

Международное частное право

ПРЕДЕЛЫ ПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННЫХ ЗАКОНОВ В ЦЕЛЯХ ПРАВОСУДИЯ ПО МЕЖДУНАРОДНЫМ СПОРАМ

Ю.Э. Монастырский *

ВВЕДЕНИЕ

1. Регулирующая функция иностранных законов

Одним из следствий реформ в нашем обществе стали перемены в т.н. внешнеэкономической сфере, характеризующейся уже не столько межгосударственным уровнем деловых связей, сколько участием в них представителей российского частного капитала.

Основной юридической особенностью отношений, которые вызывают российские компании и граждане с иностранными юридическими и физическими лицами, является их подчиненность не только правопорядку России. В ряде случаев предписывается разрешение споров на основе иностранного права из-за связи дела с иностранным государством. В российской юридической науке, изучающей правила урегулирования имущественных отношений в межнациональном экономическом обороте, принято считать, что иностранный субъект, иностранное имущество либо юридический факт, имевший место за границей, являются предпосылкой для применения иностранных правовых норм, несмотря на то что спор решается в России¹. В некоторых зарубежных теориях условием обращения к иностранным законам считают наличие т.н. "иностранного элемента" в деле² либо "достаточную связь с иностранным государством" и пр.

Итак, правильное разрешение разнонациональных споров иногда диктует необходимость обратиться к иностранному законодательству, что, в свою очередь, связано с проблемами применения, установления содержания, допустимости средств для выяснения смысла иностранных законов и толкования иностранных правовых норм.

* Руководитель Юридической службы Московского международного центра предпринимательства (ММЦП) и К^о.

Законы иностранного государства есть проявление суверенной власти, для которой отечественный суд не может являться тем инструментом ее осуществления, каким он призван быть в своем государстве. Уже по этой причине от суда нельзя требовать совершенного знания иностранного законодательства. Суд не связан функцией проведения в жизнь законодательных предписаний иностранного правительства и парламента, поскольку не состоит с последними в отношениях взаимодействия и взаимного контроля, не избирается при их участии, не подотчетен им в своей деятельности и вовсе не имеет по отношению к ним государственно-правовых обязательств. Поэтому, применяя иностранный закон, суд в принципе жестко не связан обязанностью придерживаться единообразия в правоприменительной деятельности и тем законотворческим назначением, которое позволяет восполнять пробелы в законе способом толкования, применения норм по аналогии и т.п. При этом необязательность соответствовать во всем судебным органам иностранного государства при использовании его норм существует наряду с объективной невозможностью для судьи поступать так, как действовал бы его коллега за рубежом, руководствуясь своими нормами о судебной процедуре.

Другая особенность заключается в том, что в целях применения иностранного закона суд не должен для установления взаимных обязательств сторон отождествлять последний с правилами стандартных проформ, регламентов, формуляров и т.п., считающимися ввиду соответствующей ссылки сторон частью договорных условий (а не законом). Рассматривать положения применимого иностранного закона как дополнение к тексту договора не совсем верно хотя бы потому, что при таком подходе умалется значение применимого права, которое, как и условие договора, будет "накладываться" на всю совокупность императивных предписаний права суда, и его положения станут применяться в той степени, в какой они не противоречат нормам права суда.

Российские ученые традиционно придерживаются классической точки зрения³ о том, что применимое иностранное право устраняет императивные гражданские нормы закона суда⁴.

Независимо от того, каково отношение суда к иностранному закону как к вопросу права или как к вопросу факта⁵, орган, разрешающий спор, уже вынужден считаться с той совокупностью (системой) иностранных правовых норм, где проблема диспозитивности, пределов допустимости условий договора, внутренних регламентов, проформ, формуляров решается по-своему. Хотя частно-правовые отношения и строятся на началах равенства и свободы усмотрения субъектов, все-таки многие из вопросов подвергаются и чисто императивному регулированию. Например, в российском

законодательстве взаимоотношения доверителя и поверенного, подрядчика и заказчика, перевозчика и грузоотправителя подпадают под действие определенных безусловных предписаний о ничтожности соглашения об отказе от права одностороннего расторжения договора, о праве контроля заказчика за ходом работ или о пределах ответственности перевозчика. Во многих случаях вопрос о том, по какому закону нужно рассматривать спор, касался конкретного случая действительности той оговорки в договоре или правила присоединения, которая предоставляла определенные выгоды одной стороне спора, но и могла считаться недействующей, если правопорядок, на основе которого решается спор, запрещает такие оговорки, т.е. в силу противоречия императивной норме применимого права.

Во многих обзорах судебной практики по международным спорам содержится иллюстрация того, что выбор применимого права прямо влиял на вопросы действительности некоторых оговорок в договорах. В 30-е годы в рассмотренном английском судом деле, которое вошло в публикации и обзоры судебной практики международных споров, речь шла о фрахте эстонского парохода "Торни". Несмотря на оговорку в коносаменте об ограничении ответственности судовладельца, вследствие того что судьи посчитали применимым право Палестины, содержавшее норму о ничтожности такого рода оговорок об ограничении ответственности судовладельцев, положение коносаumenta, прямо относящееся к существу спора, не было применено⁶.

В 1977 году в Великобритании с целью ограничения недобросовестной торговой практики был принят Закон о недобросовестных условиях договора ("Unfair Contract Terms Act"), запрещающий применение оговорок об ограничении ответственности при помощи договорных условий.

Вместе с тем в этом же законе сформулированы изъятия, когда данный акт внутреннего законодательства мог не применяться. Они касаются тех случаев, когда договоры в силу своего разнационального характера (международная поставка и пр.) могут нормироваться правом иностранного государства⁷ (ст. 26 закона).

Таким образом законодатель Великобритании исходил из того, что регулирование спорных вопросов на основании иностранного правопорядка в принципе исключает применение своих императивных норм, что никак не происходит при применении положений и правил частной регламентации (проформ, формуляров, типовых условий) путем ссылки на нее сторон.

В правовой теории считают, что обращение к иностранным правовым нормам заменяет положения отечественных законов на регулирование, принятое в иностранном государстве. Например, по

“теории делегации” национальная правовая система способна содержать отсылки к системам других государств, посредством которых она подчиняет себя иностранной правовой системе. Согласно “теории отсылочной рецепции” иностранные законы допускаются “в число источников, из которых отечественные суды должны черпать основы для обсуждения некоторых правоотношений”. Обстоятельный анализ теорий отношения к иностранному правопорядку дан в работах профессора А.А.Рубанова. Вышеприведенные примеры взяты из его работы “Правоприменение и субъективные права в теории международного частного права”⁸.

2. Другие особенности и отличия иностранного закона

Применение тех или иных дискреционных условий договора в той мере, в какой они не противоречат императивным положениям нормативных актов государства, связано с установлением воли сторон. Российское право признает приоритетным средством выражения воли сторон буквальный текст договора. Если последний не позволяет сделать однозначного вывода о содержании обязательств, действительная воля может устанавливаться анализом предшествующих переговоров, перепиской, практикой отношений и т.п. (ст. 431 ГК)⁹.

Применение же тех или иных положений иностранного права связано с установлением воли иностранного законодателя, что является наиболее существенным отличием иностранного закона от любого инкорпорированного в договор условия типового документа. В конечном счете именно выяснению воли иностранного законодателя подчиняется и установление содержания иностранных норм судопроизводством государств, где иностранный закон принято считать вопросом права, а также доказывание иностранного права, где международный гражданский процесс усвоил тот принцип, что иностранный закон есть вопрос факта.

Что касается наиболее существенных сходств между условиями, формируемыми соглашением сторон и иностранными правовыми нормами, то очевидно в первую очередь — это неполная возможность для судьи без помощи процессуальной процедуры иметь достоверные знания как о содержании иностранного закона, так и о смысле, а в ряде случаев и о контексте договорных условий. По этой причине и иностранный закон, и договорные условия должны подвергаться выявлению средствами, допустимыми судебной процедурой для выяснения фактов.

В таком гражданском судопроизводстве, где в силу т.н. коллизивной нормы¹⁰ надлежит решать спор с учетом иностранных зако-

нов, проблема установления их содержания и применения возникает с неизбежностью.

Теоретическим изучением основных правовых вопросов, связанных с регулированием разнонациональных отношений, создающих предпосылки для применения иностранных норм, занимается наука международного частного права¹¹. В главном законодательные подходы к решению проблемы применения иностранных законов возникают на базе теорий МЧП. Принадлежность к международному частному праву означает необходимость толкования и применения коллизионных норм, иностранных законов и, следовательно, большую усложненность не столь регулярно ожидаемыми на практике вопросами. Роль доктрины (научных обобщений) ее теоретической поддержки в более высокой мере, чем обычно, сказывается на правоприменительной деятельности судов, судебной практике по делам с т.н. "иностраным", или "международным", элементом.

Важная практическая особенность проблемы состоит в том, что разрешение дел с иностранным участием все-таки не вполне свойственно судам общей или хозяйственной юрисдикции, хотя неверным будет и сказать, что такие споры не являются их предназначением или конституционной обязанностью. В советский период складывалась практика, когда обычные внешнеторговые споры являлись предметом разбирательства в специализированных международных третейских судах при Торгово-Промышленной палате СССР, не связанных теми процессуальными правилами, которые регламентируют деятельность обычных судов. Этим можно объяснить и непривычность, и актуальность рассматриваемой проблематики сегодня.

Необходимость применить иностранный закон вместо российского создает сложности психологического и технического плана у судей. Установление содержания иностранного закона требует дополнительного времени, усилий, средств доказывания. Существовал бы определенный выигрыш и в том, если бы суд всегда независимо от обстоятельств дела должен был применять только свое право. Такое правило как минимум способствовало бы большей определенности и предсказуемости исхода судебного процесса. Истец-иностранец (юридическое или частное лицо), заявляя иск против российского ответчика, всегда мог бы себе представить с помощью российских адвокатов, на что он вправе рассчитывать, скажем, относительно способов, сроков и размеров возмещения и т.п. Вместе с тем понимание того, что суд должен будет определить применимое материальное право предварительно при помощи коллизионных норм, снижает такую определенность, особенно если т.н. фактический состав отношений осложнен множеством разнонациональных элементов. В случае, если заключение договора со-

стоялось в одном государстве, длящееся исполнение происходило в нескольких других государствах (ситуация, вполне типичная для международной торговли), а наряду с этим противная сторона склонна доказывать существование соглашения о выборе применимого права еще какого-то государства и т.п., — анализ дела приобретает бы многовариантный характер.

Однако теории, отрицающие необходимость применять иностранное право в отечественном суде, в принципе уже не имеют какого-либо влияния на законодательство и судебную практику современных государств. Сегодня можно говорить об объективной необходимости учитывать те иностранные законы, которые способны воздействовать на разнонациональные обязательства наряду с отечественными законами, подобно существованию других возникающих в результате международного сотрудничества и общения объективных необходимостей: руководствоваться положениями межгосударственных договоров или предоставлять иностранцам защиту их прав в национальных судах.

Причиной необходимости применять не только свое право так или иначе являются цели судебной власти. Применение иностранного права создает предпосылки для признания отечественных законов во всех случаях, когда имеют место споры, рассматриваемые в иностранных судах. Иностранные нормы могут быть более собственными отношениям сторон и изначально приниматься ими во внимание как правила, которые более справедливо и эффективно отвечают их ожиданиям.

I. ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК

1. Исходные теоретические начала доктрины “публичного порядка”. История вопроса

Вместе с тем право различных государств знает ряд случаев, когда действие иностранных законов ограничивается, несмотря на указание коллизионной нормы.

Так называемая доктрина “публичного порядка” (“ordre public”) имеет своей основной целью гарантировать от такого применения иностранного закона, которое является несовместимым с целями национального законодательства, понятием справедливости, морали и т.д. В начале века русский коллизионист М.И.Брун, имея в виду чрезвычайно широкую трактовку публичного порядка, назвал его “подводным камнем, о который главным образом разбиваются все усилия создать единое международное частное право”. Сегодня можно сказать, что такое определение было справедливым только

для своего времени, потому что теория публичного порядка претерпела существенную эволюцию.

