

Международное частное право

К ВОПРОСУ ОБ «ОБХОДЕ ЗАКОНА»

А.И. Муранов*

В современном мире интеграция России в мировую экономику и успешное участие российских субъектов права в международном частнопровом обороте невозможны без развитой системы коллизионного регулирования в российском праве. По этой причине скорое принятие третьей части ГК РФ, содержащей раздел VII «*Международное частное право*», является не только завершением процесса создания основополагающей базы правового регулирования частнопровых отношений внутри России, но и создает более благоприятные условия для регулирования российской правовой системы международных частнопровых отношений.

Работа над разделом VII «*Международное частное право*» третьей части ГК РФ к моменту написания настоящей статьи во многом завершена: уже опубликован проект этого раздела¹. Невозможно не оценить высоко проделанную авторами проекта работу по подготовке данного раздела. И можно целиком разделить почти все его положения (кроме некоторых моментов, которые на нынешнем этапе развития российского международного частного права не являются принципиальными), за исключением одного, на которое невозможно не обратить внимание, — ст. 1231 «*Последствия обхода закона*», являющуюся нововведением в российском коллизионном праве: теории «обхода закона» (*agere in fraudem legis*)². Эта статья гласит: «*Недействительны соглашения и иные действия участников соглашений, регулируемых настоящим Кодексом, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом*».

* Преподаватель кафедры международного частного и гражданского права МГИМО-У МИД РФ.

На мой взгляд, включение статьи об «обходе закона» в раздел VII части третьей ГК РФ являлось бы крупной ошибкой и шагом назад в развитии российского международного частного права, поскольку ее наличие в действующем законодательстве означало бы:

1) разрыв с лучшими традициями дореволюционного российского и советского международного частного права;

2) игнорирование печальной судьбы понятия «обход закона» в зарубежном и советском гражданском праве, которая в итоге ждет это понятие и в международном частном праве;

3) введение в российское законодательство внутренне противоречивого околоюридического термина «обход закона»;

4) создание в механизме коллизионного регулирования неоправданных технических сложностей и логических противоречий;

5) использование для разрешения коллизионных вопросов устаревшей, рудиментарной юридической техники;

6) игнорирование опыта большинства развитых западных стран по этому вопросу;

7) игнорирование современных тенденций в развитии международного частного права в мире и очередное «своеобразие» российского права;

8) уменьшение степени состязательности процесса при рассмотрении российскими юрисдикционными органами отношений с иностранными характеристиками с одновременным очередным повышением степени его инквизиторности, от чего так сложно и медленно отходит российская правоприменительная практика;

9) введение в российское коллизионное регулирование «защитной оговорки», совершенно излишней для защиты интересов российского права;

10) предоставление преобладающему большинству российских судей очередной «подушки для ума», которой они (при их расположенности в пользу исключительно *lex fori*, а также очень низком уровне подготовки в сфере международного частного права) не преминут с большой охотой воспользоваться.

В качестве итога будет фигурировать не только сведение на нет многих положительных нововведений проекта раздела VII части третьей ГК РФ, но и уменьшение случаев применения иностранного права российскими государственными судами, иными правоприменительными органами, а в качестве более далекого результата — способствование отрыву российского права от других правовых систем и другие последствия, в частности нежелание западных предпринимателей инвестировать в экономику России.

Поясню кратко выдвинутые мной тезисы против статьи об «обходе закона»³.

1. В опубликованном в «Российской газете» 30 ноября 1996 г. комментарии «Мы в мире, мир у нас» к проекту раздела VII части третьей ГК РФ говорится, что при его подготовке учитывались история, традиции и опыт отечественного международного частного права. Если под историей, традициями и опытом отечественного международного частного права понимать, в частности, дореволюционный период, то в отношении проблемы «обхода закона» в МЧП положение является диаметрально противоположным сказанному.

А. Законодательству дореволюционного российского международного частного права, при всей его приверженности иностранному влиянию, понятие «обход закона» в коллизийном смысле не было известно. Дореволюционной судебной практике по вопросам МЧП, достигшей очень высокого для своего времени уровня развития, термин «обход закона» также не был известен⁴. Более того, в тех случаях, когда обстоятельства дела давали все основания сослаться на «обход закона», Правительствующий Сенат этого не делал и использовал иную процедуру для разрешения таких коллизий законов⁵. Что касается теории «обхода закона» в доктрине, то интересно отметить, что все крупные ученые, непосредственно занимавшиеся международным частным правом, прежде всего М.И. Брун, а также Н. Иванов, Т.М. Яблочков, Л.В. Шалланд, А.Н. Мандельштам, выступали против этой теории⁶. Хотя касались они этого вопроса скорее мимоходом и ограничивались критикой данной теории только в отношении принципа *locus regit formam actum*, а в высказываниях некоторых из них чувствуется сильное влияние Вэхтера (Wechter)⁷, вполне очевидно, что это их сознательная позиция, а не простой пересказ взглядов западных коллизийнистов.

Б. В советской доктрине МЧП теории «обхода закона» внимание практически не уделялось, а если и уделялось, то только на описательном, а не на аналитическом уровне. Достаточно сказать, что А.Н. Макаров и С.Б. Крылов, каждый из которых заслужил себе громкое имя в науке, относились к этой теории отрицательно⁸. Поскольку теория *agege in fraudem legis* в советском международном частном праве скорее кратко описывалась, чем защищалась и разрабатывалась, нельзя сказать, что в советском праве произошла ее рецепция. Сохранению ее описания в доктрине во многом способствовало также наличие в ГК РСФСР 1922 года ст. 30, объявляющей недействительной сделку, совершенную в «обход закона». После того как правоприменительная практика и развитие советской доктрины гражданского права показали полную непригодность теории «обхода закона» в гражданском праве, ГК РСФСР 1964 года от нее отказался, однако теория «обхода закона» в международном частном праве сохранилась скорее по традиции, чем по необхо-

димости. Следует сказать, что неразработанность данного вопроса в советской доктрине являлась следствием того, что для нее сама проблема «обхода закона» в международном частном праве не имела никакой практической ценности. В СССР отсутствовали предпосылки для совершения действий с целью не допустить применения советского закона. Именно отсутствие у этой проблемы практической значимости и предопределило решающим образом полное отсутствие к ней и теоретического интереса: в советском МЧП не было написано ни одной специальной статьи на эту тему, а упоминание о теории «обхода закона» включалось далеко не в каждый учебник по МЧП⁹. Если же эта теория и упоминалась, то ей уделялось не более нескольких абзацев или одной страницы¹⁰.

Что же касается советского законодательства и судебной практики, то в них понятие «обход закона» широко использовалось только в гражданском праве и только в 20-х годах (ввиду наличия в ГК РСФСР 1922 г. ст. 30, объявляющей недействительной сделку, совершенную в «обход закона»). В законодательстве и судебной практике международного частного права этот термин просто не встречался. Не встречается этот термин и в опубликованных решениях ВТАК и МАК.

Остается только отметить, что в проекте закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе, подготовленном в 1989—1990 годах ВНИИ советского государственного строительства и законодательства, имелась ст. 7 «Последствия обхода закона о подлежащем применению праве»¹¹, содержание которой и было, видимо, учтено при подготовке раздела VII. При обсуждении проекта данная статья вызвала более чем обоснованные сомнения: как ограничивающая действие принципа автономии воли (И.С. Зыкин) и как получившая недостаточное обоснование в комментариях к ней (В.С. Поздняков)¹².

Таким образом, понятие «обход закона» не имеет никаких корней в лучших традициях дореволюционного российского и советского международного частного права. Следует, правда, признать, что введение понятия «обход закона» являлось бы логическим продолжением менее достойной традиции отчасти дореволюционного российского и советского МЧП — излишнего крена в сторону территориализма.

2. Судьба понятия «обход закона» в гражданском праве весьма поучительна и может являться указанием на то, что ждет это понятие в МЧП.

В ГК РСФСР 1922 года имелась ст. 30, которая объявляла недействительной сделку, совершенную в «обход закона»¹³. Пожалуй, в ГК РСФСР 1922 года ни одно положение не вызывало столько противоречивых толкований, как эта норма.

При этом само определение понятия «делка в обход закона» толковалось вполне однозначно и основывалось на разграничении, проведенном еще в римском праве, заимствованием из которого это понятие и является¹⁴. И хотя на первый взгляд в этих определениях присутствует логическая ошибка — допущение того, что незаконный результат может быть достигнут законными средствами, на самом деле эти определения являются не более чем отражением того действительно существующего в праве положения вещей, при котором соответствующие требованиям закона действия при определенных обстоятельствах могут быть объявлены лишёнными правовой силы. Предпринимаемый ниже экскурс в общие понятия права имеет целью кратко показать, как появилось понятие «обход закона» в частном праве, какова была его судьба в нем и какая судьба ждет это понятие в международном частном праве.

Развитие права, начавшись с элементарной техники установления запретов и дозволений, показало, что помимо правоотношений, которые либо точно укладываются в рамки дозволения, либо прямо нарушают запрет, возможны и отношения, внешне соответствующие требованиям закона, но целям закона не отвечающие: а) ввиду наличия особого **внутреннего элемента**; б) ввиду наличия особого **внешнего элемента**. К первому случаю относятся: отношения, в которых в роли особого внутреннего элемента выступает искажение воли одного из участников по не зависящим от него причинам (обман, принуждение и т.д.); отношения, в которых в роли особого внутреннего элемента выступает искажение направленной вовне воли участников, совершенное намеренно ими самими (мнимые и притворные действия). Ко второму случаю относятся: отношения, в которых в роли особого внешнего элемента выступает причинение другому лицу вреда (злоупотребление правом); отношения, в которых в роли особого внешнего элемента выступает не прямое нарушение конкретно установленного запрета, а нарушение еще не введенного запрета или запрета, который настолько абстрактен, что не может быть определен в правовой форме (нарушение принципов морали, добрых нравов, публичного порядка, «интересов государства и общества» (термин ст. 49 ГК РСФСР 1964 г.), «основ правопорядка и нравственности» (термин ст. 169 ГК РФ 1995 г.) и т.д.). Данная упрощенная классификация для интересующего нас аспекта является, пожалуй, исчерпывающей.

