кодекс США в девятом разделе, регулирующем обеспечение сделок (ст. 9-103), при определении права, которому подчиняется формализация обеспечительных интересов, содержит различные привязки, однако предписывает при этом руководствоваться и коллизионными нормами штата, к которому приводит применение предусмотренной в ЕТК привязки⁶¹. Кроме того, возможность обратной отсылки может содержаться также и при имплементации предписаний международного договора в национальное законодательство, что произошло после принятия национальных вексельных законов на основании Женевской конвенции, имеющей целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г., в соответствии с которой способность лица обязываться по векселю определяется его национальным законом, если только национальный закон не определяет его «векселеспособность» по иному закону, — в таком случае применению подлежит этот иной закон. Такие нормы содержатся, к примеру, в российском⁶² и немецком⁶³ законодательствах. Вряд ли у суда третьего государства будут разумные основания отказаться от принятия таких отсылок.

На основании приведенных соображений становится возможным сформулировать следующие правила применения обратной отсылки, а точнее говоря, обратная отсылка может быть применена при одновременном наличии следующих условий:

- коллизионное право страны суда не содержит принципа наиболее тесной связи в качестве руководящего коллизионного принципа;
- право, на которое указывает коллизионная норма страны суда, имеет незначительную связь с рассматриваемым правоотношением;

⁶⁰ Ibid. S. 276.

⁶¹ Единообразный Торговый Кодекс США. — М.: Статут, 1998, с. 345-348.

⁶² Положение о переводном и простом векселе. — Собрание законов и распоряжений Рабоче-Крестьянского Правительства СССР», 21.08.1937, № 52, ст. 221.

⁶³ Закон о векселях. // Германское право. ч. III. — М.: Статут, 1999, с. 125.

- коллизионные нормы иностранного правопорядка содержат коллизионный принцип наиболее тесной связи или иным образом указывают на компетентный правопорядок, или если международный договор или непосредственно иностранный правопорядок прямо указывает на необходимость применить его коллизионные нормы;
- в праве страны суда отсутствуют препятствия к принятию *renvoi* (прямой запрет, несоответствие ее принятия нормам публичного порядка страны суда).

На основании сформулированных правил можно выдвинуть идею о необходимости «учреждения» своеобразной «иерархии привязок», которая должна стать определяющей для суда при решении вопроса о том, должен ли он принимать во внимание предписания иностранной коллизионной нормы. Иерархичность заключается в том, что норма, обеспечивающая отыскание правопорядка, компетентного регулировать рассматриваемый судом спор (напомним, что «компетентность» правопорядка зависит от того, насколько поиск такого правопорядка был проведен в соответствии с целями международного частного права), должна иметь приоритет, независимо от того, какой правопорядок предлагает такую норму. И первое место в такой иерархии должно быть отдано гибкой коллизионной привязке, отсылающей к правопорядку, обладающему наиболее тесной связью со спорным правоотношением.

Такая иерархия может быть проиллюстрирована в действии на следующем примере: в 1995 г. Апелляционный суд штата Мэриленд пересмотрел традиционный подход к контрактным отношениям в деле *American Motorists Ins. Co. vs. ARTRA Group Inc.* Иск был предъявлен в штате Мэриленд, и суд, рассматривавший дело в первой инстанции, применил свое коллизионное право, которое содержало привязку к праву места заключения договора (*lex loci solutionis*), то есть к праву штата Иллинойс. Однако конфликтные нормы Иллинойса содержали гибкую привязку, основанную на принципе наиболее тесной связи (она была воспринята из *Restatement Second*), и суд штата Мэриленд пришел к выводу, что данные правоотношения обнаруживают наиболее тесную связь именно с Мэрилендом, тогда как правопорядок штата Иллинойс самоустраняется от разрешения данного спора. О неоднозначности такого решения свидетельствует непростая судьба дела, прошедшего через три инстанции, однако указанный вывод был поддержан Апелляционным судом штата, который сформулировал условия применения *renvoi* к спорам, вытекающим из контрактных отношений:

- данное отношение обнаруживает наиболее тесную связь именно с Мэрилендом;
- суд штата, к которому отсылает коллизийная норма Мэриленда, отказывается от применения собственного права и применяет право Мэриленда⁶⁴.

Из вышеизложенного можно сделать вывод, что суды Мэриленда признают лишь обратную отсылку, отказываясь распространять эти принципы на случаи отсылки к праву третьей страны. Такой подход вряд ли является оправданным, поскольку сама сущность принципа наиболее тесной связи демонстрирует его несвязанность какими-либо формальными условиями. Тем не менее, данное решение может служить примером того, как надлежит действовать суду, признающему принцип иерархичности коллизийных привязок. Полагаем, что такая иерархичность универсальна по своей природе, в связи с чем продемонстрированное действие института обратной отсылки, основанного на принципе иерархичности привязок, может быть применено ко всем специальным правоотношениям, возникающим в рамках международного частного права, будь то коллизийное регулирование деликтных правоотношений, поиск имущественного статута или определение личного закона, или же какой-либо иной институт.