Достаточно различное отношение в начале века к категории публичного порядка отмечалось в Италии и Франции, где в качестве основополагающей воспринималась идея национальности итальянского профессора права Манчини (Mancini P.), и в Великобритании, ее доминионах, США, Германии и других странах, где придавалось большое значение теоретическим трудам немецкого ученого Савиньи (Savigny F.).

Савиньи считал, что правило отыскания применимого правопорядка по природе правоотношения, определяющее местонахождение этого отношения на территории и, следовательно, применимое право этой территории должно отступать перед безусловным применением строго императивных норм. Иными словами, применение этих строго императивных норм не может быть устранено никаким иностранным законом. Савиньи говорил о данном положении как о распространенном и неустраиваемом, но исключением из правила о том, что каждое правоотношение имеет свою "локализацию", т.е. местонахождение в пределах того или иного одного правопорядка.

Школа Манчини, привнесшая в науку МЧП новое значение категориям национальности и гражданства, проповедовала необходимость считаться с некоторыми законами государства суда, безусловно применимыми и никак не подлежащими устранению какими бы то ни было иностранными нормами. Школа видела свою задачу в определении таких законов, в отыскании критерия их отграничения от остальных нормативных актов, поскольку такие законы очерчивали пределы применения привязки, в основном определяющей наиболее свойственный правопорядок — гражданство (национальность) лица—участника отношений. Поэтому учение Манчини отводило институту публичного порядка центральное место, трактуя его не как исключение, а как принцип МЧП.

Независимо от того, какой методологический подход использовался в ходе исследования проблемы о том, какие материальные законы могут возбуждать вопрос о несовместимости с правом государства суда при применении иностранного законодательства, детальное научное обоснование признаков этих законов длительное время ни у кого не получалось, а выработать устойчивые научные критерии не удавалось. В частности, говорилось о законах, которые "необходимы для благополучия общественной жизни", "главным образом служат для обеспечения обществу того политического, экономического и нравственного порядка, который законодатель признал наиболее разумным, или интересуют общество в его совокупности". К ним также относили акты публичного права, уголовного,

административного и т.д., а также многие из положений законодательства о браке и семье, недвижимости, объединяя их понятием “законы публичного порядка”. С другой стороны, имелось в виду, в частности, игнорирование законов уже иностранного государства, которые противоречат “общему благу”, “фундаментальным понятиям справедливости”, “основам строя”, “глубоко укоренившимся традициям, служащим общему благу”, “добрым нравам”, “этическим принципам”, “моральным устоям”... и даже “целям национального законодательства”, или “гармонии отечественных законов”. Определенные руководящие положения вырабатывала судебная практика. Например, предусматривающими применение публичного порядка считались обстоятельства, “когда различия между политическими и социальными концепциями, на которых покоится соответственно отечественное и иностранное право, настолько существенны, что применение иностранного права могло бы непосредственно угрожать основам” государственности или хозяйственной жизни¹². (Имперский суд. Германия, 1905 г.)

Ранее сфера применения публичного порядка очерчивалась настолько широко и настолько явно связывалась с усмотрением судей, психологически способных всегда предпочитать разрешение споров прежде всего на основе отечественных законов, что это явно не могло удовлетворять с точки зрения соблюдения принципов международного частного права, основанного на необходимости избирать для применения или учитывать положения иностранных законов в обычных обстоятельствах императивно.

Однако развивающаяся теория имела исключительно позитивное влияние на эволюцию понимания института публичного порядка, его конкретизацию сообразно меняющимся общественным условиям, согласуя место публичного порядка в системе МЧП в целом.

2. О теоретических усовершенствованиях представлений о публичном порядке

Научная мысль предложила три важных положения, универсально улучшающих представление о публичном порядке. Они носили настолько своевременный, обоснованный характер, что результатами этих достижений воспользовались и последователи Манчини, и приверженцы Савиньи.

Как видно из вышеприведенных примеров, в учении о публичном порядке правоведы имели в виду, что применение иностранного закона может считаться невозможным не только потому, что игнорируется отечественный закон, важное значение которого на-

столько велико, что он должен устранять все иностранные законы независимо от содержания последних, а потому, что именно иностранный закон обладает теми свойствами, которые и приводят к несовместимости с соображениями о морали и государственными интересами. Родились термины: “доктрина публичного порядка в позитивном смысле” и “доктрина публичного порядка в негативном смысле”. Первое понятие имеет отношение к случаям, когда очевидная социальная или другая важность закона требует безусловного его применения независимо от решения коллизионного вопроса. Данное определение является продуктом итальянской и французской школ МЧП. Второе определение относится к случаям применения иностранных законов, не совместимых, например, с основами понятий о справедливости. Таковыми считались законы семейного права, базирующиеся на неевропейских традициях, и пр.

Параллельно с вышеизложенным правоведы пришли к важному уточнению о том, что вопрос о неприменении иностранных законов не относится к нормам публичного права, т.н. нормам (а не к правоприменительным иностранным актам публичной власти вертикального действия), имеющим в основном территориальную сферу применения, не образующим тот конфликт законов (законодательств, норм и пр.), разрешение которого и составляет основную цель международного частного права. Пределы публичного порядка в одном отношении получали ясно обозначаемый, хотя и далеко не простой критерий определения: публичный порядок не достигает сферы действия уголовных, административных и других законов, предназначенных для отношений по осуществлению власти государством, поскольку никак не может изменять (ослаблять или усиливать) значимость этих законов, имеющих в основном территориальное действие и находящихся вне области коллизий. И хотя проблема выработки критерия отграничения публичного и частного права в современной науке права остается окончательно не разрешенной, понимание того, что поиск признаков публичного порядка должен происходить в основном среди частноправовых материальных норм, явилось с точки зрения развившейся доктрины безусловным теоретическим достижением.

Различение публичного порядка и законов публичного права позднее дало толчок употреблению новых определений публичного порядка. Если ранее некоторые ученые определяли сам публичный порядок как законы, оберегающие социальные интересы государства и изданные для пользы государства, что прямо было созвучно и со свойствами публичного права, то теперь уделялось внимание другим критериям определения законов как законов гражданских. Обоснования о необходимости отграничить понятие публичного порядка от публичного права постепенно, как мы увидим ниже,

приводили к смещению акцентов в определениях и к утрате центрального положения критерия социальной важности и государственных интересов в пользу соображений о “морали”, “нравственности”, “справедливости”, “основах законодательства”.

Однако какое-то время, несмотря на упомянутые сдвиги в теоретических изысканиях, проблема доктринального объяснения природы публичного порядка все же оставалась, так как очевидная несостоятельность, или неудовлетворительность теорий о публичном порядке, продолжала неуклонно выясняться. Судебная практика давала множество очевидно противоречивых примеров использования оговорки о публичном порядке, казалось, не поддающихся обобщению. Ученые стояли в тупике и по чисто эмпирическим наблюдениям, когда, с одной стороны, явная аморальность иностранного закона (самого по себе) вовсе не была достаточна для того, чтобы можно было проигнорировать его применение и, с другой стороны, многие из иностранных законов, напрямую относящихся только к интересам частных лиц и лишь отдаленно затрагивающих вопрос о нравственности, не применялись вопреки коллизионной отсылке. Только степенью социальной важности закона и доводами об общем благе трудно было объяснить, почему принудительное осуществление прав из карточного долга либо выигранного пари в силу применимого в соответствии с фактическим составом отношения иностранного законодательства не могло санкционироваться судом, хотя дело здесь идет о сугубо частных интересах взыскателя и должника, а вопрос о том, порождает ли правовые последствия полигамный брак и может ли он иметь результатом имущественные последствия, все-таки может решаться по благоприятному для него иностранному закону, хотя везде утверждается, что принцип моногамии является важнейшей составной частью европейской культуры, традиций и морали.

В своих стремлениях найти объяснение феномену публичного порядка и случаям необходимости его применения ученым суждено было продвинуться дальше в понимании правовой сути публичного порядка. Внимание было обращено на случаи, когда сходные по своему значению законы при одних обстоятельствах игнорировались, а при других — применялись. Становилось еще более очевидным, что свойство материального закона само по себе не может являться определяющим признаком при решении вопроса о том, ограничивать или не ограничивать применение нормы иностранного права. Правоведы пришли к выводу, что более важное основание для ограничения действия иностранного закона лежит в сфере интенсивности иностранного присутствия в отношениях. Первое обоснование значения “интенсивности привязки”¹³ приписывают немецкому правоведу Францу Кану (Kahn Ph). Его тезис, строив-

шийся на обобщениях и критике существовавших концепций публичного порядка, лишь спустя некоторое время проявил себя как важный теоретический вывод. Он имел тот результат, что впоследствии судебная практика и законодатель стали проводить уже различие между нормой иностранного материального закона и ее применением, между правоотношением и его последствием, между в собственном смысле слова применением норм и признанием юридических последствий существования необычного иностранного правового института.

3. Особенности теории публичного порядка в советский период

Независимо от вышесказанного в определенный период в первой половине XX века понимание правовой сути публичного порядка определялось идеологическими соображениями и государственными интересами в первую очередь. В частности, какое-то время содержание публичного порядка диктовалось особенностями социального строя, воспринятого в России после Октябрьского переворота 1917 года.

Под ограничения, связанные с публичным порядком, подпадали некоторые революционные нововведения в законодательстве Советской республики. Западные судебные системы не воспринимали такие нормы советского права, которые, хотя и выражали прогрессивные цивилистические идеи, противоречили в то время основам правопорядка западных стран. В частности, не применялась норма советского Кодекса о браке и семье, допускающая расторжение брака по инициативе одного из супругов, как несовместимая с принципом “незыблемости семьи”.

В советском праве, действовавшем до введения в действие Основ ГЗ 1962 года ГПК, принцип публичного порядка был конкретизирован весьма знаменательной оговоркой ст. 7 о том, что иностранные нормы права могут “приниматься во внимание” лишь в связи с актами и сделками, совершенными за границей, и постольку, поскольку “договоры и акты разрешены действующими в Советском Союзе законами”. Она прямо лишала исковой защиты любые права, например возникшие на основе традиционных возмездных сделок, или предпринимательских отношений, если все они запрещались или ограничивались на территории Советского Союза. В данном подходе нашла отражение политика активного ограничения частной инициативы и предпринимательства, проводившаяся в то время в нашей стране¹⁴. Впоследствии необходимость в такого рода защитной оговорке стала меньшей, и в совет-

ском законодательстве уже говорилось о тех иностранных законах, применение которых будет противоречить “основам советского строя” (ст. 128 Основ гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1962 г.), что понималось в теории как противоречие “политической основе советского общенародного государства, власти трудящихся в лице советов депутатов трудящихся, экономической его основе — социалистической системе хозяйства и социалистической собственности на орудия и средства производства, основным правам и обязанностям граждан, принципам социалистического общества, возникшим и утвердившимся в результате свержения власти капиталистов и помещиков и завоевания диктатуры пролетариата, ликвидации капиталистической системы хозяйства, отмены частной собственности на орудия и средства производства и уничтожения эксплуатации”¹⁵. А с 1992 года категория публичного порядка стала связываться с “основами правопорядка” (ст. 158 Основ ГЗ 1991 г.).

Продолжительное время в рамках политики монополии внешней торговли использовалась оговорка о публичном порядке в позитивном смысле, для особо императивного значения “порядка подписания внешнеторговых сделок”. Действительность такой сделки связывалась с подписями двух уполномоченных лиц советской организации. Считалось, что вопрос порядка подписания относится к “личному статусу” советского юридического лица, который регулируется исключительно советским правом. В качестве дополнительного обоснования в пользу безусловного применения советского акта о порядке подписания говорилось об экстерриториальном действии данной нормы, как выражающей “правило о публичном порядке в позитивном смысле”¹⁶.

4. О значении публичного порядка сегодня

Ввиду того, что система идеологического и военного противостояния изжила себя, институт публичного порядка в современных условиях в значительной степени лишается той роли, которую он имел на протяжении длительного времени уже прошедших эпох. Во всяком случае, функцию защиты национальной правовой системы от применения тех иностранных норм, которые произрастают из иной системы ценностей, отношений собственности, можно, по-видимому, считать недействующей.