Право Древнего Рима показывает, что наиболее быстрому правовому осмыслению и регулированию подверглись отношения, в которых в роли особого внутреннего элемента выступает искажение воли одного из участников по не зависящим от него причинам

(обман, принуждение и т.д.). Это произошло быстро именно из-за природы такого внутреннего элемента, который мог испытать на себе любой участник правового оборота, а регулирование такого отношения выразилось в том, что неодобление обществом этого элемента было так сильно, что вылилось в установление прямого запрета на его привнесение в любое правоотношение. В итоге правоотношения с таким элементом перешли из ряда четырех выделенных в разряд прямо нарушающих запрет.

Что же касается других отношений — мнимых и притворных действий, злоупотребления правом, нарушения основ правопорядка и нравственности, то они подверглись правовому осмыслению позднее в силу нескольких причин: прежде всего, требовалось достижение правом определенного уровня развития; кроме того, они не были направлены, подобно обману, против конкретных участников правового оборота, и т.д. Зная о религиозных корнях римского права, можно представить себе чувства древних римлян, когда обнаружилась возможность существования таких действий. Такие действия должны были рассматриваться не только как угрожающие участникам правового оборота, но и как посягающие на божественный закон (*fas*) и естественный порядок вещей. О том, что это было именно так, свидетельствует сама этимология слов *fraus legi*. Слово *fraus* переводится не только как «обман», но и как «ущерб, вред», а слово *lex* употреблено в этом словосочетании не в родительном падеже, а в дательном. В итоге дословный перевод латинского выражения *fraus legi* звучит не как «обход закона», а как «обман в отношении закона» или как «вред закону». Римское право, произведя на свет в момент эмоционального негодования выражение *fraus legi*, на этом не остановилось, а пошло дальше. В итоге проведенного анализа из выражения *fraus legi* выделились как более специальные понятия *simulatio*, *abusus*, такие выражения, как «*acta quae contra bonos frunt, nullam wit habere, indubitanfi juris est*» (несомненным законом является то, что договоры, заключенные в нарушение добрых нравов, не имеют силы). Этот процесс свидетельствует о имеющейся в праве закономерности, согласно которой общие понятия с «негативным» смыслом претерпевают уточнения в большей степени (посредством выделения из них более специальных терминов), чем общие понятия с «позитивным» смыслом¹⁵.

Само же выражение *fraus legi* осталось и использовалось в качестве синонима выделившихся из него понятий и должно было бы исчезнуть, если бы римское право не было забыто. После рецепции в Европе римского права выражение *fraus legi* обрело свою вторую жизнь как овященное сиянием римского права. И хотя в XIX и

начале XX века ему посвящались многие исследования, этот термин по самой своей природе был обречен на постепенное исчезновение. Например, несмотря на то что это понятие предлагалось ввести в ГГУ, это не было сделано, так как оно было расценено как слишком опасное для стабильности правового оборота¹⁶. С тех пор выражение «обход закона» все более вытесняется из правового оборота, продолжая использоваться скорее с эмоциональным оттенком.

Возвращаясь к понятию «обход закона» в ст. 30 ГК РСФСР 1922 года, можно сказать, что оно прошло тот же путь, что был им проделан и на Западе. В 20-е годы каждый из авторов, исходя из общего определения еще римского права, предлагал свое толкование этого термина в соотношении с другими понятиями: его рассматривали отдельно, то как синоним понятий «мнимый», «притворный» или «злоупотребление». В 50-е годы понятие «обход закона» в советском гражданском праве было подвергнуто довольно резкой критике как бессодержательное. В итоге это понятие в ГК РСФСР 1964 г. не попало, от чего тот только выиграл.

Точно такая же судьба ждет это понятие и в коллизионном праве. Если вспомнить, что коллизионное право начало развиваться в XII веке, то можно сказать, что на сегодняшний момент коллизионное право достигло только той аналогичной ступени развития, на которой частное право было в начале XX века.

3. Итак, понятие «обход закона» представляет собой просто образное собирательное выражение для обозначения целого ряда неправомерных действий, которым различными способами пытаются придать видимость правомерности (обман, притворность, мнимость, злоупотребление правом), простой совокупностью этих действий это понятие исчерпывается, и у него отсутствует самостоятельная правовая специфика.

Понятие «обход закона», родившись в сфере права, претерпело, как уже было показано, определенную эволюцию, все более утрачивая правовой смысл, и на сегодняшний день перешло в околоправовые сферы, в которых собственно право смешано с политикой и обыденными представлениями о праве.

Свидетельств тому множество. В серьезной правовой литературе термин «обход закона» представляет большую редкость, и его сохранение объясняется не более чем определенной традицией, эмоциональностью, стремлением облегчить понимание или, в конце концов, некоторым невниманием к терминологии. Но если открыть такие, например, газеты, как «*Коммерсант-DAILY*» (или аналогичные издания) или «*Российская газета*», то на их страницах в обычно упрощенческих статьях, посвященных праву, термин

«обход закона» встречается нередко (при этом в первой прослеживается некоторое сочувствие к нему, а во второй — положение диаметрально противоположное)¹⁷. Имеются примеры использования понятия «обход» и в политико-правовой лексике¹⁸.

Однако тем, что понятие «обход закона» из правовой сферы перешло в околоправовую, и тем, что, утратив правовой смысл, оно приобрело смысл скорее эмоционально-обыденный, положение не исчерпывается. Даже в тех случаях, когда оно употребляется в правовом значении, поражает та многозначность и оттенки, в которых и с которыми оно используется. Помимо западной правовой литературы конца прошлого и начала нынешнего столетия, а также советской гражданско-правовой литературы 20-х годов (в которой это понятие использовалось и самостоятельно, и как синоним понятий «мнимость», «притворность», «фиктивность», «злоупотребление»¹⁹) можно указать и на другие примеры. В качестве примера «обхода закона» приводилось изобретение института доверительной собственности в праве Англии²⁰. В законодательстве Российской империи об иностранцах термин «обход закона» употреблялся в качестве синонима слова «обман»²¹. Кстати, в пп. «б» ст. 1 Международной конвенции о взаимном административном содействии в предотвращении, расследовании и пресечении таможенных правонарушений, подписанной в Найроби 9 июня 1977 г. (к которой Россия присоединилась Постановлением Правительства РФ от 3 ноября 1994 г. № 1215), термин «обход закона» также используется только в качестве синонима слова «обман».

О.С. Йоффе к «обходу закона» приравнивает привлечение к постоянной работе под видом договора поручения работника, должность которого штатным расписанием не предусмотрена (т.е. притворную сделку)²², Л.П. Короткова «обходом закона» называет фиктивные браки²³, В.И. Кисиль и В.П. Пастухов к «обходу закона» относят заключение иностранцем фиктивного брака в государстве своего пребывания²⁴. Термин «обход закона» понимается и как один из случаев нарушения закона. Именно в таком значении он использован в Постановлении Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 23 января 1996 г. по делу № 7770/95 (хотя в этом деле можно было бы обойтись и без его использования)²⁵. Дело доходит почти до того, что и неприменение судом правовых норм в силу того, что сами эти нормы предоставляют ему право их не применять, также приравнивается к «обходу закона»²⁶. Что касается коллизионных вопросов, то к «обходу иностранного закона» в МЧП приравнивалась ситуация, в которой английский суд, отказавшись применить иностранное право, применил собственное право (хотя ни о каком «обходе» речь там не шла)²⁷; наконец, су-

ществует мнение, согласно которому «обходом закона» в МЧП является ситуация, в которой стороны даже и не намеревались специально избежать применения одного закона, а просто избрали применимыми нормы, которые не могут регулировать правоотношения из-за того, что они предназначены для других отношений²⁸. И это лишь несколько примеров из многих десятков²⁹.

Все это свидетельствует о том, что понятие «обход закона» в праве не просто не определено. Это не та правовая неопределенность, которая характерна для терминов МЧП и которая вызвана внешней причиной: недостижением этой наукой определенного уровня развития. Эта неопределенность вызвана внутренней для самого этого термина причиной — слишком большим «негативным» объемом этого понятия, которому было тесно в его рамках и который при достижении правом определенного уровня вырвался из них, вылившись в новые «негативные» понятия, более узкие по объему. Прежняя форма термина еще не успела исчезнуть, но уже настолько утратила «репутацию», что каждый считает возможным использовать его в том значении, которое считает нужным. И уже по одной этой причине не является оправданным использование в ГК России понятия «обход закона» как противоречивого, слишком близкого к обыденному сознанию и не до конца вписывающегося в чисто профессиональную терминологию. Даже если в термине «обход закона» и сохранилось что-то правовое, то при наличии более точных терминов, из него выделившихся, сознательно использовать его было бы по меньшей мере бесперспективно.

4. Использование понятия «обход закона» означало бы создание в механизме коллизионного регулирования неоправданных технических сложностей и логических противоречий.

А. При использовании теории «обхода закона» и без того сложный механизм коллизионного регулирования претерпит еще большее усложнение. При применении иностранного права необходимо будет удостовериться не только в том, что оно не противоречит публичному порядку России и что в российском праве не имеется императивных норм, которые должны быть применены независимо от компетентного правопорядка. Как следует из смысла статьи об «обходе закона», применение иностранного права может иметь место **только в том случае**, если оно не было вызвано «обходом закона». Следовательно, юрисдикционный орган во имя соблюдения этого предписания до момента применения иностранного права обязательно будет вынужден выяснить, нет ли в данном случае «обхода закона», в противном случае данное предписание будет им нарушено. Если же вспомнить еще и о публичном порядке, об обратной отсылке и о проблеме установления содержания инос-

транного закона, то представляется, что введение еще одного усложняющего элемента будет способствовать только либо нежеланию применять иностранное право, либо снижению качества разбирательства.