Представляется, что закрепление принятия обратной отсылки на уровне закона может иметь место только до тех пор, пока у законодателя не хватит решимости внедрить гибкий коллизийный принцип наиболее тесной связи в качестве доминирующего коллизийного принципа.

Мы также полагаем, что правила об обратной отсылке могут быть сформулированы лишь в наиболее общем виде, в качестве своеобразной компенсации того эффекта, который может достигаться за счет принципа наиболее тесной связи. И здесь можно согласиться с утверждением, что принятие отсылки должно во многом зависеть от конкретных обстоятельств⁶⁵. Вопрос о необходимости законодательно решить вопрос о допустимости обратной отсылки был близок к своему разрешению в подготовленном в 1989-1990 г.г. проекте Закона о международном частном праве и международном гражданском процессе. В ст. 4 признавались обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны,

⁶⁴ American Journal of Comparative Law, Volume 44, Number 2, Spring 1996. PP. 182-185.

⁶⁵ Федосеева Г. Международное частное право. — М.: Остожье, 1999, с. 101.

причем сфера их действия значительно расширялась по сравнению с прежними подходами: обратная отсылка допускалась практически во всех случаях, за исключением ситуации, если стороны непосредственно в договоре указали применимое к нему право или же соглашение сторон дает основание считать, что они имели намерение подчинить свои отношения тому иностранному праву, которое подлежит применению в соответствии с положениями настоящего закона⁶⁶. Представляется, что такая достаточно гибкая формулировка была способна обеспечить выполнение доктриной обратной отсылки функции определения права, подлежащего применению, поскольку применение принципа наиболее тесной связи по-прежнему носило субсидиарный характер, т.е. принцип наиболее тесной связи мог быть использован лишь после того, как применение основных привязок не приводило к определению компетентного правопорядка. Единственная корректировка, которая требовалась для ее адекватного применения, должна была предусматривать, что обратная отсылка допускается в случае, если коллизионные нормы иностранного правопорядка обеспечивают отыскание права, наиболее тесно связанного с правоотношением. Думается, что в отсутствие такой оговорки обратная отсылка может стать всего лишь удобным средством для отказа от применения иностранного права.

До тех пор, пока в законе отсутствуют какие-либо предписания относительно принципа *renvoi*, данная проблема должна составлять предмет судейского усмотрения, основанного на перечисленных выше правилах.

Кроме того, теперь мы должны признать, что никаких различий в существо таких явлений, как отсылка к третьему закону и обратная отсылка, не имеется, и они на сегодняшний день выполняют единую компенсирующую функцию, функцию восполнения недостаточно широкого применения принципа наиболее тесной связи. В этом смысле несостоятельно какое-либо различие этих двух явлений ни с точки зрения взаимоотношений суверенных государств, ни с точки зрения сторонников максимально широкого применения национального закона.

С учетом вышеизложенных позиций представляется порочным подход разработчиков проекта третьей части ГК РФ к достижению целей, стоящих перед международным частным правом. Опубликованный в 1996 г. проект ограничивает принятие обратной отсылки и

⁶⁶ Приводится по: Международное частное право: современные проблемы. --- М.: РАН, ИГиП, 1994, с. 462.

отсылки к праву третьей страны лишь тремя случаями: согласно ст. 1230 проекта, любая отсылка к иностранному праву, кроме случаев, предусмотренных данной статьей, должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны. Данная статья указывает следующие допускающие обратную отсылку нормы: ст. 1233, определяющая личный закон физического лица; ст. 1235, указывающая право, по которому определяется дееспособность иностранных граждан и лиц без гражданства, а также ст. 1239, определяющая право, регулирующее отношения по опеке и попечительству⁶⁷. В то же время принцип наиболее тесной связи по-прежнему находится в подчиненном по отношению к другим коллизионным привязкам положении, выполняя лишь вспомогательную функцию: к принципу наиболее тесной связи предполагается обращаться только в тех случаях, когда содержащиеся в законе коллизионные привязки не позволяют определить право, подлежащее применению.

Такой подход к проблеме *renvoi* в условиях ограниченного применения принципа наиболее тесной связи представляется неоправданным и малообоснованным, скорее в нем можно заметить лишь механистическое следование традиции: обратная отсылка закреплена в той сфере отношений, где она воспринималась наиболее широко, однако не было проведено критического анализа мирового опыта, не была сделана попытка переосмыслить доктрину *renvoi*, исходя из новых реалий, вследствие чего закрепленный в проекте подход не лишен недостатков, от которых можно было бы избавиться, используя наиболее современные наработки по этой проблеме⁶⁸.

⁶⁷ Иванов. Г.А., Романова С.М. Обсуждаем проект третьей части ГК: международное частное право. — Законодательство, 1997, № 4.

⁶⁸ Более новые проекты, датированные декабрем 1998 года, но, к сожалению, до сих пор неопубликованные, также не предусматривают широкого применения принципа наиболее тесной связи и ограничивают принятие обратной отсылки лишь вопросами определения гражданского состояния физического лица. По сути, подход первого проекта остался неизменным, лишь более рационально и экономно использован юридический материал.