Выражением глобальных интеграционных процессов в мире явилось сближение правопорядков, внедрение в законодательство не столько особенностей самобытных институтов права, сколько норм, связанных с поддержанием и развитием общепризнанных

принципов мирового сообщества: свободы личности, охраны частной собственности, защиты прав потребителя и т.д. Национальные особенности стали играть заметно меньшую роль в современном нормотворчестве. Вывод о том, что в современных условиях оговорка о публичном порядке должна применяться еще в более узких пределах, очевиден и неоспорим, т. к. смысл самих формул о несовместимости с "моралью", "основами строя", "добрыми нравами" имеет сегодня в силу объективной ситуации гораздо более узкое понимание.

Неверно и ошибочно, однако, считать, что само значение публичного порядка в настоящее время убывает. Наоборот, будучи одним из основных институтов МЧП, упорядочивающего отношения межнационального экономического оборота, публичный порядок несколько не утрачивает своей основополагающей роли в системе данной отрасли права, но требует своего развития и усовершенствования в первую очередь на научном, теоретическом уровне.

Во всех кодифицированных актах МЧП, принятых в последнее время (законы Австрии 1978 г., Швейцарии 1987 г., Германии 1986 г.), оговорка о публичном порядке получает свое закрепление. Наиболее распространенная редакция оговорки о публичном порядке выражает правило о неприменении противоречащих публичному порядку иностранных законов, т.е. формулу публичного порядка в негативном смысле. Чаще всего оговорка о публичном порядке в позитивном смысле в современном законодательстве не упоминается. Причина такого положения дел состоит вовсе не в том, что оговорка о публичном порядке утрачивает значение. Просто учение о публичном порядке в позитивном смысле оказалось частным случаем самой насущной и современной проблемы МЧП о соотношении императивных норм и коллизионного регулирования, о котором мы подробнее изяснимся ниже и в своем месте. Проблема императивных норм в настоящем ее виде охватывает вопросы применения и публичных, и гражданско-правовых норм, и тогда, когда требуется применить нормы страны суда, а коллизионное правило отсылает к другой правовой системе, а также когда применять должно право суда, но одновременно ставится вопрос об иностранных нормах т.н. "экстерриториальной направленности", и, наконец, проблема императивных норм касается и теории "экстерриториальности" в целом. Во многом по этой причине теория публичного порядка в позитивном смысле утратила свое самостоятельное значение, т.к. она имела в виду случаи придания экстерриториальности своим материальным нормам, что в общем достигается уже системой соответствующих коллизионных привязок.

Как это стало очевидным, особое значение институт публичного

порядка теперь имеет в сфере признания властных актов органов иностранного государства. Здесь публичный порядок выходит за рамки чисто частноправовых категорий, поскольку основанием использования оговорки является тот результат или те правовые последствия, которые должны проистекать из иностранного властного акта (например, судебного решения), независимо от содержания и смысла тех положений законов, на которых оно строится, или даже от вопроса о том, публичные или частные нормы при принятии данного иностранного акта применялись. Противоречие иностранного судебного решения публичным нормам государства суда также является достаточным основанием для его непризнания.

Почва для использования оговорки о публичном порядке отнюдь не исчезает из-за того, что законодательство различных государств изжило все идеологические и прочие различия, или по причине объективного процесса экономической интеграции, взаимопроникновения культур, сглаживания этнических различий и т.д. Имели и имеют место и такие особенности иностранного регулирования, которые не согласуются с правосознанием и правовой системой государства суда, но вопрос о применении которых приходится решать в ходе рассмотрения споров из разнонациональных отношений.

При применении нижеследующих иностранных материальных норм вопрос о действии оговорки о публичном порядке может возникать в качестве руководящего соображения у судей. Так, все нашедшие воплощение в семейном и наследственном праве религиозные обычаи шариата, противоречащие европейским традициям, скажем, иски о наказании супруга, наследовании в ущерб нетрудоспособным иждивенцам, могут не удовлетворяться судами России, хотя российская коллизийная норма и будет отсылать к праву, которое придает силу закона несовместимым с нашим правосознанием такого рода обычаям.

Законодательство ряда мусульманских стран признает права только законных детей. Поэтому российский суд, рассматривая иск незаконнорожденного ребенка, проживающего в мусульманской стране, к ответчикам, имеющим имущество в России, должен будет по общему правилу отказать в предоставлении содержания в силу коллизийного принципа ст. 163 Семейного кодекса РФ согласно праву места совместного жительства или отказать ему в истребовании обязательной доли наследства у других получивших ее наследников в России, если наследодатель, фактическое отцовство которого установлено, проживал в мусульманской стране (основываясь на праве последнего постоянного места жительства наследодателя, ст. 169 Основ ГЗ).

При рассмотрении подобных исков налицо и повод не приме-

нять материальные нормы, ограничивающие права несовершеннолетних по основаниям, которые противоречат принципам российского правопорядка, фундаментальным положениям российского наследственного права, выраженным в гражданском и семейном законодательстве РФ.

В области семейного права причин не применять даже европейские нормы, устанавливающие что-либо существенно отличное от порядка заключения брака, последствий его расторжения и т.д., закрепленных в российском Семейном кодексе, можно отыскать достаточное количество.

Так, согласно законодательству Германии (ст. 1313 ГУ), Франции (ст. 296 ГК) и Швейцарии (ст. 103 ГК) женщина не может выходить замуж после развода в течение 10 месяцев, или 300 дней. По этой причине брак иностранной гражданки и российского гражданина должен быть признан недействительным, если гражданка менее 10 месяцев назад получила развод у себя на родине, в силу коллизионной нормы ст. 156 Семейного кодекса РФ о применении закона гражданства при определении материальных условий заключения брака. Однако оценке российского суда, куда будет заявлен иск о признании брака недействительным или о применении последствий недействительности брака, должен подлежать и вопрос о том, не противоречат ли ограничения западных кодексов принципу равенства прав супругов (ст. 1 Семейного кодекса РФ) и основам российского публичного порядка.

Случаи использования оговорки о публичном порядке рамками международного семейного и наследственного права могут не ограничиваться. В современных европейских государствах существуют некоторые институты гражданского или предпринимательского права, являющиеся продуктом современного развития юриспруденции и нормотворчества, а не старых традиций. Являясь бесспорно прогрессивными, они в то же время могут считаться непривычными нашему правосознанию. При этом дело вовсе не в том, что упомянутые правовые институты являются более высокой ступенью развития права и не очень нам понятны. Такие характеристики здесь также не подходят. Дело в том, что решения, предлагаемые западными правовыми системами, могут идти вразрез традиционным цивилистическим представлениям в России. Хотим оговориться, что последнее допущение в большей степени основано на наших субъективных оценках, но мы утверждаем, что вопрос об использовании оговорки о публичном порядке может возникать, в частности, при заявлении иска на базе узаконенных в западных законодательствах требований о возмещении т.н. "чистых экономических убытков третьим лицам", вследствие грубой неосторожности ответчиков, предоставляющих профессиональные советы (юристов,

аудиторов, инвестиционных консультантов). Например, в Германии если исполнитель, оказывающий услуги по договору с заказчиком, допускает грубую неосторожность, то не только сторона по договору, но и третьи лица, полагавшиеся на рекомендацию исполнителя, хотя и не вступали с ним в договорные отношения и не оплачивали услуги, вправе требовать возмещения ущерба, т.к. исполнитель, считает германская доктрина права с опорой на общие положения договорного права Германского гражданского уложения, добровольно принял на себя ответственность, даже не будучи стороной в договоре¹⁷.

В английском праве подобная ответственность за информацию и выражение мнений, причинившие чистые экономические убытки, трактуется как деликтная¹⁸, независимо от вопросов о правомерности действий, причинивших вред, и направленной причинной связи между совершением действия и возникшим вредом.

Представим на минуточку несложную ситуацию: германская компания или английское юридическое лицо заявляют иск в суде России к российскому инвестиционному консультанту, предоставляющему отчеты по договору со своим контрагентом, полагаясь на которые германская компания или английское юридическое лицо провели неэффективные вложения и имеют абстрактные убытки. Предположим, что фактические обстоятельства позволяют германской компании и английскому юридическому лицу со ссылкой на российские коллизионные нормы о праве места заключения сделки (п.2 ст. 165 Основ ГЗ) и места возникновения обстоятельств, послуживших поводом для требований о возмещении (ст. 167 Основ ГЗ), основывать претензии на своем праве, т.к. в первом случае страной, где были установлены договорные отношения истца и ответчика, может считаться Германия как местонахождение оферента (пользователя услуг) (ст. 444 ГК), а во втором случае вред (характеризующие его обстоятельства) возник в Великобритании.

Разрешая спор на основе иностранного права, суд должен будет удовлетворить иск, но, применяя германское право, российский суд вынужден будет отойти от принципа о том, что "обязательство не создает обязанностей для лиц, не участвующих в нем в качестве сторон" (ст. 388 ГК), а применяя английские нормы, орган российской юрисдикции допустит сразу два отступления от принципов деликтного права: присудит ответчика за действия, которые не имеют непосредственной причинной связи с имевшим место ущербом, и наложит взыскание, размер которого будет противоречить компенсационному характеру возмещения (ст.1064 ГК РФ).

Мы не категоричны в том, что приведенные примеры иллюстрируют необходимость использовать оговорку о публичном порядке. Мы склонны лишь считать, что во всех вышеприведенных случаях

вопрос о публичном порядке должен ставиться, а его окончательное решение зависит от обстоятельств другой плоскости, показывающих, в какой мере различия в законодательных и правовых концепциях при обращении к иностранному закону будут создавать неблагоприятные последствия в пределах юрисдикции государства суда. Ведь в первом примере при заявлении требования внебрачного ребенка о выплате содержания многое будет зависеть от того, какого гражданства ребенок. Если ребенок — российский гражданин, то, применяя закон мусульманской страны, кардинально отличающийся в вопросах содержания внебрачных детей, российский суд принудительно осуществит противоречащий основам российского правопорядка принцип в пределах своей юрисдикции, т.к. речь идет о защите своих граждан. Если же ребенок не гражданин России, то российский суд, не прибегая к оговорке о публичном порядке, лишь принудительно осуществит иностранную правовую норму, не затрагивая и не нарушая при этом прав своих подданных.

И наконец, в последнем примере при разрешении вопроса о том, применять или не применять оговорку о публичном порядке, определяющим обстоятельством будет степень связанности фактических элементов отношения с российской юрисдикцией. Оговорку о публичном порядке в примере с чистыми экономическими убытками тем более оснований применить, если совершение действий, послуживших поводом для заявлений требований (т.е. предоставление отчетов), не имело в виду ориентировать на внешнеэкономическую сферу. Если оказание услуг инвестиционного консультанта происходило по договору с российской компанией, информация предлагалась для пользования только контрагентом по договору и касалась состояния внутреннего рынка ценных бумаг, то, на наш взгляд, требование на базе иных принципов договорного права и возмещения вреда будет настоящим вторжением в правопорядок Российской Федерации, не знающий оснований возмещения убытков и вреда, практикуемых в Германии и Великобритании. Иное дело, если бы отношения по оказанию услуг в значительной мере носили внешнеэкономический характер. Тогда применение особенностей иностранного договорного или деликтного права уже в меньшей степени может считаться затрагивающим публичный порядок государства суда, поскольку, несмотря на различие в правовом регулировании, решение на основе иностранных законов принудительно осуществляет интересы внешнеэкономической, а не сугубо внутренней сферы отношений.

Итак, при установлении пределов и оснований применения оговорки о публичном порядке особо важное значение приобретает вопрос действия иностранной правовой нормы, или т.н. проблема “интенсивности привязки”, а обобщенно говоря, вопрос правового

эффекта или последствий, которые с разной степенью при применении одной и той же иностранной нормы могут влиять на публичный порядок государства суда.

“Интенсивность привязки”, на наш взгляд, определяется тем, в каком положении по отношению к юрисдикции государства находится то обязанное лицо, против которого направлено судебное решение, в результате применения противоестественных иностранных норм, т.к., отправляя правосудие, орган юрисдикции не может выходить за рамки того, что устоялось в качестве принципов правопорядка, если это не оправдано преобладанием или достаточной степенью иностранного присутствия в правоотношениях.