Б. Как известно, в международном частном праве выделяются как «обход собственного закона» (*fraus legi domesticae*), так и «обход иностранного закона» (*fraus legi extranae*). Формулировка предлагаемой статьи об «обходе закона» охватывает оба случая, что крайне неоправданно и непоследовательно. Если в проекте отказались от института применения императивных норм третьей страны (который имеется в проекте части третьей модели ГК для стран СНГ), то на каком основании российский юрисдикционный орган должен заботиться об «обходе закона» третьей страны и нейтрализовать его? Даже если придерживаться теории «обхода закона», то невозможно не признать, что российское МЧП еще не достигло того уровня, когда оно может позаботиться не только о своих интересах, но и об интересах «обойденного» иностранного права. Польза от статьи с такой формулировкой будет состоять не более чем в возможности провести в комментарии к ней различие между *fraus legi domesticae* и *fraus legi extranae*.

В. Технические сложности вызовут и неоднозначность термина «обход закона». Выше уже было показано, что его понимают зачастую в диаметрально противоположных смыслах. Так какой смысл сознательно вводить в ГК термин, о котором заранее известно, что он внутренне противоречив? Это совсем не тот случай, когда неясный вопрос можно оставить для разрешения судом. Как понимать «обход закона» в МЧП — как намеренное, но **действительное** создание коллизии привязки к иностранному закону (намеренная поездка за границу с целью использовать форму договора, установленную иностранным правом) или же как **фиктивное** создание привязки (простое указание в договоре на то, что он совершен за границей); необходимо ли намерение лица подчинить правоотношение иностранному праву для квалификации его действий как «обхода закона» (например, в традиционной теории «обхода закона» это признается необходимым условием, а О.Н. Садилов придерживается иного мнения³⁰)? Подобные вопросы можно продолжить. С этой точки зрения ст. 7 «Последствия обхода закона о подлежащем применению праве» проекта Закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе оставляла гораздо меньшее место для противоречивых толкований и сомнений (что, однако, совсем не превращает ее в образец для подражания).

Г. Представляется, что статья об «обходе закона» вызовет проблемы и для международного коммерческого арбитража в России.

Вообще понятия «обход закона» и международный коммерческий арбитраж — мало совместимые явления. Международный коммерческий арбитраж в случае необходимости имеет право применять оговорку о публичном порядке или императивные нормы, но не выяснять, имели ли стороны, совершая то или иное действие, намерение «обойти закон». Однако учитывая существующую возможность отмены решений международного коммерческого арбитража государственными судами, международному коммерческому арбитражу в России в определенных случаях волей-неволей придется учитывать и статью об «обходе закона». Подобное нововведение вряд ли будет способствовать развитию столь перспективного инструмента разрешения споров (кстати, в прошлом веке и в начале нынешнего третейские суды очень серьезно рассматривались как один из инструментов «обхода закона» посредством изъятия споров из ведения государственных судов. Ирония заключается в том, что теперь статья об «обходе закона» предлагается в том числе и профессиональными третейскими судьями, в том числе и для применения международным коммерческим арбитражем).

Д. Введение статьи об «обходе закона» создаст в известной степени неопределенность регулирования и неуверенность в стабильности регулирования правоотношений с иностранным элементом. Еще в конце прошлого века один из авторитетнейших американских авторов отмечал, что не существует таких документов, составленных за границей, в отношении которых нельзя было бы выдвинуть обвинение в «обходе закона», и вряд ли найдутся такие случаи, в которых можно было с полной уверенностью говорить о нем³¹. И это вполне соответствует действительности.

Конечно, можно говорить, что данный аргумент не работает, поскольку неопределенность регулирования является одной из характерных особенностей МЧП. Все это так, но, пожалуй, в отличие от других случаев неопределенности, в случае с «обходом закона» имеет место, если так можно сказать, «негативная», «скандальная» неопределенность.

Е. Что же касается не технических, а логических сложностей при применении статьи об «обходе закона», то основная состоит в том, что эта статья резко контрастирует на фоне других статей проекта и противоречит единому методологическому подходу, в котором другие статьи выдержаны. Прежде всего, как примирить статью об «обходе закона» с неограниченной автономией воли в отношении договоров? Неограниченная автономия воли все время вызывала нападки сторонников теории «обхода закона». Кстати, отсутствие интереса к проблеме «обхода закона» в советском МЧП вызывалось еще и тем, что в нем признавалась неограниченная автономия воли, а эти два понятия не совместимы именно с точки

зрения методологии. Не зря при обсуждении проекта закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе И.С. Зыкин высказывал более чем обоснованные сомнения в отношении статьи об «обходе закона» как ограничивающей действие принципа автономии воли³².

Может, правило о неограниченной автономии воли следует рассматривать как исключение из правила об «обходе закона»? Нет, скорее тут дело в другом. Наличие в проекте одновременно и институтов неограниченной автономии воли и «обхода закона» говорит не об установлении общего правила и исключений из него, а о некотором неоправданном эклектизме, стремлении включить в механизм коллизионного регулирования побольше инструментов «для полного ассортимента», хотя подобный лишний инструмент может только застопорить работу такого механизма.

Диаметральность методологических подходов, в которых выдержаны статья об «обходе закона» и остальные статьи проекта, проявляется и при сопоставлении статьи об «обходе закона», например, со статьей о правоспособности иностранных юридических лиц и правилом *locus regit formam actum*. Сначала устанавливается, что правоспособность иностранных юридических лиц определяется критерием их инкорпорации. Но данный критерий из всех, применимых к юридическим лицам, наиболее удобен для «обхода закона» (недаром в п. 21 Постановления Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ № 6/8 понятие «место нахождения юридического лица» было истолковано не как место регистрации юридического лица, а как место нахождения его органов, что вполне понятно в свете действующего налогового законодательства и появления в России «офшорных» зон). Ввиду этого необходимо делать исключения для случая, когда юридическое лицо было специально зарегистрировано в иностранном государстве для «обхода российского закона». То же самое можно сказать и о правиле *locus regit formam actum*. Но зачем устанавливать такие коллизионные привязки, которые наиболее «удобны» для «обхода закона»? Ведь в итоге из-за диаметральной противоположности используемых принципов эти статьи и статья об «обходе закона» друг другу противоречат.

Гораздо более последовательным и выдержанным было бы либо использование таких привязок, которые не являются наиболее «удобными» для «обхода закона», либо, при использовании именно «удобных» привязок, отказаться от идеи об «обходе закона».

Ж. Логические затруднения вызовет и то, что в формулировке статьи об «обходе закона» не удалось даже **правильно** передать суть теории *agere in fraudem legis* в МЧП. В этой статье говорится

об «обходе правил настоящего раздела о подлежащем применению праве», то есть предполагается, что при «обходе закона» «обходятся» именно коллизионные нормы. Между тем в классической теории *agere in fraudem legis* общепризнанно, что «обходится» не коллизионная норма, а **внутренняя материальная норма** «обходимого» закона. «Обходится» именно внутренняя материальная норма, тогда как коллизионная норма — только орудие для такого «обхода»³³. То, что в теории «обхода закона» это действительно так, вытекает хотя бы из того, что, вообще говоря, «обход закона» имеет целью неприменение той или иной нормы, а в случае с «обходом закона» в МЧП цель состоит именно в применении коллизионной нормы ввиду наличия в ней удобной привязки, а результатом является применение иностранного права и неприменение внутренней материальной нормы права, коллизионная норма которого и была применена. Из того, что коллизионная норма применяется, вытекает, что в теории «обхода закона» она — лишь средство для «обхода», но никак не объект «обхода». Таким образом, в проекте даже не удалось правильно изложить суть теории *agere in fraudem legis* в МЧП.

3. И последнее. Если считать, что коллизионная норма — лишь средство для «обхода», но никак не то, что «обходится», то можно утверждать, что предлагаемая статья об «обходе закона» ущербна еще и тем, что применить ее, исходя из содержащихся в ней формулировок, просто невозможно. Данная статья содержит следующую формулировку: «В обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом». Попробуем применить ее на практике. Предположим, российские лица, не желающие нотариально удостоверить в России сделку (по причине высокой государственной пошлины), выезжают в другое государство, где в отношении таких сделок установлена простая письменная форма, и там совершают такую сделку и впоследствии утверждают о применимости к ней правила *locus regit formam actum*. С точки зрения классической теории «обхода закона» «обход закона» налично. Но если теперь попробовать применить предлагаемую статью об «обходе закона», то ничего не получится. Во-первых, можно ли будет говорить, что такие действия совершены «в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праву» (помня, что при «обходе» нормы цель заключается в том, чтобы сделать эту норму неприменимой, хотя условия ее применения имеются)? Ответ однозначный — нет, «обхода» в данном случае нет, поскольку «правило настоящего раздела о подлежащем применению праву» (*locus regit formam actum*) как раз и должно быть применено, и на

этом настаивают стороны. Во-вторых, можно ли говорить, что такие действия совершены с целью «подчинить соответствующие отношения иному праву», чем то, на которое указывают нормы раздела VII? Ответ также однозначный — нет, стороны подчинили форму сделки не какому-то иному праву, а именно тому, на которое и указывает норма раздела VII — праву места совершения сделки. И в-третьих, даже если наличие «обхода» будет признано, то каким будет последствие? Как ни странно, в соответствии с формулировкой статьи об «обходе закона» придется применить опять-таки именно то право места совершения сделки, на применении которого и настаивают стороны.

Формулировка статьи заставляет задаваться многими вопросами. Если есть иное право, которому лица стремятся подчинить свое отношение, то, очевидно, имеется и право, применения которого эти лица стремятся избежать, «обойти» его. Но как определить, какая национальная система права является первой, а какая второй? Кроме того, если удалось их определить, то почему бы не установить, что применению в таком случае подлежит именно второе право, которое пытались «обойти», а не делать ссылку на «право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом»? Ответы на данные вопросы в предлагаемой статье об «обходе закона» мы не получим. Создается впечатление, что формулировка этой статьи не проработана (но вместо «доработки» ее текста более оптимальным был бы полный отказ от нее).

Можно предположить еще одно толкование предлагаемой статьи об «обходе закона», для того чтобы избежать полученного противоречивого результата. Правда, такое толкование основывается на соображениях, не вытекающих с необходимостью из формулировки этой статьи. Слова *«в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом»* можно толковать следующим образом: всякая коллизийная норма рассчитана на применение к такому составу, в котором нет намерения избежать применения какого-то из национальных законов. Если это намерение появляется и создается искусственная привязка к иному закону, то имеет место недобросовестная трактовка коллизийной нормы и, следовательно, ее «обход»³⁴. Но ввиду такого намерения коллизийная норма в том виде, в котором ее требует применить заинтересованное лицо, применяться не должна. Следует применить либо коллизийную норму с другим объемом (если лицо настаивает на применении коллизийной нормы с одним объемом, в то время как правоотношение должно регулироваться

коллизией с другим объемом), либо, если состав правоотношения и объем коллизии нормы, на применении которой настаивает заинтересованное лицо, совпадают, следует применить эту самую коллизионную норму, но так, чтобы в итоге был применен не благоприятный для лица закон, а тот, который он стремился «обойти». Но добиться такого результата можно, только если прибегнуть к квалификации терминов в привязке, причем к квалификации не в коллизионном смысле.

В приведенном примере с избежанием нотариального удостоверения и правилом *locus regit formam actum* такое толкование выглядело бы следующим образом: фигурирующее в привязке коллизии нормы место совершения сделки должно было бы квалифицироваться не как действительное место совершения сделки, а как то место, где стороны должны были, но не совершили сделку. Можно даже предложить специальный термин для такой квалификации — «фикционная» квалификация.

При подобном толковании «обойденными» являлись бы именно коллизионные нормы, формулировка статьи об «обходе закона» выглядела бы «логично» и избегались бы те противоречия, на которые было указано выше. Но в итоге одни сложности заменялись бы другими: как определить то место, где стороны должны были совершить сделку, но не совершили, уехав в другое государство? Следовательно, при таком толковании все время необходима «фикционная» квалификация. Уже одно это заставляет задуматься над перспективой внедрения подобного сложного толкования предлагаемой статьи, не говоря уже о необходимости разрешения проблемы такой квалификации. Впрочем, метод разрешения этой проблемы существует, но все дело в том, что его использование означало бы автоматическое исчезновение проблемы «обхода закона» в МЧП и, более того, вытеснение из коллизионного регулирования традиционных коллизионных норм с жесткими привязками.

Перейдем к рассмотрению этого вопроса, который покажет, что использование теории *agege in fraudem legis* для разрешения коллизионных вопросов является устаревшей и несовершенной юридической техникой.

5. Традиционный коллизионный метод регулирования из всей совокупности связей между правовыми системами и правоотношением с иностранным элементом выделяет единственное обстоятельство, связывающее отношение с одним из законов, которое и служит «привязкой», указателем на этот определенный закон, в силу такого указания становящимся компетентным регулировать отношение. Неоценимым достоинством такого метода является определенность и предсказуемость разрешения коллизии законов. Но нельзя не заметить, что при таком способе возможно возникнове-

ние ситуаций, когда применимым окажется право, с которым ситуация имеет только случайную связь (например, в случае причинения лицу вреда применимым может оказаться право государства, в котором и деликвент, и потерпевший находились очень недолгое время), и тем самым в силу указания коллизионной нормы произойдет перераспределение компетенции объективно более компетентного закона (т.е. того, с которым у правоотношения имеются преобладающие связи) в пользу объективно менее компетентного³⁵. Именно в целях недопущения такого перераспределения компетенции в пользу иностранного закона в ст. 167 Основ гражданского законодательства Союза ССР 1991 года имеется положение, устанавливающее изъятие из общего правила о компетенции *lex loci delicti commissi*, о том, что права и обязанности сторон по деликтным обязательствам, возникающим за границей, если стороны являются советскими гражданами или юридическими лицами, определяются по советскому праву. Основы в данном случае исходят из того, что недопустимо применять иностранный закон в отношении ситуации, которая не связана с ним существеннейшим и тесным образом.

Если использовать понятия «действительной» и «ложной» коллизии³⁶ в рамках коллизионного метода регулирования, то можно сказать, что существует тесная связь между «ложной» коллизией законов и тем, что обычно именуется в международном частном праве «обходом закона». В самом деле, поскольку обеспечение применения благоприятного иностранного закона заключается в искусственном создании фактического обстоятельства, фигурирующего в коллизионной привязке, то нельзя не заметить, что чем меньше будет его значимость и чем более тесными будут связи правоотношения с «обходимым законом» (далее — *lex domesticae*), тем более «ложной» будет коллизия между этими двумя законами и тем более необоснованным будет перераспределение компетенции *lex domesticae* в пользу иностранного закона. С другой стороны, «обход закона» в МЧП не совместим с «действительной» коллизией законов.

Коротко можно сказать, что лицо, желающее совершить «обход закона» (в обычном понимании этого термина в классической теории *agere in fraudem legis*) в рамках традиционного коллизионного метода, намеренно создает «ложную» коллизия законов с целью обеспечить необоснованное перераспределение компетенции объективно более компетентного закона в пользу объективно менее компетентного и тем самым добиться применения последнего. Необходимым следствием из сказанного будет то, что средством для создания «ложной» коллизии законов, необоснованного перераспределения компетенции одного закона в пользу другого (что мо-

жет повлечь квалификацию таких действий как «обход закона») является не что иное, как коллизионная норма. Нетрудно заметить, что если теория «обхода закона» и возникла в международном частном праве, то только благодаря существованию коллизионных норм. Объективно необоснованное перераспределение компетенции между законами в случае применения традиционных коллизионных норм превращается во вполне нормальную и распространенную ситуацию. При наличии коллизионной привязки к иностранной правовой системе традиционная коллизионная норма сама «освящает» применение иностранного закона, так как содержание коллизионной привязки составляет саму сущность этой нормы, стремящейся к предсказуемости и четкости определения компетентного закона. Побочным и имманентным следствием действия этого правового механизма и являются «ложные» коллизии и ситуации объективно необоснованного перераспределения компетенции между законами. Иными словами, это та цена, которую традиционный коллизионный метод регулирования платит за несомненные достоинства механизма своего действия.

Но не всякая коллизионная норма предоставляет возможность заинтересованному лицу обеспечить перераспределение компетенции между законами. Такая возможность возникает только тогда, когда коллизионная норма, определяя компетентный закон, прямо или косвенно принимает во внимание индивидуальную волю. Именно отсутствие в коллизионной норме, устанавливающей компетенцию *lex rei sitae*, возможности проявления субъективной воли объясняет тот факт, почему невозможно при ее помощи перераспределить в пользу иного закона компетенцию закона места нахождения строения. Заинтересованное лицо не может по своему желанию изменить место нахождения недвижимости в целях обеспечения применения по отношению к ней иностранного закона. Таким образом, можно установить следующую закономерность: чем большая роль в коллизионной норме отводится индивидуальной воле, тем легче обеспечить объективно необоснованное перераспределение компетенции *lex domesticae* в пользу иностранного закона.

В свете вышесказанного происхождение теории «обхода закона» в международном частном праве становится объяснимым. Ее корни — в эпохе формирования традиционных коллизионных норм. При своем становлении наука международного частного права не могла не начинать с формулирования общих коллизионных норм, характеризующихся, с одной стороны, четким указанием на привязку, а с другой — абстрактным и широким объемом. Время дифференциации коллизионных норм, конкретизации их объема и привязки началось значительно позже и, между прочим, продолжается и сегодня. Не удивительно, что в результате между конкретны-

ми составами правоотношений (где один фактор связывал правоотношение с иностранным законом, тогда как все остальные связывали его более тесно с *lex domesticae*) и коллизивной нормой возникало противоречие. Коллизивная норма на основании этого одного фактора требовала применения иностранного закона, а остальной состав правоотношения требовал применения *lex domesticae*. Противоречие было тем более вопиюще, когда фактор, составляющий привязку коллизивной нормы, сознательно привносился в правоотношение заинтересованным лицом. Для разрешения именно этого противоречия и появилась теория *agere in fraudem legis* в качестве второго (наряду с «публичным порядком») исключения необходимости применять иностранный закон, на который указывает коллизивная норма. В качестве оправдания этого исключения было выдвинуто не что иное, как намерение заинтересованного лица обеспечить применение иностранного права. Само собой разумеется, что даже если в каком-либо конкретном случае такого намерения не было и теория *agere in fraudem legis* не являлась применимой, само указанное противоречие не исчезало. Однако международное частное право под предлогом необходимости соблюдать требования традиционных коллизивных норм мирилось с ним вплоть до первой половины XX века.

Теорию *agere in fraudem legis* можно назвать «детской болезнью» международного частного права, через которую ему необходимо было пройти и которая была вызвана во многом объективно заданным несовершенством юридической техники, выразившейся в чрезмерно широком формулировании объема коллизивных норм и жестким указанием на конкретную привязку. Это очень хорошо почувствовал один из крупнейших российских дореволюционных коллизивнистов А.А. Пиленко: *«Ошибка в определении объема чужого закона может обнаружиться при юридических фактах, происшедших не на данной территории, а за границей. Как тогда быть? Теория *ordre public* очевидно не применима: ибо нельзя сказать, что французский публичный порядок страдает от заключения французами брака в Венгрии, по форме лишенного гласности... в коллизивном праве должен существовать предохранительный клапан и для этих случаев. Ибо ошибка в определении объема чужого закона безнаказанно пройти не может... Искомый клапан существует. Он столь же экстраординарен и неуловим, как и публичный порядок. Он называется: *in fraudem legis domesticae*»³⁷.*

Итак, в классической теории *agere in fraudem legis* соответствующие действия объявляются совершенными в «обход закона» только потому, что они с помощью коллизивной нормы обеспечивают

объективно необоснованное перераспределение компетенции *lex domesticae* в пользу какого-либо иностранного закона. Происходит это из-за того, что у правоотношения имеется только одна, причем искусственно созданная связь с иностранным законом, тогда как все другие связи «прикрепляют» это правоотношение к *lex domesticae*.