Формулировка ст. 158 Основ ГЗ о том, что иностранные законы не применяются, если их применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку), основана на том соображении, что при решении вопроса об использовании оговорки о публичном порядке характеристика иностранного закона имеет первичное, но не основное или самостоятельное значение и имеется в виду, что сам результат применения должен анализироваться судом и что только противоречащий публичному порядку результат такого применения служит поводом для отказа использовать иностранную правовую норму. В настоящее время формула о противоречии результата применения носит в значительной мере модельный характер, т.к. ее с теми или иными оттенками содержат положения законов МЧП различных стран¹⁹.

5. Проблема “применения” и “признания” иностранного права и публичный порядок

Проблеме интенсивности привязки посвящены научные обзоры, в том числе в нашей правовой доктрине, как советской, так и дореволюционной.

Более всего обсуждалась проблема природы субъективного права, защита которого испрашивается, его связь с иностранной нормой, на основе которой национальным судам приходится разрешать споры с иностранным присутствием в отношениях.

В целях определения пределов использования оговорки о публичном порядке принято различать случаи непосредственного применения некоторых противоестественных норм иностранного права и признания того правомочия, субъективного права, имущественного состояния или иностранного правового института, которые в принципе не свойственны правовой системе суда.

На важность такого различения при решении вопроса о том, прибегать ли к оговорке о публичном порядке при принудительном

осуществлении требований, основанных на чуждых правосудию идеях иностранного закона, или удовлетворять их, несмотря на кардинальные отличия от собственного законодательства, имели склонность обращать внимание достаточно давно.

Автор многих чрезвычайно интересных работ по международному частному праву, опубликованных в начале этого века, русский правовед М.И.Брун, чье творчество, по нашему мнению, еще предстоит по достоинству оценить, следующим образом иллюстрировал проблему. М.И. Брун говорил о существовании отношений, которые выросли “не на почве нашего законодательства”. Такие существовавшие в то время институты, как рабство, полигамный брак, напоминают собой “дерево, которое своими корнями вросло в одну территорию, а ветвями простирается на другие”. Поэтому, отмечал ученый, сколько бы суд ни протестовал против полигамии, он не может отказать в праве наследования имущества на территории государства суда детям полигамного брака, хотя последний должен безусловно отказывать полигамному мужу требовать себе жену, потому что одна ветвь этого воображаемого дерева “не может иметь вредных последствий для правопорядка, если она сама по себе не стоит в противоречии с ним”²⁰.

В законодательстве СССР использование оговорки о публичном порядке связывалось не только с применимым иностранным правом, но и с признанием гражданского состояния, приобретенного в силу иностранного права, или судебного решения, принудительно осуществившего чьи-либо субъективные имущественные права.

Действовавшие до вступления в силу Семейного кодекса в России 1996 года Основы законодательства Союза ССР и союзных республик о браке и семье 1968 года содержали нижеизложенную оговорку о публичном порядке (ст. 39): “Применение иностранных законов о браке и семье или признание основанных на этих законах актов гражданского состояния не может иметь места, если такое применение или признание противоречило бы основам советского строя”. Иная, более свойственная советскому времени редакция оговорки о публичном порядке, используется при признании иностранного судебного или арбитражного решения (ниже — решения “иностранных судов”, или “иностранные судебные решения”), что регламентирует Указ Президиума ВС СССР от 21 июня 1988 г. Данный акт устанавливает, что в признании решений может быть отказано, если бы такое признание угрожало безопасности, суверенитету, противоречило основным принципам законодательства (п. 6 ст. 5 и ч.7, ст. 10 указа).

Формула о непротиворечии “основным принципам законодательства” включает в себе более строгое условие признания актов иностранной власти, чем соответствие публичному порядку.

Взятая сама по себе, она производит впечатление возможности не признавать любые судебные решения, если результаты применения иностранных норм, положенных в основу иностранных судебных решений, отличались бы от результата применения в этой же ситуации российских норм права. Очевидно, такие соображения имелись у нашего законодателя. Однако нам представляется важным иметь в виду два следующих обстоятельства.

Во-первых, Указ Президиума ВС СССР выдержан в духе общепризнанных подходов в международном гражданском процессе, где основным принципом является преюдициальный характер иностранных судебных решений. Это выражается и в положении ст. 5, ч.2 указа о запрете принимать возражения по существу спора от лиц, которых обязывают иностранные судебные решения, и входить в какие бы то ни было правовые детали решенного спора, кроме вопросов соблюдения основных начал правосудия и судебной процедуры (пп.1—4 ст.5 указа).

Во-вторых, представляется очевидным, что с 1991 года “основные принципы законодательства” России изменились в сторону уменьшения отличий от фундаментальных воззрений западных правовых систем.

Поэтому мы полагаем, что критерий непротиворечия основным принципам законодательства следует считать равнозначным принципу соответствия иностранных судебных решений основам правопорядка, или публичному порядку России, тем более что признание решений иностранных третейских судов теперь связывается с непротиворечием именно публичному порядку (ст. 36, пп.1, 2, ч.3 Закона о международном коммерческом арбитраже).

Важнейшее практическое значение проблемы признания последствий актов иностранного государства и ее отличие от применения иностранного закона в свете решения вопроса о том, применять или не применять оговорку о публичном порядке, самым непосредственным образом подтвердилось, когда в судах Европы и Америки бывшие владельцы национализированной советским правительством собственности заявляли иски об истребовании имущества, которое на момент национализации находилось на территории советской России, а также в другом ряде случаев, когда основанием исков служили эти самые декреты о национализации, но иски были обращены на присуждение того имущества, которое на момент национализации оказалось за пределами территории советской России и не было передано советским властям. В большинстве дел в этом ряде случаев в исках было отказано по соображениям противоречия декретов о национализации публичному порядку, действие которых не может распространяться на территорию государства суда по той причине, что суд является частью правовой

системы, где установления декретов не совместимы с публичным порядком права суда²¹.

Однако почти во всех делах в первом ряде случаев, где заявлялись требования применительно к национализированному имуществу, вывезенному для различных целей советским государством или уполномоченными им организациями за границу, в исках было тоже отказано, несмотря на то что истцы ссылались на противоправный и несовместимый с основами публичного порядка характер декретов о национализации. В обоснование в первом ряде случаев своих решений, различным образом мотивированных, доминировала ссылка на иммунитет иностранного (советского) государства и невозможность обсуждать вопрос о законной принадлежности имущества, находящегося во владении иностранного суверена, однако во многих решениях имелось разъяснение о том, что, несмотря на карательную природу актов о национализации, их несовместимость с понятиями о справедливости и добрых нравах в государстве суда, эти характеристики актов и декретов о национализации не входят в противоречие с публичным порядком, поскольку их приведение в исполнение осуществлялось на территории другого государства. Насколько можно судить по литературе, на таких соображениях был построен отказ в иске об истребовании картин Пабло Пикассо по делу 1954 года, до национализации принадлежавших известному русскому коллекционеру и меценату Шукину и вывезенных для экспонирования за границу советскими музеями²².

Данная область судебной практики по международным спорам служит хорошей иллюстрацией тех случаев, когда вопрос о публичном порядке связан непосредственно с признанием актов иностранного государства, а не с их применением. Другой важной общей особенностью этих дел является большее значение степени воздействия этих актов на юрисдикцию, в сфере господства которой заявлялись требования истцов, чем непосредственно характер самих актов о национализации, иными словами — большее значение интенсивности привязки при определении того, нужно ли прибегать к оговорке о публичном порядке или нет.

Вопрос о соответствии актов самих по себе публичному порядку имел явно более подчиненную роль по сравнению с тем, если происходило бы применение близких по идеям к актам национализации советских правовых норм. Здесь проявилось важное практическое значение проблемы различия применения и признания иностранного права для определения границ публичного порядка, который предполагает более терпимое отношение к правовым требованиям, основанным на субъективном праве, санкционированным адресным действием иностранного правопорядка по сравнению с непосредственным применением иностранных норм.

Весьма важную роль здесь играет критерий отграничения применения иностранного права от его признания, на тему чего мы имеем суждения в нашей юридической литературе.

Иногда авторы изъяснялись в том смысле, что советский суд должен иначе подходить к оценке иностранного закона “в том случае, когда правоотношения, неприемлемые для советского суда, уже возникли и оформлены в иностранном государстве, и которые приходится лишь учитывать”²³, или что “неверно отождествлять ситуации, когда у участников процесса еще не возникло субъективных прав и обязанностей с той ситуацией, когда физическое лицо уже приобрело субъективное право, но под воздействием иностранного закона”²⁴.

Один из основоположников советской науки МЧП профессор Л.А.Лунц считал, что для органа судебной или административной власти признание субъективных прав, основанных на иностранном законе, есть разновидность “признания действия иностранной правовой нормы”, т.е. “применения иностранного права”²⁵.

Полагаем, что с этим суждением следует согласиться, поскольку не может т.н. “признание субъективных гражданских прав” иметь самостоятельное значение, раз для установления их содержания требуется понять смысл и особенности иностранной правовой нормы, т.е. именно применить иностранный закон.

Например, при принудительном осуществлении прав из международной купли-продажи имущества, которое ранее было приобретено иностранным продавцом у юридического лица с местонахождением в этом же иностранном государстве, вопрос законности титула продавца на имущество есть по сути признание его субъективного права, приобретенного в силу иностранного закона, но до тех пор, пока не заявлено требование на основе утверждения о том, что продавец не являлся собственником и не был уполномочен на отчуждение имущества. Для выяснения этого вопроса российский суд будет обязан не просто признать субъективное право, а посмотреть, насколько законно оно приобретено, сопоставляя его с объективным материальным правом иностранного государства, т.е. применить иностранное объективное материальное право. Очевидно поэтому, что если проблема разграничения признания от применения зависит от существа исковых требований, то признание субъективного гражданского права в этом случае есть частный случай применения иностранной правовой нормы.

Профессор А.А. Рубанов внес уточнение в понятие признания, или позитивного отношения, к “субъективным правам, возникшим под действием иностранного закона”, в гражданско-правовом смысле. Он полагает, что позитивное отношение к субъективным правам “лежит в сфере использования иностранной правовой нормы” субъек-

ектом гражданских отношений, а не властным органом. Последний применяет иностранное объективное право, граждане и юридические лица его используют, что является наряду с применением иной формой “реализации права”. Поэтому, полагал автор, государственный нотариус при составлении доверенности о праве продажи поверенным земельного участка за границей лишь “участвует в использовании” иностранного права совместно с доверителем²⁶.

Со сделанными выводами нельзя не согласиться, т.к. признание субъективных прав, приобретенных под действием иностранной правовой нормы, возможно только на базе теории “приобретенных прав”, воспринятой государствами англосаксонской правовой системы (Великобритания, США, Новая Зеландия, Австралия, Канада), где суды в принципе никогда не применяют иностранные законы как фактические обстоятельства. Поэтому если судебный орган применяет иностранный закон, он не может в гражданско-правовом смысле исходить из признания субъективных прав, очерчиваемых иностранной нормой, помимо применения или без применения иностранной нормы. Те же субъекты отношений, которые не обладают юрисдикционной властью, вправе принимать к сведению то или иное иностранное регулирование, основывать на нем свои правовые ожидания, использовать его и, конечно, признавать разнообразные субъективные права, им установленные и определенные.

Итак, мы в целом соглашаемся с тем, что признание иностранных субъективных прав, позитивное отношение к субъективным правам, возникшим под действием иностранной правовой нормы, т.е. тех правомочий, которые лишь общими (нормативным) образом регламентируются иностранными законами, имеет условное значение, т.к. принудительное осуществление их по суду возможно только через правоприменение.

Однако если посмотреть шире, то проблема разграничения признания от применения будет носить совсем не умоуменьшающий характер. Те имущественные права, которые возникают вследствие заключения или расторжения брака, усыновления, вынесения судебного решения (в некоторых случаях), национализации имущества, запрета, установленного индивидуально-распорядительным актом, состоявшимся на территории иностранного государства с участием его властных органов, не требуют правоприменения норм, на основании которых регистрировался брак, фиксировалось его расторжение, принималось судебное решение или происходила национализация, издавался запрет или утверждалось усыновление в основном по той причине, что правоприменение уже состоялось, оспаривать которое власть другого государства не вправе. Поэтому приведенные случаи служат примером именно признания тех субъективных прав, кото-

рые возникли и под действием иностранных правовых норм, и в силу непосредственных индивидуально-распорядительных актов (ниже именуемых “акты иностранной власти”, или “акты иностранного государства”, или “иностранные акты”), а не только иностранных нормативных положений. Строго говоря, суды и органы государства должны признавать не собственно иностранные субъектные права, а акт иностранной власти, сообщивший им принудительную силу или иным образом их санкционировавший.