Нетрудно заметить, что такая позиция исходит из принципа «наиболее тесной связи». Таким образом, можно сказать, что традиционный коллизионный метод в том виде, в каком он существует сегодня, в целом не способен разрешить сам по себе проблему «обхода закона» в международном частном праве. Можно сказать, что для этого ему приходится отрицать самого себя и искать спасение в теории «наиболее тесной связи». Более того, можно сказать, что и объяснить феномен «обхода закона», оставаясь только в рамках коллизионного метода, невозможно. Такая попытка приводит к двусмысленностям и неточностям. Например, вот как озаглавил свою работу французский коллизионист Мори (Maury), рассматривавший проблему «обхода закона»: «Устранение действия обыкновенно компетентного закона: публичный порядок и обход закона» («L'éviction de la loi normalement compétente: l'ordre public et la fraude à la loi»). В связи с этим возникает вопрос: а что может являться обычно компетентным законом в традиционной коллизионной системе, кроме того закона, на который указывает сама коллизионная норма? Точно такая же двусмысленность возникает, когда Л.А. Лунц, определяя сущность «обхода закона» в международном частном праве, писал: «Привязка к определенному законодательству... иногда создается искусственно лицами, желающими избежать применения к их правоотношению принудительных законов, которым подчинено это правоотношение»³⁸. Само собой разумеется, что имеется в виду «объективная» подчиненность, а не подчиненность в силу указания коллизионной нормы, но поскольку об этом не упоминается, можно опять задать вопрос: какому другому закону отношение может быть подчинено, кроме того, на который указывает сама коллизионная норма? По той же самой причине в предлагаемой статье проекта раздела VII формулировки являются противоречивыми: в них делается попытка дать регулирование только «внутри» традиционного коллизионного метода, не прибегая ни к каким «внешним» критериям, что и приводит к указанному результату.

Таким образом, для своего собственного обоснования классическая теория *agere in fraudem legis* не может не исходить из принципа «наиболее тесной связи». Однако прямо об этом не заявляется. Напротив, выдвигается совершенно другое обоснование для отказа применить иностранный закон, а именно так называемый *fraus* (обман) — то есть субъективное намерение заинтере-

сованного лица обеспечить применение иностранного закона путем создания привязки (на которую указывает коллизионная норма) правоотношения к такому иностранному закону. Между тем, как уже было указано, объективное противоречие, которое попыталась разрешить теория *agere in fraudem legis*, задается отнюдь не субъективным намерением заинтересованного лица, а несоответствием между содержанием коллизионной нормы, требующим применения иностранного закона, и конкретным составом правоотношения, требующим применения *lex domesticae*. Субъективное же намерение углубляет, но не порождает это противоречие. Однако ссылка на субъективное намерение создавала видимость возможности полного разрешения такого противоречия в рамках собственно традиционного коллизионного метода регулирования и видимость его **самодостаточности** в этом вопросе, хотя разрешение противоречия было в лучшем случае половинчатым. Кстати, именно то, что теория *agere in fraudem legis* лишь частично разрешала возникшее в недрах традиционного коллизионного метода регулирования противоречие, определило крайне двойственное и шаткое ее положение в международном частном праве и двойственное отношение к ней. С одной стороны, от теории *agere in fraudem legis* нельзя было отказаться хотя бы потому, что никакого другого средства противодействовать намеренному созданию ситуаций объективно необоснованного перераспределения компетенции между законами еще не было, а с другой стороны, всеми явственно ощущалась ее половинчатость и неудовлетворительность. Очень удачно высказался по этому поводу Ветш (Vetsch), сказавший, что понятию «обход закона» уже давно отведена некоторая роль в международном частном праве, однако роль несколько не ободряющая, в которой это понятие не может ни полноценно жить, ни окончательно умереть³⁹.

Итак, эта теория сама по себе не способна разрешить противоречие, которому она обязана своим появлением. Международное частное право уже давно обладает гораздо более эффективными способами борьбы с намеренным созданием «ложных» коллизий и ситуаций объективно необоснованного перераспределения компетенции между законами. С одной стороны, это отказ от традиционных коллизионных норм, усложнение структуры и появление новых коллизионных норм, их дифференциация и специализация. С другой — все более широкое распространение на все большее количество правоотношений заимствованной из англо-американской системы теории «наиболее тесной связи». **Само собой разумеется, что в механизме регулирования коллизий законов, основанном на этой теории, не может быть и речи о создании**

ситуации объективно необоснованного распределения компетенции между законами, поскольку один из них практически всегда будет более тесно связан с правоотношением, чем другой.

Кроме того, необходимо сказать о том, что возможно использование метода регулирования, отличного как от коллизионного, так и от метода «наиболее тесной связи». Речь идет о методе, исторически предшествующем коллизионному, о том, который использовала теория статутов. Этот метод состоял в определении сферы применения и действия определенного конкретно взятого закона, а не в поиске компетентного закона. Оба этих метода сосуществуют в современном международном частном праве. Данный метод заключается в отыскании сферы применения и действия определенного закона, для того чтобы установить, применим ли этот закон к конкретной ситуации. Именно этим методом глоссаторы оспорили незыблемый до них территориальный принцип действия закона в формуле «*statutum non ligat nisi subditos*» (статут не связывает лиц, кроме тех, которые ему подчинены). Несмотря на то что этот метод принадлежит в основном истории, он продолжает жить и имеются признаки того, что возможно его, дальнейшее успешное использование. Он применяется сегодня в международной сфере всех отраслей публичного права (уголовной, налоговой, административной). Когда определенное отношение осложнено иностранным элементом, в соответствии с принципом этих отраслей права необходимо определить, компетентен или нет закон суда регулировать такое отношение. В случае же негативного ответа иностранный закон, носящий публичный характер, не применяется и даже не говорится о том, что компетентен этот иностранный закон. Диверсификация современного права привела к тому, что стало очень трудно провести разницу между частным и публичным правом. Явлением, знаменующим XX век, стало распространение правовых предписаний, относительно которых трудно сказать, относятся ли они к публичному праву или к частному. Все чаще возникают ситуации, относительно которых необходимо решить, возможно ли допустить неприменение по отношению к ним закона суда. Переплетение публичного и частного права сегодня приводит к необходимости использовать указанный метод и в международном частном праве. Представляется, что именно он имеет непосредственную связь с проблемой императивных норм в международном частном праве, которая уже давно обсуждается в западных странах, а с недавнего времени стала подниматься в российском МЧП и нашла отражение и в проекте раздела VII. Как известно, в последнее время в международном частном праве некоторых стран проявилась тенденция включать в законодательство и международные договоры положе-

ния о возможности применения в некоторых случаях не компетентного иностранного права, на которое указывает *lex fori*, а императивных норм *lex fori* или иного правопорядка. При всем этом оговорка о публичном порядке продолжает сохранять свое значение, то есть в международное частное право вводится новый институт императивных норм, имеющих непосредственную связь с методом разрешения коллизий, применявшимся еще статутариями. Для теории же *agere in fraudem legis* этот новый институт имеет то значение, что он окончательно устраняет основания, которыми эта теория еще может оправдывать свое существование, так как он еще более сужает возможность намеренного создания ситуации объективно необоснованного распределения компетенции *lex domesticae* в пользу иностранного закона.

В технико-юридическом обеспечении достижения той цели, ради которой появилась теория *agere in fraudem legis*, каждый из вышеуказанных методов значительно ее превосходит, из чего можно сделать вывод, что у последней не существует правового будущего. Эта теория — реликт в современном международном частном праве. На определенном этапе развития ее возникновение было неизбежным, она сыграла свою положительную роль и, отыграв ее, должна стать достоянием истории, уступить место новому. Ее «золотой век», пришедшийся на конец прошлого столетия, прошел. И если причины существования этой теории в прошлом вполне объяснимы и понятны, то ее распространение сегодня в тех условиях, когда международное частное право обладает несравненно лучшим и восприимчивым к дальнейшему совершенствованию инструментарием, являлось бы не чем иным, как правовым регрессом и тормозом для его дальнейшего развития. О какой прогрессивной новелле в российском международном частном праве в случае включения в ГК статьи об «обходе закона» можно было бы говорить, если еще в начале века один из крупнейших российских коллизионистов А.А. Пиленко назвал условие о действиях *in fraudem legis domesticae* «рудиментарным» и «сохранившимся в старых законодательствах»⁴⁰? Возвращаясь к двум различным методологическим подходам, выраженный в проекте раздела VII, невозможно не заметить того, что его авторы, хотя и использовали теорию «наиболее тесной связи», отвели ей второстепенное место по сравнению с традиционными коллизионными привязками. В современных условиях такой подход вполне оправдан, однако его необходимо придерживаться более последовательно: теория «обхода закона» базируется на тех же принципах, что и теория «наиболее тесной связи», является своего рода «прототипом» последней, но прототипом в форме «обратного отражения», и то, что в теории «наиболее тесной связи» «стоит на ногах», в теории «обхода закона» постав-

лено на голову. По этой причине возникает вопрос: если теории «наиболее тесной связи» в проекте раздела VII отведено только второстепенное место, то на каком основании уделяется большее внимание теории «обхода закона», являющейся не более чем указанным «прототипом» первой теории? Проект раздела VII, одной рукой отказываясь во многом от полноценного введения теории «наиболее тесной связи», другой рукой вводит эту же теорию, но только в «зеркальной» форме.

Таким образом, даже после краткого анализа теории «обхода закона», раскрывшего далеко не все ее недостатки, нельзя не прийти к выводу, что хотя создание ситуаций необоснованного перераспределения компетенции между законами и искусственно вызываемые «ложные» коллизии — явление, естественно, нежелательное, бороться с ними, используя понятие «обход закона», еще более нежелательно.

б. Введение в раздел VII ГК статьи об «обходе закона» означало бы также и игнорирование практики ведущих стран в области международного частного права, отказавшихся от теории «обхода закона»⁴¹. Этой статьи нет в кодификациях МЧП Австрии, ФРГ (хотя в некоторых проектах в ФРГ она фигурировала) и даже Италии⁴², где она довольно широко распространена. Самостоятельное значение теории «обхода закона» не признается и в некоторых менее развитых странах, например в Китае⁴³.

Окончательный отказ от нее произошел в США (хотя там она никогда и не пользовалась большим распространением). Так, в США существовал «Унифицированный закон о браках, заключаемых путем обхода закона» 1912 года (*Uniform Marriage Evasion Act*), действовавший, однако, всего в пяти штатах. Следует также отметить, что *Свод законов США о коллизионном праве 1934 года (Restatement of the Law of Conflicts of Laws First)* содержал ст. 129 «Обход закона домицилия». «Унифицированный закон о браках, заключаемых путем обхода закона» ввиду малого количества присоединившихся к нему штатов утратил силу в 1943 году, а принятый в 1969 году *второй Свод законов США о коллизионном праве (Restatement of the Law Second. Conflict of Laws)* отказался от теории *agere in fraudem legis*. Что касается Англии, то она там никогда не признавалась⁴⁴.

Оле Ландо (*Ole Lando*) указывает, что рабочая группа, разрабатывавшая *Римскую конвенцию о праве, применимом к договорным обязательствам*, отказалась от использования теории *agere in fraudem legis*, считая ее несостоятельной⁴⁵. Подобные примеры можно было бы умножить.

Конечно, теория *agere in fraudem legis* сохраняется еще во Франции⁴⁶, Испании⁴⁷, Венгрии, Португалии, Квебеке, Румынии, Латинской Америке. Но суть от этого не меняется — теория «обхода закона» перестала удовлетворять нужды современного коллизионного регулирования и становится все более лишней в области международного частного права⁴⁸.

7. Тенденции современного коллизионного регулирования⁴⁹ свидетельствуют, что у теории «обхода закона» нет правового будущего. Об этом говорит и распространение теории «наиболее тесной связи» (нашедшей некоторое отражение и в проекте раздела VII), которая автоматически упраздняет проблему «обхода закона», и распространение института применения императивных норм своей и третьей страны (использование которых противопоставляется теории «обхода закона»)⁵⁰, и все возрастающая специализация и детализация коллизионных норм⁵¹. Свидетельством снижения значения теории «обхода закона» является и то, что даже в специальной литературе ей уделяется все меньше места⁵².

8. Предлагаемая в проекте статья об «обходе закона» ведет к повышению степени инквизиторности процесса при рассмотрении российскими юрисдикционными органами отношений с иностранными характеристиками. Как следует из смысла этой статьи, применение иностранного права может иметь место **только в том случае**, если оно не было вызвано «обходом закона». Следовательно, юрисдикционный орган во имя соблюдения этого предписания до момента применения иностранного права обязательно будет вынужден выяснять, нет ли в данном случае «обхода закона», в противном случае данное предписание будет им нарушено. Элементом, которому придается решающее значение в теории *in fraudem legis*, является **намерение** лица избежать применения *lex domesticae* и подчинить правоотношение иному праву. В итоге для применения ст. 1231 будет необходимо установить намерение лица подчинить правоотношение иному праву, что не может не вести к законодательному закреплению инквизиторности процесса, к которой российские суды и так неоправданно склонны.

Все-таки далеко не случайно, что теория «обхода закона» не получила распространения в Англии и США, где процесс является составительным, а распространилась именно во Франции, в которой процесс характеризуется большей инквизиторностью. Характерное мнение в связи с этим высказывает Эдвард И. Хамбро (Edbard I. Hambro) — представитель скандинавского права, которое испытало несколько большее влияние английского права по сравнению с остальными странами Европы: он признает в отношении концепции *fraus legis*, что «судам чуждо выяснять мотивы, лежащие за во всем остальном законными действиями»⁵³.

Это соображение все время являлось одним из аргументов против теории «обхода закона»: *«Пусть в том случае, когда лицо поехало за границу для того именно, чтобы там совершить акт, его уклонение от соблюдения норм его отечественного законодательства не находит себе оправдания; но как знать, с какой целью оно поехало за границу? Нужно было бы заставлять суды копаться в тайных намерениях сторон и в конце концов карать их только за то, что они воспользовались дозволением самого закона»*⁵⁴. *«Исследовать истинную волю сторон немислимо»*⁵⁵.

Конечно, с категоричностью последнего мнения согласиться вряд ли возможно: в большинстве случаев волю сторон выявить можно. Вопрос в другом: сопровождающее такое выяснение воли повышение степени инквизиторности процесса должно быть оправдываемо той целью, ради которой оно вводится. Какую же цель преследует такое повышение степени инквизиторности? Как это ни странно, ею является обеспечение применения прежде всего российского права в любой ситуации, в которой присутствует явное или скрываемое намерение обеспечить применение не российского, а другого национального права (конечно, не надо забывать, что формулировка статьи об «обходе закона» имеет в виду и *fraus legi extranae*). И при этом такое применение российского права обеспечивается статьей об «обходе закона» вне зависимости от того, действительно ли такое применение необходимо или оправданно для интересов российского права. Если, как уже говорилось, в проекте раздела VII допускается, с одной стороны, неограниченная автономия воли (т.е. намерение избежать применения одного и обеспечить применение другого закона — чем не *fraus legi!*) в отношении договоров (что является по сути дела признанием безразличности того, каким правом регулируется договор), то почему же не признать такую же безразличность того, каким правом регулируется правоотношение и в отношении всего остального? Однако нет, в отношении всего отличного от договоров такая безразличность статей об «обходе закона» почему-то исключается, хотя и в этих случаях ввиду существующей в частном праве диспозитивности регулирования для российского права должно быть безразлично, что стороны решили обеспечить применение иностранного права. С другой стороны, если российское право действительно имеет заинтересованность быть применимым к правоотношению, то это случаи, когда применение российского права действительно необходимо для его собственных интересов. Но в таких случаях применение российского права обеспечивается оговоркой о публичном порядке или оговоркой об императивных нормах. Какой же смысл обеспечивать применение российского права в ситуации, когда стороны стремятся избежать его применения,

если для интересов самого российского права это безразлично (а именно в этом и состоит смысл предлагаемой статьи об «обходе закона»)? Создается впечатление, что обеспечение применения **российского права оправдывается просто стремлением его применять, и ничем иным.** Возможно, что не признававшиеся в нашей стране теории необходимости учета интересов национальных правовых систем действительно являются бессодержательными (хотя в западных странах некоторые плоды они дали), и любое действие, направленное на подчинение правоотношения иному праву, должно быть признано недействительным *ipso facto*. Возможно, это и так. Но тогда необходимо забыть о составляющем саму суть теории «обхода закона» **намерении подчинить правоотношение иному праву и признать, в чем же все-таки лежат действительные корни этого явления в международном частном праве (об этом говорилось выше), а это, в свою очередь, будет означать неизбежное признание теории наиболее тесной связи в качестве доминирующего начала в современном международном частном праве, а не в качестве второстепенного, как это сделано в проекте раздела VII.**

Во всем необходима последовательность: если мы признаем теорию наиболее тесной связи доминирующим началом, то проблема «обхода закона» исчезает сама по себе; но если мы признаем теорию наиболее тесной связи второстепенным началом по сравнению с установленными в законе традиционными коллизионными привязками, то уже невозможно делать оговорку об «обходе закона», поскольку это явление — неизбежное следствие традиционного коллизионного метода, а стремление искоренить это явление в рамках самого такого метода является, с одной стороны, использованием двойных стандартов в коллизионном регулировании, а с другой — просто-напросто отрицанием самого коллизионного метода, перспективой его «самоубийства» и увеличением шансов на отказ от него, что вряд ли желательно в условиях современной России, которая только-только закончила начальную школу коллизионного регулирования.

9. Итак, оговорка об «обходе закона» для защиты интересов российского права является совершенно излишней. Любая норма, тем более нововводимая, должна преследовать определенную практическую цель. И вот этого-то и нельзя сказать о статье об «обходе закона». Как показывает опыт западных стран, защиту интересов национального права при его взаимодействии с иностранными правовыми системами более чем надежно обеспечивают оговорки о публичном порядке и об императивных нормах. Поэтому норма об «обходе закона» рискует оказаться «безработной» в системе коллизионного регулирования.

Но это было бы еще полбеда. Беда состоит в том, что сочетание нормы об «обходе закона» с другими оговорками о неприменении иностранного закона — публичном порядке, об императивных нормах, об обратной отсылке — объективно несет такой потенциально опасный заряд даже для возможности применения иностранного права, что поневоле начинаешь задумываться о том, действительно ли раздел VII посвящен **применению** иностранного права. И если на современном этапе развития МЧП необходимость включения в проект оговорок о публичном порядке и об императивных нормах не подлежит сомнению, то добавление в него еще оговорки об «обходе закона» как раз и превышает допустимую «критическую массу» «защитных оговорок» в проекте раздела VII.

10. Последний довод о нежелательности предоставления российским судьям очередной «подушки для ума», которой они не преминут с большой радостью воспользоваться, вряд ли нуждается в подробном обосновании для любого, кто знаком с судебной системой России и царящими в ней судебскими обычаями и крайним формализмом. Укажу лишь на то, что, несмотря на существование СНГ в течение уже шести лет, Высший Арбитражный Суд РФ не считал нужным обращать какое-либо внимание на вопросы международного частного права и лишь с 1996 года в его деятельности появились первые признаки некоторого внимания к этой проблематике (справедливости ради нужно отметить, что Верховный Суд уделял ей несколько большее внимание). Исходя из сказанного, можно представить себе ситуацию в нижестоящих инстанциях как той, так и другой системы судов.

Следует подчеркнуть также то, что само собой разумеется: каждый из авторов проекта раздела VII на протяжении многих лет профессионально занимается вопросами международного частного права. Многие из них также являются арбитрами, разрешающими споры в рамках международного коммерческого арбитража. И представляется, что эти факторы не в последнюю очередь повлияли на включение в проект ст. 1231: профессиональные занятия международным частным правом имеют следствием стремление привнести в каждое дело, которым занимаешься, определенный творческий изыск (в данном случае статью об «обходе закона», причем покрывающей не только *fraus legi domesticae*, но и *fraus legi extranae*), а профессиональное разрешение международных коммерческих споров обуславливает уверенность в том, что любые недостатки, могущие иметь из-за этого место, будут нейтрализованы тщательным и добросовестным рассмотрением дела. Однако то, что возможно в теории международного частного права в рамках международного коммерческого арбитража, не всегда является при-

емлемым для практики и для судебной системы, тем более такой, как российская.