Признание иностранных юридических актов есть неизбежное условие существования межнационального экономического оборота, не меньшая необходимость, чем признание существования иностранных правовых систем и ее производных: судов, органов юстиции, юридических лиц и т.п. Регистрация рождения и смерти, создания и ликвидации юридических лиц, выдача дипломов, издание различных запретов или дозволений, адресованных конкретной группе лиц, либо определение судьбы имущества — все это юридические акты иностранной власти, которые имеют непосредственное отношение к внутреннему, а иногда и международному экономическому обороту. Акты совершают органы государства в соответствии с их компетенцией, т.е. всегда определенный орган государственной властной системы. Юридические акты государства могут устанавливать конкретные юридические обязанности в публично-правовом смысле или утверждать, придавать принудительную силу правам и обязанностям сторон гражданского или частноправового отношения. Как мы уже сказали, общая практическая необходимость диктует позитивное отношение ко всем актам иностранного государства, кроме тех, которые могут напрямую затрагивать функции внутренней юрисдикции. В последнем случае признание таких актов может обуславливаться наличием международного договора либо взаимностью. В России и многих других странах судебные решения признаются лишь при наличии международного договора с государством, где вынесено судебное решение²⁷. Согласно ст. 157 Семейного кодекса России браки между иностранными гражданами, заключенные на территории России в дипломатических представительствах и консульских учреждениях иностранных государств, признаются на условиях взаимности, т.е. только если аналогичные браки российских граждан признает соответствующее иностранное государство. Судебное решение есть акт власти, который придает принудительную силу правам, а регистрация брака — юридический акт, которым утверждается (легализуется) имущественное состояние. Поэтому правовое значение некоторых иностранных браков и решений иностранных судов увязано с дополнительными требованиями.

В наиболее подробном и хорошо составленном учебнике по

МЧП, переизданном в 1973 году, в разделе “Сфера возникновения коллизий законов”, где говорится о проблеме иностранных публично-правовых норм, приведен чрезвычайно неудачный пример признания иностранных “административных актов”, которое может иметь место, как там сказано, “только в силу прямого предписания внутреннего закона или международного договора”²⁸. В учебнике дан пример: может признаваться в соответствии с Основами законодательства о здравоохранении Союза ССР и союзных республик диплом об окончании учебного медицинского учреждения за границей как вид иностранного административного акта, и сам дипломист может допускаться к врачебной практике на территории СССР. Однако такого условия признания акта иностранной власти, аттестующей специалиста в соответствии с тамошними стандартами и в согласии с заведенным этой властью порядком, существовать не может. Такой подход противоречит самим основам международного общения, т.к. государство вряд ли способно каждый раз предусматривать, какой акт иностранной власти оно будет признавать. Во внутренних законах СССР нигде нельзя найти предписание признавать такие административные иностранные акты, как регистрация юридических лиц или их подразделений, а между тем и до СССР, и во время его существования регулирование и судебная практика в области МЧП основывалась на признании этих административных актов иностранной власти, т.к. правосубъектность и иные свойства иностранных компаний или их подразделений признавались в каждом судебном деле с их участием. Если бы органы, разрешающие споры, стояли на точке зрения учебника по МЧП, никакие дела с участием иностранных компаний не были бы возможны, т.к. третейские суды при ТПП СССР в отсутствие прямо выраженной нормы в советском законе о признании актов регистрации иностранных юридических лиц должны были бы исходить из их отсутствия как юридической реальности.

На самом деле действует обратный принцип о том, что все акты иностранной власти признаются, если иное не установлено в законе и международном договоре.

Ст. 12 Основ, к примеру, регулировала всего лишь вопрос допуска к медицинской деятельности тех лиц, которые получили “медицинскую подготовку в иностранном государстве”: “Лица, получившие медицинскую и фармацевтическую подготовку и звание в соответствующих учебных заведениях иностранных государств, допускаются в СССР к медицинской или фармацевтической деятельности в порядке, установленном законодательством Союза ССР” (ст. 12, ч.3).

Признание иностранных актов может быть связано лишь с соблюдением формальных требований применительно к опосредую-

щим действие этих иностранных властных актов документам. Использование иностранных официальных документов, свидетельствующих о тех или иных актах иностранного государства, может быть обусловлено их легализацией. Но легализация — это процедура установления подлинности тех документов, которые удостоверяют тот или иной юридический акт иностранной власти, например регистрацию рождения. И документ, подлежащий легализации, тогда будет именоваться свидетельством о рождении, аттестация специалиста — свидетельством об окончании вуза и т.п. Легализация иностранных официальных документов не имеет непосредственного отношения к признанию иностранных юридических актов, сопровождаемых изданием или выдачей документов, подлежащих легализации.

Если в государственных органах возникает вопрос о принудительном осуществлении требований субъектов гражданского права, то первоочередное значение имеют те акты иностранной власти, которые тем или иным способом санкционируют субъективные имущественные права или устанавливают границы их осуществления. При этом понятие “субъективное право” должно разумеется в самом широком смысле и охватывать как все субъективные гражданские права, являющиеся составной частью гражданского правоотношения, нарушение которых обязанной стороной имеет в виду требование обладателя такого права к заранее известному обязанному лицу, как, например, в случае регистрации брака, так и те субъективные права, которые связываются с имущественным состоянием субъектов. Регистрация прав на недвижимость, выдача лицензии банку или страховой компании, регистрация эмиссии ценных бумаг, национализация имущества являются юридическим основанием для заявления требований к тем, кто может нарушать санкционированные этими актами имущественные права, и только в том случае, если права нарушаются. Например, регистрация прав на недвижимость — это установление комплекса вещных прав субъекта, как пишут в учебниках, абсолютных прав, “опосредующих статику имущественных отношений”, иск о принудительном осуществлении которых можно заявлять в случае нарушения кем-либо прав собственника или владельца. Индивидуально-распорядительный акт, содержащий запрет на распоряжение каким-либо имуществом, устанавливает более узкие рамки осуществления субъективных прав. Выдача лицензии на совершение банковских операций санкционирует осуществление правомочий в рамках правоспособности кредитных учреждений, которые являются предпосылкой для совершения определенных сделок, пользующихся исковой защитой. Существует несколько важных особенностей тех субъективных прав, которые санкционируются или ограничивают-

ся адресными ненормативными актами иностранной власти, которых нет у тех субъективных гражданских прав, которые выводятся из нормативного акта иностранного происхождения. Такие особенности, как мы увидим ниже, имеют важное значение в вопросе о том, следует ли применять в той или иной конкретной ситуации оговорку о публичном порядке.

Во-первых, содержание и пределы осуществления прав, санкционированных иностранной властью, устанавливаются органом, разрешающим споры, независимо от коллизионного вопроса, т.е. не разрешая предварительно задачу определения применимого права, в то время как требования, заявленные на базе иностранного нормативного акта, влекут предварительное применение коллизионной нормы.

Характерным примером может служить договор, предусматривающий произведение улучшений в одном случае в движимом, а во втором — в недвижимом имуществе, если оно не находится в государстве, где рассматривается спор и чье право регулирует отношения сторон. В первом случае для проверки довода о том, что имущество не принадлежит на праве собственности стороне, заказывающей улучшения (заказчику), вопреки его утверждениям, суд должен применить свою коллизионную норму для определения правопорядка, который регулирует вопрос приобретения имущества, и затем применить его нормы и разрешить вопрос о титуле (праве собственности на имущество), раз это обстоятельство имеет ключевое значение в решении об удовлетворении иска в связи с неисполнением договора.

Но если имущество является недвижимостью, учет прав на которое связан с государственной системой регистрации в месте его нахождения, то коллизионный вопрос не возникает, т.к. для подтверждения титула достаточно документальных сведений о государственной регистрации титула, если не стоять на губительной для международного коммерческого оборота точке зрения, что ненормативные акты органов иностранной власти подлежат признанию только в том случае, если в законодательстве государства суда имеется прямое на этот счет указание. Полагаем необходимым более подробно разъяснить основную идею примера с недвижимостью. Субъективные права, юридическое значение которых зависит от действий иностранной власти, кардинально различаются от тех субъективных прав, которые выводятся только из иностранных норм, в том, что первые существуют в строгом соответствии с тем актом иностранной власти, которым они санкционируются, и их юридическая роль неотъемлема от акта иностранной власти. Вторые таких особенностей не имеют. В приведенном примере довод о незаконности титула на недвижимость может даже иметь юриди-

ческие основания, которые достаточны для того, чтобы исходить из отсутствия прав собственности на недвижимость у стороны в споре (заказчика). Обстоятельства могут быть очевидными и достаточными для решения суда об отсутствии прав на недвижимость. Но до того, как данные юридические аргументы будут иметь результатом внесение изменений в реестр собственников недвижимого имущества в соответствующем государстве, никакого юридического значения для суда они иметь не могут.

Во-вторых, особенность субъективных прав, санкционированных иностранной властью, заключается в том, что результат применения иностранного закона, нормирующего субъективные права, можно обжаловать в суде, а ненормативный акт иностранной власти, будь то регистрация юридического лица или судебное решение, обжаловать в суде другого государства невозможно. Так, невозможно обжаловать регистрацию усыновления, развода, реорганизации юридического лица, выпуска акций, состоявшихся на иностранной территории, и оспорить таким образом субъективные права, такой регистрацией установленные, хотя бы по причине международно-правового принципа *par in parem non habet imperium* ("равный над равным не имеет власти").

В-третьих, уяснение содержания иностранной правовой нормы есть для суда вопрос права. В то время как иностранный ненормативный акт, в отличие от непосредственно субъективного права, которое им санкционируется, — фактическое обстоятельство, подлежащее доказыванию стороной в споре.

И наконец, наиболее существенным выступает четвертое отличие. Иностранная правовая норма, на которой стороны спора основывали свои правовые ожидания, подлежит применению по крайней мере в государствах римской (континентальной) системы права. Иностранные индивидуально-распорядительные акты не применяются, а признаются, а следовательно, и субъективные права, ими санкционированные или ограничиваемые, также подлежат именно признанию. Рассмотрим в качестве примера иностранные судебные решения, которые изменяют условия договора и санкционируют непосредственные субъективные права, возникшие не в силу соглашения сторон. Этот акт иностранной власти применяться не может. Если нет исходных препятствий для его признания (взаимность, отсутствие международного договора), такой акт подлежит именно признанию, о чем имеется запись в действующем на территории РФ Указе Президиума ВС СССР от 21 июня 1988 г. (п.1).

Как раз в силу приведенных особенностей субъективных прав, юридическое значение которых связано с актом иностранной власти, оговорка о публичном порядке при возбуждении вопроса о их признании обязана иметь более смягченное действие.

Благосклонное отношение к субъективным правам, санкционированным актом иностранной власти, отражает уважение к суверенитету другого государства, его решениям, действиям, судить о справедливости которых следует не через призму коллизийного регулирования, а через решение вопроса о том, могло ли с точки зрения суда иностранное государство иметь юрисдикцию издавать такие акты или относимы ли последствия актов к рассматриваемому делу. В современном мире отрицать юридическую силу иностранных актов можно тем обстоятельством, что этим нарушается исключительная компетенция собственных органов государства. Мы уже упоминали, почему отрицание юрисдикции иностранного государства является еще более неприемлемым сегодня, в эпоху интеграции, сближения и сотрудничества государств. М.И.Брун в своем курсе лекций приводит пример такого очевидно характерного для своего времени, но совершенно немыслимого сегодня отрицательного отношения к иностранной юрисдикции. Когда он был во Франции, его поразило и вызвало изначально недоумение следующее публичное предостережение: “Барышни, берегитесь болгар”. Речь шла о том ряде печальных случаев, когда француженки выходили замуж за граждан Болгарии — студентов французских университетов, но после переезда к ним на родину оказывалось, что, т.к. в Болгарии в начале века признавалась только церковная форма брака, француженки очутились в положении бесправных наложниц²⁹. Такие несправедливые последствия возникали оттого, что в Болгарии не признавали акты иностранной власти — юрисдикцию Франции в отношении браков своих граждан с иностранцами. Этот пример из прошлого прекрасно иллюстрирует категорическую неприемлемость такого подхода сегодня.