Перефразируя высказывание одного из французских коллизнистов, можно сказать, что оговорка об «обходе закона» является еще более страшным дамочловым мечом, висящим над иностранным законом, чем оговорка о публичном порядке.

Сегодня состояние российской судебной системы таково, что судьям необходимо как можно чаще применять иностранное право, чтобы научиться делать это квалифицированно. И само собой разумеется, что предоставление им еще одной возможности отказать в применении иностранного права совсем не способствует решению этой задачи, а только поощряет их произвол, нежелание мыслить и воспринимать иностранное право как имеющее свою ценность. Как было указано выше, последствия этого в долгосрочной перспективе являются более чем негативными.

И последнее, что можно сказать в отношении рассматриваемой проблемы, состоит в том, что теория *agere in fraudem legis domesticae* является односторонней и механистичной в том отношении, что не учитывает всю сложность проблемы взаимоотношения объективного права и социальных отношений, которые оно призвано регулировать. Обычно этот процесс взаимодействия состоит в том, что право является регулирующей системой, а общественные отношения — объектом такого регулирования. Но не следует забывать, что возможен и иной тип взаимодействия, когда уже право само становится объектом воздействия субъектов в правоотношении. Данное явление известно как обратная связь права с социальным отношением⁵⁶. Более того, подобная обратная связь является неотъемлемым элементом любой правовой системы, тем более частного права, характеризующегося наибольшей свободой воли субъектов. Например, как известно, передача права собственности может происходить несколькими способами: заключением договора купли-продажи, или мены, или дарения, или займа, и лицо, преследующее цель передачи права собственности, может беспрепятственно определить ее конкретный способ, равно как и требовать от других лиц признания юридической силы за таким способом в соответствии с положениями объективного права. Гражданско-правовой и торговый оборот не является стихийно действующим процессом, напротив, очень часто он поддается целенаправленному воздействию (разумеется, в рамках, определяемых самим правом). Отрицать возможность и допустимость такого воздействия было бы просто наивно. Любой субъект права может свободно реализовывать ту меру поведения, возможность реализации которой признается объективным правом, и создавать своими действиями права и обязан-

ности для себя и для других лиц. Таким образом, можно сделать вывод о том, что сознательное и искусственное создание определенного фактического состава с целью вызвать по отношению к нему действие одной нормы и исключить действие другой нормы не является чем-то предосудительным с правовой точки зрения. Желанная для заинтересованного лица правовая регламентация не может быть распространена на такой фактический состав только в двух случаях: 1) когда этот фактический состав или его отдельные важные элементы в действительности не существуют, а заинтересованное лицо намеренно создает искаженное впечатление о его или их наличии (например, когда в договоре указывается иностранное государство как место его заключения); 2) когда заинтересованное лицо, пользуясь своим правом создать фактический состав, тем самым ущемляет субъективные права третьих лиц, иными словами, совершает злоупотребление правом. В соответствии с основополагающим принципом международного частного права «иностранный элемент» в правоотношении создает возможность применения иностранного закона. Вопрос же о том, как возник этот «иностранный элемент», является совершенно несущественным, и одна только его постановка предполагала бы непризнание принципа возможности реализации субъективного права в пределах, устанавливаемых объективным правом. Бесспорно то, что ситуации, ведущие к коллизии законов, рождаются чаще всего сами по себе, а применение норм международного частного права по отношению к ним и является выражением «прямой связи между правом и общественными отношениями». Но нельзя и отрицать возможность «обратной связи». Например, нет ничего неправомерного в перемене физическим лицом своего гражданства или domicilia. Возможность подобного свободного выбора является одним из основополагающих принципов организации цивилизованного общества. Таким образом, «интернационализация» определенного отношения является вполне допустимой. Отсюда можно сделать вывод о том, что создание коллизии законов намеренным и искусственным образом само по себе еще не должно рассматриваться как что-то предосудительное или неправомерное. Более того, даже если создание коллизии предпринимается с целью уклониться от действия одного национального закона и обеспечить применение другого закона, оно, тем не менее, не может объявляться неправомерным. Искусственное создание коллизии закона с целью обеспечить применение иностранного закона является неправомерным только тогда, когда в нем присутствуют либо намеренно созданное искаженное представление о существовании иностранного элемента, на которое указывает коллизионная норма, либо когда действительное создание коллизи-

онной привязки нарушает субъективные права третьих лиц в сфере действия *lex domesticae*. Только при их наличии возможен отказ заинтересованному лицу в применении иностранного закона. Причем необходимо провести разницу между действиями, умышленно направленными на создание у правоприменительного органа искаженного представления либо ущемление прав третьих лиц, и действиями, приводящими к таким же последствиям помимо намерения заинтересованных лиц. Иными словами, разграничительная линия должна основываться на субъективном признаке — вине заинтересованных лиц. Автор полагает, что если понятию «обхода закона» и есть место в международном частном праве, то под него могут подпадать только действия, умышленно направленные на создание у правоприменительного органа искаженного представления о существовании такого иностранного элемента, который привязывает правоотношения к благоприятному иностранному закону (таким действием, например, может быть указание в договоре иностранного государства как *locus contractus*, а не действительного места совершения), а также действия, которые заинтересованное лицо, осуществляя свое право перейти из сферы действия *lex domesticae* в сферу действия иностранного закона, действительно умышленно предпринимает с целью ущемить субъективные права третьих лиц.

Все сказанное выше является не более чем очень кратким политико-правовым обоснованием более чем крайней нежелательности включения ст. 1231 «Последствия обхода закона» в раздел VII части третьей ГК РФ. Остается надеяться на то, что в окончательном варианте раздела VII части третьей ГК РФ эта статья будет отсутствовать.

¹ См. «Российская газета». — 1996. — 30 нояб.

² Мой интерес к этой проблеме не случаен: в настоящий момент я заканчиваю работу под тем же названием на соискание ученой степени кандидата юридических наук, для подготовки которой я использовал материалы не только крупнейших российских библиотек, но и библиотек УНИДРУА и ряда других иностранных библиотек — около 30 только специальных монографий и столько же специальных статей на английском, французском, немецком, итальянском и испанском языках, не говоря уже о других источниках. Следует также сразу сказать о том, что в данной работе использованы некоторые идеи (частично переработанные), изложенные французским коллизнистом Оди в одной из самых лучших работ по этой теме (см. *Audit B. La fraude a la loi.* — P., 1974).

³ В работе М.И. Мыша (Об иностранцах в России. Сборник узаконений, трактатов и конвенций, с относящимися к ним правительственными и судебными разъяснениями, СПб., 1911), в которой собраны практически

все решения Правительствующего Сената по вопросам МЧП, нет ни одного решения, где упоминалось бы об «обходе закона».

⁴ См., например, разъяснение Правительствующего Сената № 2, 1889 г. (*Мыш М.И.* Об иностранцах в России. — С. 393—394); решение гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената № 39, 1889 г. (*Мыш М.И.* Об иностранцах в России. — С. 172—173); решение гражданского кассационного департамента Правительствующего Сената № 1780, 1870 г. (*Мыш М.И.* Об иностранцах в России. — С. 269).

⁵ *Брун М.И.* Международное частное право. Курс, прочитанный в Московском коммерческом институте в 1910/1911 гг. — М., б.г. — С. 309—311; *Брун М.И.* Коллизионная и материально-правовая норма о форме сделок — *locus regit actum*. — СПб., 1911. — С. 51—52; *Иванов Н.* Основания частной международной юрисдикции. — Казань, 1865. — С. 51—52; *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. — Ярославль, 1909. — С. 98; *Шалланд Л.В.* О форме актов и сделок, совершенных за границей, по русскому законодательству и судебной практике. — СПб., 1902. — С. 70—71; *Мандельштам А.Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. — СПб., 1900. — Т. II. — С. 218.

⁶ Который первым на Западе дал критику теории *fraudem legis* в МЧП (*Archive für zivilistische Praxis*. — XXV (1842). — S. 412—417).

⁷ *Макаров А.Н.* Основные начала международного частного права. — М., 1924. — С. 79—80; *Крылов С.Б.* Международное частное право. — Л., 1930. — С. 63.

⁸ См., например, Международное частное право/Луниц Л.А., Марышева Н.И., Садиков О.Н. — М., 1984.

⁹ Единственное исключение из этого правила — шесть страниц в работе *Луниц Л.А.* Курс МЧП. Общая часть. — М., 1973. — С. 333—339. При этом этот параграф не относится к тому лучшему, что было написано Л.А. Луницем.

¹⁰ Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды 49. — М., 1991. — С. 126.

¹¹ Там же. — С. 157.

¹² Статья 30 устанавливала: «Недействительна сделка, совершенная с целью, противной закону или в обход закона, а равно сделка, направленная к явному ущербу для государства».

¹³ Приведем только два примера из нескольких десятков. Вот как, например, определял понятие «сделка в обход закона» И.С. Перетерский: «Сделка признается совершенной в обход закона, когда она по своему содержанию соответствует закону, но в результате этой сделки, в совокупности с иными обстоятельствами, возникает положение, находящееся в несоответствии с законом» (Сделки, договоры. ГК РСФСР. Научный комментарий. Выпуск V. — М., 1929. — С. 18). И.Б. Новицкий писал: «Сделки в обход закона, на первый взгляд, напоминают притворные сделки. Разница между теми и другими заключается в следующем: притворная сделка сама по себе — сделка законная, но стороны вовсе не желают ее и поэтому она не получает силы; сделка в обход закона также по своему содержанию законна, причем стороны именно эту сделку и хотят совер-

шить. Однако эта сама по себе законная сделка должна, по мысли сторон, привести к незаконному результату. Стороны не совершают какой-либо другой сделки («прикрытия»), а само содержание сделки представляют так, чтобы обойти препятствия, которые они встречают в законе, и все-таки прийти к своей цели, хотя и не прямым путем» («Сделки. Исковая давность». — М., 1954. — С. 87). А вот, соответственно, определение Павла из «Corpus Juris Civilis» «Contra legem facit, qui id facit, quod lex prohibet; in fraudemvero, qui salvis verbis legis sententiam eius circumvenit» (Тот, кто совершает действия, запрещенные законом, нарушает закон; тот, кто обходит закон, не посягая на его букву, нарушает дух закона) (1 30 de leg. 13).