Иностранные индивидуально-распорядительные акты, определяющие возникновение или ограничение субъективных прав, являясь для органа, разрешающего споры, фактическими обстоятельствами, а не вопросами права, не имеют непосредственного обязывающего значения для суда в силу своего направленного (адресного) действия. По этой причине вполне правомерно ставить вопрос об их неотносимости (отстраненности) или несущественном значении для уяснения содержания субъективных прав (вопросов права), защита которых затребована в суде, и поэтому не признавать. Такое непризнание не обязательно должно быть связано с несоответствием публичному порядку актов, наоборот, непризнание таких актов по соображениям противоречия публичному порядку есть весьма частный случай непризнания, возможность прибегать к которому по мере интеграции и эволюции общества последовательно уменьшалась.

Выражением этой тенденции является, на наш взгляд, редакция оговорок о публичном порядке в новом Семейном кодексе России

(ст. 167), которая не содержит упоминания о непризнании актов гражданского состояния, противоречащих основам строя, как это было в Основах законодательства СССР. Применительно к бракам между иностранцами за границей в Семейном кодексе вообще не содержится оговорок, ограничивающих их признание.

В российском законодательстве существует прямо выраженное условие непризнания иностранных судебных решений, если они противоречат основным принципам законодательства. По всем вышеназванным соображениям оно должно применяться более осторожно, чем если бы заявлялось не ходатайство о признании судебного решения, а требование, основанное на соответствующих иностранных нормах. Положение о более смягченном действии в этом случае оговорки о публичном порядке нашло свое выражение в правовых доктринах и судебной практике иностранных государств. Так, во второй редакции Кодификации конфликтного права США имеется правило в параграфе 117, что если публичный порядок одного штата запрещал бы применение какого-либо закона другого штата, но если на основании этого закона было принято решение в другом штате, оно тем не менее должно быть признано и исполнено³⁰.

II. МАТЕРИАЛЬНЫЙ И ПРОЦЕССУАЛЬНЫЙ АСПЕКТЫ ПРОБЛЕМЫ

1. Значение иностранных процессуальных норм

Решение гражданского спора на основе иностранных законов подразумевает обращение к таким нормам иностранного законодательства, которые относятся к содержанию прав и обязанностей сторон, а не нормам, непосредственно связанным с судопроизводством в иностранном суде. Поэтому тема ограничения применения иностранного права охватывает и вопросы отношения к иностранному процессуальному праву. В российской юридической теории, по-видимому, правило о том, что применение иностранного права ограничивается только материальными нормами и не учитывает т.н. процессуальную сторону иностранного законодательства, является установившимся. Правило имеет свое логическое научное обоснование. Судья, применяющий к отношениям сторон определенное иностранное регулирование, не обязан руководствоваться правилами, регламентирующими образ действий его коллеги за рубежом, т.е. нормами, которые не обязательны для сторон правоотношения, но применение которых связано с соблюдением процедуры отправления правосудия. В теории утверждают, что иностранные процессуальные нормы не коллидируют (т.е. не

составляют конфликт законов), и поэтому вопрос об их применении не возникает. Независимо от вышесказанного применение иностранных процессуальных норм связано с определенными объективными трудностями.

Если иностранные материально-правовые нормы регламентируют поведение лица, основывающего свое требование на этих нормах, то во многих случаях его содействие будет естественным способом преодоления трудностей в связи с установлением их содержания. Если и говорить об обязанности лиц знать закон в том смысле, что незнание не может освобождать от неблагоприятных последствий, то относится это скорее всего в первую очередь к правилам, прямо применимым к гражданам и юридическим лицам. По установившемуся и распространенному принципу знание зарубежного порядка отправления правосудия не только не может являться процессуальной обязанностью сторон, но и невозможно по объективным причинам. Например, в силу адвокатской монополии в некоторых странах, где лицом, обязанным действовать по нормам процесса, является адвокат, обладающий профессиональными навыками и совершенным знанием судебной процедуры. С другой стороны, и отечественные суды будут не в состоянии освоить некоторые процессуальные правила. Например, порядок установления фактов, имеющих значение для дела, составляет предмет целой процессуальной процедуры, задача соблюдения которой может оказаться недостижимой силами и средствами судов в России без предварительного обучения судейского корпуса. К совершенно особым методам англо-американского процессуального права относится, например, подразумеваемый отказ от своего права ссылаться на значимое обстоятельство, поскольку такой отказ демонстрировался определенными действиями участника процесса ("estoppel"), или, например, свидетельские показания, даваемые судебному представителю под соответствующей присягой. Для применения названных институтов отечественный судья обязан будет вникнуть во всю совокупность несвойственной его правовой системе правил о содержании подразумеваемого отказа или работать с т.н. "судебными представителями", правовое положение которых не имеет аналога в отечественном процессуальном праве.

По всем этим соображениям применяется иностранное материальное, а не иностранное процессуальное право. Правда, в советской науке международного частного права, не имевшей настолько важного прикладного характера, какой она имеет сейчас, выдвигались самые радикальные суждения о том, какие нормы при отсылке коллизионной привязки к иностранному правопорядку нужно обязательно применять.

В научной литературе по-своему обоснованно отстаивалась точ-

ка зрения о том, что следует рассматривать все нормы иностранного процессуального права в качестве вопроса права, который дан отечественному суду вне процесса, и применять их так, как они применяются в иностранном суде³¹.

Однако большинство других правоведов считали и считают, что иностранные процессуальные правила вряд ли могут применяться отечественными судами. Законченное концептуальное объяснение было дано в работах профессора Л.А.Лунца. Гражданское процессуальное право есть составная часть публичного права и как таковое не может применяться в другом государстве как право территориального действия и вертикальной (властной и т.п.) природы. Понятие “международный гражданский процесс” не является отраслью права, отличающейся по источникам, способам регулирования от обычного гражданского процесса. Следовательно, международное частное право как особенная отрасль права, регулирующая разнонациональные отношения или отношения с иностранным элементом, не включает в себя нормы процесса и не распространяет на них свои принципы и базовые понятия³².

2. Феномен трансформации процессуальных норм

Практически более значимой для суда являлась не проблема о том, применять или не применять иностранные процессуальные нормы, а о том, какие из норм иностранного законодательства следует считать материальными и применять, а какие — процессуальными и не применять.

С проблемой разграничения материального и процессуального права — весьма насущной особенно при определении границ применимого иностранного законодательства — тесно связан т.н. феномен перехода некоторых норм процессуальной природы в сферу материально-правовой регламентации.

В процессуальном праве России действует норма о том, что истец или ответчик обязаны доказать все факты, на которых они основывают свое притязание (ст. 53 АПК). Между тем тогда, когда распределение бремени служит средством закрепления за той или другой стороной субъективных имущественных прав, сходная норма является нормой материальной. Например, в силу п.3 ст.401 ГК наличие оснований, освобождающих от ответственности, доказывается стороной, допустившей правонарушение. Равным образом вопросы допустимости доказательств, средств доказывания, относящиеся к порядку разрешения споров, предназначенному “для пользования” судами, применительно к содержанию определенных материальных прав являются материально-правовыми.

В соответствии с п. 1 ст. 162 ГК несоблюдение простой письменной формы лишает стороны возможности ссылаться на свидетельские показания для установления содержания сделки. Хотя данная норма вроде бы относится к разделу доказательств процессуального права, ее назначение тесно связано с реализацией материального правомочия, поэтому она включена в ГК как норма более узкой диспозиции, применяемая только в доказывании при несоблюдении формы сделок (в отличие от аналогичных общих норм ГПК и АПК о доказывании).

3. О методе определения отраслевого характера иностранных норм

Однако если проблема разграничения норм материального права от норм процессуального права облегчается кодификацией в российском законодательстве, в результате которой правила процесса и правила регулирования гражданских отношений собраны в кодексы: Гражданский кодекс РФ, Гражданский процессуальный и Арбитражно-процессуальный кодексы, — то в иностранном праве, к которому необходимо обратиться для решения спора, сама кодификация может иметь меньшее значение. Поскольку иностранный закон применяется в силу внутренней коллизионной нормы, то суд должен исходить из предварительного истолкования понятий своего законодательства, т.е. коллизионной нормы своего права до того, как будет выбрано применимое иностранное законодательство. Например, на вопрос о том, допустимы ли свидетельские показания для установления содержания устной сделки, совершенной в иностранном государстве, необходима квалификация, какой это вопрос — вопрос гражданского права или процесса, и по какому закону — российскому (закону суда) или применимому иностранному эта проблема (проблема квалификации вопроса как материально-правового или процессуального) должна решаться. Российское право считает такой вопрос материально-правовым и относящимся к форме сделки, а применимое законодательство места ее заключения — процессуальным и относящимся к разделу доказательственного права, но следует ли все равно, несмотря на это, применять иностранный закон как материальный, а не процессуальный, или применить российский, поскольку иностранное право места заключения сделки считает вопрос о допустимости доказательств процессуальным, а процессуальные нормы не могут применяться российским судом, или поступить еще каким-нибудь образом.

Проблема усложняется тем, что законы т.н. межотраслевой направленности могут содержать и материальные, и процессуальные

нормы одновременно, т.е. правила, предназначенные для регулирования поведения субъектов гражданского оборота, и правила, адресованные непосредственно суду. Законодательство т.н. англосаксонской системы права таких стран, как Великобритания, США и др., официально не кодифицировано и по-своему систематизировано. Для определения того, к какой отрасли права отнесли бы, например, в Великобритании ту или иную норму, следовало бы усвоить английскую концепцию первичности, или доминирования, процессуальных правил в международном частном праве. Советская наука пришла к выводу о том, что в МЧП различие процессуальных и материально-правовых институтов не является самостоятельной проблемой, а есть частный случай “проблемы квалификации” о методе истолкования понятий коллизионной нормы в соответствии с тем или иным пониманием правовых категорий в разных правовых системах, учитывая не только их разный смысл, но и принадлежность к различным отраслям права. Наибольший вклад в разработку отечественной теории внес профессор Л.А. Лунц, считающий, что в каждом деле понятия коллизионной нормы будут первичными в отношении того, как толковать иностранную норму, в частности как материальную, т.е. подлежащую применению, или как процессуальную и не применимую российским судом. Однако считается допустимым, что понятия коллизионной нормы могут иметь разное содержание в зависимости от цели коллизионной нормы сообразно либо понятиям закона суда, либо понятиям применимого иностранного права, при предпочтении т.н. автономной квалификации, т.е. понятиям общеприменимого содержания³³.

4. О некоторых тенденциях в праве международной торговли

Правило, проводящее различие между субъективным правом в собственном смысле слова и средством правовой защиты, знает и некоторые исключения, хотя и не колеблющие исходного принципа, но дающие повод говорить об определенных изменениях в правоприменительной деятельности при разрешении т.н. международных споров.

Развитие института международного коммерческого арбитража и некоторые эпизоды судебной практики дают основание говорить и о некоторых тенденциях применять или учитывать при разрешении споров на основе иностранных законов и правила о порядке разрешения споров. Европейская конвенция о международном арбитраже 1961 года (ст. 1, п.1, в, iii) и регламенты международных арбитражных судов позволяют сторонам избрать не только матери-

альное право, но и внутренний регламент, которым должны руководствоваться арбитры при разрешении споров (своего рода аналог процессуальных норм)³⁴.

Соображениями о тесной взаимосвязи норм гражданского закона и процессуальных норм обосновывают принятие во внимание в качестве вопроса факта, например процессуального закона иностранного государства в американских судах³⁵.

III. НОРМЫ ПУБЛИЧНЫЕ И НОРМЫ ЧАСТНЫЕ

1. О сути вопроса

Принцип неприменения иностранных процессуальных норм можно рассматривать как составную часть общего правила о неприменении любых публичных уголовно- или административно-правовых норм вертикального действия, т.е. тех актов, которые не регулируют имущественные отношения равноправных субъектов, а адресованы непосредственно, с одной стороны, государственным органам, осуществляющим властные функции, и гражданам, организациям, подчиненным органам и т.п. — с другой. Считается, что такие иностранные предписания не могут применяться судами и иметь действие за пределами юрисдикции государства, их издавшего. Ни в одной из стран суд не станет осуждать физическое лицо на срок, предусмотренный уголовным кодексом иностранной державы, либо выносить постановления о применении санкций за неуплату налогов в другом государстве. Такой принцип основан на традиционном различии публичного и частного права.

Поэтому проблема о пределе применения иностранного закона с учетом норм не только гражданско-правового содержания в применении иностранном праве тесно связана с самым важным, а вместе с тем и самым сложным вопросом теории права вообще о критерии разграничения норм публичных от норм частных. В самом общем виде проблему разграничения права публичного от права частного обозначил известный римский юрист Ульпиан. Нормы публичного права, считал он, относятся к статусу и состоянию всего государства в целом, а частное право охраняет интересы отдельных лиц. Такое определение не получило единообразного научного развития, и в настоящее время применение различных критериев может сделать норму в одном случае публичной, а в другом — частной. В юриспруденции наиболее распространен критерий, согласно которому ту или иную норму можно отнести к сфере публичного или частного права в зависимости от содержания регулируемых отношений. Не менее популярен т.н. “формаль-

ный” способ отграничения, по которому частные нормы возможно применить по инициативе частных лиц, а остальные нормы являются публичными. Согласно теории “метода регулирования” для публичного права характерно регулирование отношений предписаниями императивного характера, которые не могут быть изменены усмотрением сторон. Способ же регулирования, основанный на свободе и инициативе частных лиц, создает нормы частные³⁶. В настоящее время известные ученые могут стоять на различных позициях относительно квалификации той или иной нормы, поскольку могут использоваться различные из вышеприведенных критериев. Следовательно, применительно к конкретному случаю могут получаться противоположные правовые результаты.

Например, по мнению одного из разработчиков ГК профессора А.Л.Маковского, в основу тех отношений, которые не могут подпадать под действие Гражданского кодекса, положено только властное подчинение одной стороны другой, куда он относит “налоговые отношения, бюджетные отношения и, в какой-то мере, может быть значительной, валютные отношения”³⁷, т.к. их регламентация осуществляется публично-правовыми положениями. В то же время председатель Высшего арбитражного суда РФ г-н Яковлев считает, что даже в нормах Кодекса может присутствовать и публичный интерес. Как он утверждает, такой интерес имеется в ст.210 ГК “Содержание имущества собственником” и в ст.4.22 “Договор и закон”, где говорится о том, что договор по своим условиям должен соответствовать требованию закона³⁸. Как нетрудно увидеть, первый ученый более привержен теории отграничения права публичного от права частного. Г-н Яковлев преимущественно опирается на доктрину метода регулирования.

Состояние научной мысли в таком важном вопросе делает задачу решения проблемы публично-правовых императивных норм при рассмотрении разнационального спора на основе иностранного закона особенно сложной. И поскольку тема публичного и частного права продолжает оставаться неубывающим предметом научной полемики — тесно связанные с ней вопросы о том, какие иностранные законы следует игнорировать (как публично-правовые акты) при разрешении спора на основе иностранного права, не в меньшей степени дискуссионны и окончательно не урегулированы.

Имеются отдельные суждения общего плана российских ученых советского периода, относящиеся к времени, когда общественная система не разрешала участие в международном гражданском обороте помимо структур государства. В частности, тогда появилось высказывание профессора Л.А.Лунца о том, что советский суд не станет применять публично-правовые законы, хотя и будет учитывать их гражданско-правовые последствия³⁹.

Вопрос о том, в какой степени следует учитывать при разрешении спора на основе иностранного закона публично-правовые положения иностранного права, в какой-то мере связан с тем, как в принципе суд относится к иностранному закону. В международном гражданском процессе известны, как мы уже упоминали, две концепции иностранного закона как вопроса права либо как вопроса факта. В государствах системы Common Law, где предлагается считать иностранное право вопросом факта, иностранные публично-правовые нормы будут учитываться в той мере, в какой заинтересованная сторона докажет, что они прямо влияют на применение гражданско-правовых положений в иностранном государстве. Поскольку фундаментальные правила состязательности процесса предусматривают обязанность его участников самим устанавливать содержание и особенности фактов, то и разрешение данной проблемы относительно соотношения и взаимного влияния частноправовых и затрагивающих их действие публичных норм также в известной степени падает на обязанность истца или ответчика, и судьи в этом смысле оценивают не столько особенности и степень влияния этих норм на подлежащие защите имущественные права истца, сколько доказательства, им предоставленные в пользу или против такого влияния.

В странах континентальной системы, где доминирует трактовка иностранного закона как вопроса права, вопрос о мере применения публичных норм должен разрешаться непосредственно судами.

Ст. 157 Основ гражданского законодательства РФ предусматривает, что при применении иностранного права устанавливается содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Положение статьи выражает принцип применения иностранного права в том содержании, которым обязаны руководствоваться суды места издания данных правовых норм.

Законодательство и судебная практика России пока не выработали подходы, окончательно разрешающие в целом проблемы применения судами публичного права, законов иностранного государства, которые оказывают влияние на правовую силу применимых гражданско-правовых норм. Необходимость применять или воздерживаться от применения определенных иностранных валютных ограничений или налоговых положений в конкретных случаях применения иностранного права прямо не из чего не следует. Обиже же соображения, высказанные одним из видных советских ученых еще в 70-е годы, сегодня нуждаются в дальнейшем теоретическом развитии.

Платеж по договору с нарушением норм валютного законодательства иностранного государства, чье право применимо к отно-

шениям их участников, можно равнообоснованно квалифицировать либо как действие, лишаящее исковой защиты уплатившего, либо как действие, влекущее сугубо административные отношения между нарушителем и иностранными государственными органами по поводу ответственности самого юридического лица и его директора за несоблюдение властных предписаний иностранного закона, что не должно затрагивать стабильности имущественных, т.е. частно-правовых, отношений, разбираемых в российском суде, и соответствующих гражданских прав и обязанностей как стороны, получившей средства в результате такого незаконного с точки зрения иностранного закона платежа, так и лица, его осуществившего. Очевидно, что иностранный суд должен будет выносить решения о правовых последствиях такого нарушения исключительно с учетом незаконности данной операции. Можно ли отсюда вывести соответствующую обязанность и российского суда — раз последний применяет иностранный закон так, как он действует у себя на родине, — и есть одна из иллюстраций названной проблемы.

2. Некоторые соображения по проблеме

Полагаем необходимым отметить, что в ходе своего анализа мы под публичными нормами понимали те положения, которые регулируют отношения гражданско-правового характера, т.е. исходили из критерия природы отношения при отнесении той или иной нормы к публичной, а не из критерия метода регулирования, хотя теория метода регулирования, по нашему мнению, дает более четкое отграничение и более однозначный признак публичных норм.

С проблемой иностранных публичных норм тесно соприкасается т.н. вопрос об экстерриториальном действии материальных норм, или императивных норм прямого действия. Несмотря на такую взаимосвязь, обе проблемы носят самостоятельный характер: первая возникает, когда в силу отсылки коллизионной нормы надлежит руководствоваться правом иностранного государства и определить степень воздействия на частноправовые нормы его публично-правовых положений, вторая связана со сферой действия таких норм прямого или экстерриториального действия, право государства места издания которых устраняется коллизионной нормой.

На решения по иностранным публичным нормам оказывают очевидное влияние и чисто практические задачи международного частного права: гармонизация правового регулирования межнациональных гражданских отношений и по возможности достижение единообразия в решении споров, в суде какого бы государства ни заявлялось то или иное одинаковое требование. Эта принципиаль-

ная цель может обосновывать применение иностранных публичных норм в той мере, в какой они изменяют, устраняют, дополняют то иностранное гражданско-правовое регулирование, к которому отсылает коллизийная норма права суда.

Но если поставить вопрос, обязан ли суд, разбирающий разнонациональные споры, применять иностранные публичные нормы, то ответ мы скорее получим отрицательный, поскольку таковая обязанность суда ни на чем не основана. В российском праве коллизийные нормы, как мы уже упоминали, содержатся в Основях ГЗ, где имеется следующее положение (ст.1, п.4): “К имущественным отношениям, основанным на административном или ином властном подчинении одной стороны другой, в том числе к налоговым бюджетным отношениям, гражданское законодательство не применяется, за исключением случаев, предусмотренных законодательством...” Редакция этого положения, воспроизведенная в ГК РФ, допускает и такое толкование, что там, где нет прямого предписания применять гражданские нормы, для регулирования публичных отношений эти нормы не применяются. Поэтому представляется очевидным, что когда национальная коллизийная норма отсылает к праву какого-то государства (места нахождения “вещи”, праву страны, “где учреждено юридическое лицо”, “месту учреждения или жительства стороны, являющейся продавцом”, и пр.), происходит регулирование только гражданских отношений, т.к. о необходимости иметь в виду и властные отношения в иностранном государстве нет специального упоминания, а значит, применять нужно иностранные материальные нормы, которые регулируют гражданские отношения, т.е. только гражданские нормы.

Устанавливая содержание субъективных прав сторон по договору, суд всегда обязан применить те отечественные административные, валютные, антимонопольные и прочие ограничения, которые относятся к национальным публично-правовым нормам, независимо от того, какой спор, внутренний или международный, разрешается и какое гражданское право, национальное или иностранное, суд при этом применяет, т.к. он должен осуществить наряду с разбором имущественных обязательств и возникающие в сфере его юрисдикции обязательства властно-правовые, ввиду чего и субъективные гражданские права могут ограничиваться или лишаться исковой защиты. Имущественное требование, нормируемое правом гражданским, не будет удовлетворяться судом, если оно противоречит, скажем, антимонопольному законодательству. При этом антимонопольные нормы не применяются к гражданским отношениям, а регулируют ту правовую связь “государство — подвластное лицо”, которая может препятствовать реализации имущественного права подвластного лица.

Обязанность применять свои публично-правовые нормы, имеющие целью поддержание тех или иных государственных интересов, следует из Конституции РФ и системы разделения властей, применять же иностранные публичные нормы суд не обязан, т.к. не подчинен иностранной власти, но должен руководствоваться исключительно указаниями своей коллизионной нормы, отсылающей только к гражданскому законодательству иностранного государства.

Если, рассматривая иск о принудительном исполнении по договору, суд установит нарушение отечественного публичного законодательства, у него будут все основания отказать в удовлетворении требования на основе вывода о недействительности договора. Однако если в национальном праве такого ограничения нет, но имеется в иностранном, то суд не обязан принимать во внимание нормы, изданные для пользы чужой ему власти, равно как и не обязан взыскивать штраф в доход иностранного бюджета или приносить к отбыванию наказания в соответствующих учреждениях иностранного государства.

На наш взгляд, суд не только не обязан, но и не вправе применить нормы, адресованные не частным лицам, а органам иностранного государства. Исполнение некоторых важных предпринимательских законов из сферы таможенного, валютного, антимонопольного регулирования контролируют уполномоченные на то органы государства: таможенная служба, комитет валютного контроля, антимонопольный комитет. Безоговорочное применение таких иностранных публичных норм часто означало бы изъятие определенных отношений из сферы собственной юрисдикции государства суда только потому, что договор регулируется иностранным правом, поскольку у государства суда имеется свое, часто не совпадающее в регулировании антимонопольное, валютное, таможенное законодательство.

И наконец, для настоящих выводов найдется и более концептуальное научное обоснование. МЧП, к сфере урегулирования которого относятся рассматриваемые вопросы, имеет дело с отношениями гражданско-правового содержания. Воздействие на эти отношения права различных государств приводит к тому, что государство иногда вынуждено поступиться своим правом для интересов международного имущественного оборота в пользу иностранного права, но в теории всегда имелась в виду уступка только гражданскому⁴⁰, а не публичному иностранному праву. На наш взгляд, как раз в этом заключен смысл ст. 156 Основ ГЗ: "Иностранное право применяется к гражданским отношениям".

Мы уже упоминали о том, что в нашей правовой литературе имеются некоторые, на наш взгляд, спорные соображения о том, что, хотя иностранные публичные нормы не применяются, нужно

принимать во внимание гражданско-правовые последствия их действия⁴¹. Мы полагаем, что хотя иностранные публичные нормы и могут затрагивать реализацию гражданских субъективных прав там и тогда, где и когда это связано с интересами иностранной власти, они по вышеперечисленным соображениям не должны применяться (а равно и учитываться) органом, разрешающим споры.