¹⁴ В других отраслях права проявляется та же самая тенденция: достаточно сравнить предписания 10 заповедей Ветхого Завета (обладающие негативным смыслом) и современные уголовные кодексы. В то же время понятие «добрые нравы» остается неизменным со времен Древнего Рима.

¹⁵ *Vetsch. Die Umgehung des Gesetzes.* — Zurich, 1917. — S. 297.

¹⁶ *Рабинович Н.В.* Недействительность сделок и ее последствия. — Л., 1960. — С. 22—25; *Халфина Р.О.* Значение и сущность договора в советском социалистическом гражданском праве. — М., 1954. — С. 188.

¹⁷ См., например, "Появилась первая методика обхода закона"//Коммерсант-DAILY. — 1993. — 19 авг. — № 157; Деньги. — 1995. — № 44 (54). — С. 17.

¹⁸ См., например, выступление Президента РФ на специальном торжественном заседании ГА ООН, опубликованное в: Российская газета. — 1995 г. — 24 окт. — № 207.

¹⁹ Весьма знаменателен п. 19 Постановления СНК от 12 апреля 1923 г. «О контингентах, лицензиях и удостоверениях на ввоз и вывоз». Вот только его начало: «Всякого рода злоупотребления удостоверениями и лицензиями, равно как нарушение порядка пользования ими, как-то: возмездная или безвозмездная передача их другим организациям и лицам, использование их этими последними, предоставление другим организациям своих адресов или пользование такими адресами для обхода действующих в области внешней торговли правил, предоставление фиктивных счетов...». Эта норма очень удачно передает связь между употребленными в ней понятиями «обход», «злоупотребление», «нарушение», «фиктивность».

²⁰ *Вольф М.* Международное частное право. — М., 1948. — С. 159—161.

²¹ См., например, циркуляр министерства иностранных дел № 4105 от 15 июля 1900 г. (*Мыш М.И.* Об иностранцах в России. — С. 41).

²² *Йоффе О.С.* Обязательственное право. — М., 1975. — С. 159.

²³ *Короткова Л.П.* Что таит фиктивный брак?//Государство и право. — 1993. — № 8. — С. 138.

²⁴ *Кисиль В.И., Пастухов В.П.* Правовой статус иностранцев в СССР. — Киев, 1987. — С. 132.

²⁵ См. также п. 10 Инструкции о порядке удостоверения завещаний и доверенностей командирами (начальниками) воинских частей, соединений, учреждений и военно-учебных заведений, начальниками, их заместителями по медицинской части, старшими и дежурными врачами

госпиталей и других военно-лечебных заведений (утверждена МЮ СССР по согласованию с МО СССР 15 марта 1974 г.): «...если они противоречат закону, то есть если они совершаются в обход действующего законодательства...»

²⁶ Халфина Р.О. Договор в английском праве. — М., 1959. — С. 198. «Следует иметь в виду, что мероприятия, декларировавшиеся в законодательстве и других нормативных актах по регулированию хозяйства, иногда на практике не применялись. Возможности для такого обхода действующего законодательства зачастую содержались в самих нормах». Интересно и следующее предложение: «Учитывая потребности оборота, судебная практика в обход закона разработала также институт обеспечительного присвоения...» (Гражданское и торговое право зарубежных государств. — М., 1993. — С. 234). В чем же суть «обхода закона», если даже суд может «обойти закон»?

²⁷ Рубанов А.А. Отсылка к закону места заключения брака в практике английских судов (по материалам дела Такцановских// Государство и право зарубежных стран. Буржуазное государство и право. — Сборник № 2. — М., 1959. — С. 94.

²⁸ Международное частное право. Современные проблемы. — М., 1994. — С. 459.

²⁹ См., например, обзор различных классических теорий «обхода закона» в работе Ветша (Vetsch) «Die Umgehung des Gesetzes» (S. 208—279).

³⁰ Международное частное право. Современные проблемы. — С. 459.

³¹ Wharton. A treatise on the conflict of laws or private international law. — Philadelphia, 1881. — P. 635.

³² Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву. Труды 49. — С. 157.

³³ Paany J. Международное частное право. — М., 1960. — С. 136; Audit B. La fraude à la loi. — P. 8.

³⁴ Согласно одной из теорий «обхода закона», его суть как раз и состоит в том, что «обходимая норма» толкуется неправильно с целью добиться ее неприменения (Vetsch. Die Umgehung des Gesetzes. — S. 215).

³⁵ Идея «наиболее тесной связи» «как исходная логическая предпосылка выбора компетентного закона... лежит в основе не только англосаксонской, но, пожалуй, любой системы коллизионного права» (Лебедев С.Н. К пересмотру Гаагской конвенции 1955 г.//Правовые аспекты осуществления внешнеэкономических связей. — М., 1985. — С. 67—68).

³⁶ Коллизию законов можно определить как «действительную» тогда, когда каждый из коллизирующих законов может быть применен к правоотношению по причине наличия тесных и существенных связей между ним и конкретным составом этого правоотношения. Коллизия законов является «ложной» тогда, когда имеются тесные и существенные связи конкретного состава правоотношения только с одним из законов. Определение же «природы» коллизии является результатом многостороннего анализа ситуации и принятия во внимание многочисленных факторов, фигурирующих в правоотношении. Данные термины были впервые использованы американским юристом Д. Каверсом (D. Cavers) еще в 30-х годах XX в. Анализ

коллизий законов с помощью этих категорий оказался очень плодотворным и получил широкое распространение не только в США.

³⁷ Пиленко А.А. Очерки по систематике частного международного права. — СПб., 1911. — С. 212—213. Там же сказанные А.А. Пиленко слова о «публичном порядке» можно с полным основанием отнести к теории «обхода закона». «Всякий раз, как мы — ошибочно — присвоим иностранной норме такой объем действия, которого мы во всех выводах сохранить за этой нормой не можем, — мы тотчас же должны выдвинуть на помощь «экстраординарный публичный порядок». С этой точки зрения публичный порядок есть сигнал отбоя, свидетельствующий о ранее допущенной ошибке. Избежать этого «экстраординарного» понятия можно только одним путем: с самого начала воздерживаясь от установления таких широких объемов чужих норм, которые содержат в себе захват части компетенции нашего закона».

³⁸ Луц Л.А. Курс МЧП. Общая часть. — С. 333.

³⁹ Vetsch. Die Umgehung des Gesetzes. — S. 5.

⁴⁰ Словарь юридических и государственных наук/Под ред. Волкова А.Ф., Филипова Ю.Д. — СПб. — Т. 1, вып. III. — С. 1226.

⁴¹ Против нее выступал еще Савиньи: System des heutigen Roemischen Rechts. — В., 1849. — В. VIII. — S. 358.

⁴² Vincenzo Franceseschelli. Il nuovo diritto internazionale privato/La legge n.218/1995 di riforma del sistema italiano. — Milano, 1995.

⁴³ Tung-Pi Chen. Private international law of the People's Republic of China//American journal of comparative law. — 1987. — Vol. 35. — № 3. — P. 459.

⁴⁴ Вольф М. Международное частное право. — М., 1948. — С. 163; Graveson R.H. The doctrine of evasion of the law in England and America// Journal of comparative legislation and international law. — 3rd Ser. — Vol. XIX. — 1937.

⁴⁵ International encyclopedia of comparative law. Vol.III «Private international law». Chapter 24 «Contracts». T. ue bingen, Mouton, The Hague. — Paris. — 1976. — P. 32.

⁴⁶ Однако, как показал Оди (*Audit B. La fraude à la loi*), во Франции очень часто под формой теории «обхода закона» используются совсем другие инструменты коллизионного права. Есть и противники этой теории: так, в 1955 году при голосовании по вопросу о включении статьи об «обходе закона» в проект закона о МЧП за включение проголосовало лишь незначительное большинство (Comité français de droit international prié. Discussion de l'avant-projet de la Commission de reforme du Code Civile (20—21 mai 1955). — P., 1956. — P. 291—292).

⁴⁷ Goldschmidt W. The evasion of law in Spanish private international law//Revue hellinique de droit international. — 1949. — № 2—4.

⁴⁸ Junger F.K. The recognition of money judgments in civil and commercial matters//American journal of comparative law. — 1988. — Vol. 36. — No 1. — P. 25.

⁴⁹ Sauveplanne J.G. New trends in the doctrine of private international law and their impact on court practice in Recueil des cours de l'Académie de droit

international de la Haye. — Т. 175 (1982—II); *Vischer F.* General course on private international law in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye.* — Т. 232 (1992—I).

⁵⁰ *Fawcett J.J.* Evasion of law mandatory rules in private international law//*Cambridge Law Journal.* 49 (I) March 1990.

⁵¹ *Садиков О.Н.* Коллизионные нормы в современном международном частном праве//*Советский ежегодник международного права.* 1982. — М. — С. 205—220.

⁵² *Mosconi F.* Exceptions to the operation of choice of law rules// *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye.* — Т. 217 (1989—V).

⁵³ *Hambro E.I.* Ordre public and fraus legis in Norwegian conflict law// *Internationales Recht und Diplomatie.* — 1957. — S. 326.

⁵⁴ *Брун М.И.* Международное частное право. Курс, прочитанный в Московском коммерческом институте в 1910/1911 гг. — С. 311.

⁵⁵ *Яблочков Т.М.* Курс международного гражданского процессуального права. — С. 98.

⁵⁶ В приводимой далее аргументации используются идеи А.А. Рубанова, подробно развитые им в работе "Автономия воли в международном частном праве как теоретическая проблема"//*Советский ежегодник международного права.* 1986. — М. — С. 217.

Статья получена редакцией 1 апреля 1997 г.