Такие выводы имеют основание и в нормах законов. Статья 157 Основ ГЗ говорит о “содержании” иностранных норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Как следует из текста, речь идет о смысловом содержании именно гражданских норм (и для уяснения этого содержания следует обратиться к официальному толкованию, практике применения и доктрине), а не о том, как эти нормы могут применяться в совокупности с публичным регулированием в иностранном государстве.

Положение о том, что именно в критерии отграничения публичного от частного следует искать решение проблемы о пределах применения иностранных законов, имеет свое прочное основание в юридической теории. Концепция разделения норм на публичные и частные исходит из двух принципиально отличающихся сфер регулирования с различными методами, правовыми институтами, юридическими категориями. В отграничении публичных и частных норм находит свое выражение существо частного права, действующего в пределах согласования индивидуальной свободы и прав публичной власти.

Международное частное право, имеющее дело с имущественными отношениями, также обязано соблюдать данный водораздел. Применяя иностранные публичные нормы, суд станет допускать бесконтрольное действие иностранной государственной воли (т. к. в публичных нормах заключается подчиненная интересам иностранного государства его непосредственная воля), что способно нанести ущерб суверенитету государства суда.

Вполне возможно, что когда-то в будущем система более тесного межгосударственного взаимодействия будет исходить из непреклонного учета всех иностранных государственных потребностей в регулировании межнационального экономического оборота, выработав иной, чем отделение публичного от частного, критерий применения иностранных норм. Но вне такой системы прямое подчинение судов даже некоторым публичным нормам иностранной власти и с опорой только на понятие публичного порядка представляется преждевременным и ненужным.

В законодательствах некоторых европейских государств, стоящих перед задачей движения к единообразию их правового регулирования, осторожно пробуют иные критерии для определения круга

тех иностранных норм, которые следует применять. Характерный пример являет собой закон о МЧП Швейцарии, устанавливающий, что “применение какого-либо положения иностранного законодательства не может быть исключено по той причине, что такое положение носит публично-правовой характер” (ст. 13 закона). Как утверждают комментаторы, эта норма преследует цель “сделать применимыми те нормы иностранного права, которые ограничивают свободу договора в социально-экономических интересах”⁴².

Можно, конечно, относиться с уважением к такого рода законодательным решениям, допускающим применение и тех иностранных норм, которые защищают непосредственные интересы иностранной власти, что только продвигает к цели единообразного регулирования, независимо от того, юрисдикционный орган какого государства будет разрешать дело. Несложно видеть, однако, что столь неограниченный подход к применению иностранных норм совершенно неизбежно связан с использованием оценочных категорий применительно к целям, социально-экономическому значению и т.п. иностранных публичных законов взамен чисто юридического критерия, отделяющего частноправовые нормы от публично-правовых.

Полагаем, что для российского коллизионного права, не признающего пока принципа широкого судейского усмотрения и не стоящего перед задачей тесной законодательной интеграции в соответствии с моделью ЕЭС, сходные швейцарскому положения относительно иностранных публичных норм являются не вполне подходящими.

IV. ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ ЭКСТЕРРИТОРИАЛЬНОГО ДЕЙСТВИЯ

1. Существо проблемы

Изучение оснований для ограничения иностранных законов особенно актуально в свете тенденций более активно регулировать внешнюю торговлю не только коллизионным способом, но и посредством издания административных нормативных актов, запретов, специального регулирования и т.д., минуя постановку коллизионного вопроса.

Такое развитие в законодательстве стран было приметно еще в первой половине этого столетия, но в наше время оно приобрело прямое влияние на коллизионные доктрины или, во всяком случае, стало реальностью и одной из основных проблем международного частного права. Стремление регулировать внешнюю торговлю бо-

лее подробно и непосредственно сопровождалось и интересом каждого государства добиваться безусловного соблюдения такого специального, направленного на реализацию внешнеэкономической, валютной и прочей стратегии законодательства, которое является важнейшей частью экономической политики государства, хотя бы основные отношения партнеров (контрагентов) и регулировались нормами иностранного государства, или даже вопрос о принудительном осуществлении чьих-либо прав и, следовательно, соотношение их с пределами действия специального регулирования ставился бы в суде иностранного государства. Проблему в теории обозначают как значение т.н. “императивных норм прямого действия”, или “специального регулирования”, или “императивных норм”, или “прямого регулирования”, или “экстерриториальности материального законодательства” и т.п. в международном частном праве в новых условиях (понятия “экстерриториальность”, “экстерриториальные законы” используют в литературе в разном значении. Здесь мы намеренно придаем им тот смысл, который имеют в виду авторы, когда выделяют законы, “подлежащие применению независимо от указания коллизийной нормы”).

“Экстерриториальность” включает в себя транснациональную направленность как гражданско-правового, так и административного (публично-правового) законодательства, поскольку и первое, и второе может относиться к частным случаям государственного интереса во внешнеэкономической сфере или экономическом управлении. Например, средством стимулировать и поддержать обменный курс национальной валюты, усилить налоговые поступления и инвестиционную активность на национальной территории является направленное разработанное валютное законодательство, по месту и характеру регулирования являющееся чисто административным. Такое законодательство, однако, может предусматривать в случае совершения операций, связанных с движением капитала (например, приобретение ценных бумаг за иностранную валюту без лицензии), и такую санкцию, как недействительность (ничтожность) сделки. Способом усилить действенность социальных гарантий лиц наемного труда являются определенные материальные нормы, регламентирующие более благоприятное правовое положение своих работников, применяемые независимо от того, где осуществляется трудовая деятельность и каковы прочие фактические элементы правоотношения. Этой линии по трудовым спорам особенно придерживается судебная практика США, отдавая предпочтение законам повышенной социальной важности независимо от каких-либо коллизийных критериев на основе нижеупомянутой теории “анализа интересов”. В общих приведенных примерах может идти речь о необходимости придать экстерриториальный эффект нормам

материального права, как административным, так и трудовым (в последнем случае — нормам частного права). Само собой разумеется, что данная задача всегда будет выполнена национальными судами при применении норм своего права, т.е. при решении коллизийного вопроса в пользу своего права. Проблема, однако, будет проявлять себя, только если отечественным нормам экстерриториальной направленности будет противоречить иностранный закон, применимый в силу коллизийной нормы, или если от суда будут требовать применить иностранные нормы экстерриториальной направленности, хотя в соответствии с коллизийной нормой надлежит применить другое право. Иными словами, речь идет о необходимости санкционировать применение некоторых экстерриториальных законов независимо от того, какое право применимо в принципе.

Весьма важно подчеркнуть, что данная проблема, хотя и может включать в себя использование категорий публичного порядка в позитивном смысле, по существу представляет более современное явление в международном частном праве. Основное отличие состоит в том, что публичный порядок является средством от противоречащего основам правопорядка применения иностранного закона как по причине его несовместимости с отечественными принципами права, так и ввиду особой важности некоторых отечественных национальных законов, поскольку последние выражают фундаментальные положения правовой системы, исключающие всякое возможное замещение иностранным правом. Вопрос же современной экстерриториальности — это скорее отражение законодательной и регулирующей задачи любого государства упорядочить, детализировать и сделать более эффективным контроль за внешнеторговой сферой. Поскольку непосредственные государственные интересы реализуются путем издания именно публичных норм, то большинство экстерриториальных положений имеют публично-правовую природу. Некоторые ученые отмечают, что в основе проблемы экстерриториальности лежит явление преодоления территориальных границ публичным правом⁴³, стоящим, как мы уже отмечали, вне коллизий гражданско-правовых законов и в целом принадлежащим другой, чем публичный порядок, области права и законодательства.

2. О некоторых подходах к разрешению проблемы императивных норм в МЧП

Кроме того, что проблема учета императивных норм прямого действия не совсем согласовывалась с классическими коллизийными доктринами, она уже имела насущную актуальность в

рамках задач по международной унификации. Проблема прямо осложняла процесс выработки единых коллизионных правил на региональном уровне, там, где такая унификация коллизионного законодательства являлась важнейшей предпосылкой и первой задачей интеграции государств.

Решение, предложенное авторами действующей Конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам (1980 г.) стран—членов ЕЭС, имеет характер компромисса, свойственного соглашению государств близкого уровня развития их правовых систем.

Конвенция построена на основном коллизионном правиле применения права наиболее тесной связи с международным договором (контрактом), из которого возник спор, устанавливаемой анализом всех фактических элементов отношения (ст. 4, 1). Независимо от того, избрали ли стороны договора другое право, законы наиболее тесной связи определяются судом и их императивные нормы применяются наряду с избранным сторонами правом (ст. 3, 3).

По усмотрению суда также могут быть применены императивные нормы другого государства, имеющие с ситуацией тесную связь, если эти императивные нормы по праву этих норм подлежали бы безусловному применению независимо от того, какое право было бы применимым, с учетом природы и цели сделки, а также последствий применения или неприменения этих норм (ст. 7, 1).

И наконец, Конвенцией установлено, что императивные нормы закона суда применяются независимо от иного применимого права (ст. 7, 2).

Компромиссный характер Конвенции проявляется в установлении изъятия из правила о том, что решение коллизионного вопроса в пользу одного из правопорядков устраняет действие всех других иностранных по отношению к нему законов, включая императивные нормы законов наиболее тесной связи, а также права суда (*lex fori*). Конвенция детально не разъясняет понятие “императивные нормы” и не отвечает на вопрос, какие это законы — публично-правовые и гражданские или только гражданские. Конвенция определяет императивные нормы как правила, которые “не могут быть устранены соглашением сторон” (ст. 3, 3). Скорее всего, здесь имеется в виду всякая императивная норма, независимо от ее публичного или частного наполнения, в чем усматривается большая приемлемость такой формулы для правовой системы Common Law, не основанной на традициях римского права и не знающей деления норм на публичные и частные.

Признание роли императивных норм в международном частном праве выражено более взвешенным образом в Гаагской конвенции 1986 года о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, имеющей целью ввести систему унифицированных колли-

зионных норм для наиболее распространенного в международном экономическом обороте вида договоров. Статья 17 устанавливает, что Конвенция не препятствует применению положений права суда, которые должны применяться независимо от права, которому в других случаях подчинен договор.

Наиболее радикальное решение проблемы императивных норм за счет прежде всего ломки устоявшихся традиционных концепций коллизионного регулирования было воспринято правовой системой США. Основную роль в американском коллизионном праве теперь играет т.н. теория анализа интересов (*interest analysis*), заменившая традиционный принцип применения коллизионных норм. Суть этого учения состоит в том, что направленность, содержание и особенно государственная цель издания материальной нормы должны выйти на первое место в вопросе выяснения, какие из правил какого законодательства следует использовать для урегулирования разнонациональных или межштатных отношений.

В соответствии с теорией анализа интересов судья обязан определить круг законов, которые имеют к спору (ситуации) какое-либо отношение в силу связи фактических элементов с тем или иным штатом (государством). Затем проанализировать содержание каждого из законов, цель издания и главным образом тот т.н. "правительственный интерес" (*government interest*), который может быть выражен в направленности норм и в специальном их характере. Суд обязан применить материальные законы наивысшего "правительственного интереса", даже если их связь с ситуацией менее очевидна, чем связь других законов, не содержащих правительственный интерес.

Европейские теоретики МЧП относятся к такому решению проблемы "императивных норм" за счет полного отрицания коллизионных принципов в основном негативно, хотя появление этой теории в Америке обязано именно проблеме императивных норм и специального регулирования в международной и межштатной торговле.

3. Отдельные критические замечания

Мы полагаем, что правовые концепции американского права и Конвенции ЕЭС не пригодны для разрешения проблемы императивных норм в России. На наш взгляд, неверно в рамках правовой системы континентального типа устранять различия между нормами публичными и нормами частными. Мы считаем преждевременным отказываться от того положения международного права и международного частного права, что всякое государство

может отстаивать свои интересы путем издания либо норм, либо индивидуальных актов публичного характера только в пределах своей юрисдикции.

Примечательно то, однако, что, хотя зарубежные правоведы и подходят к исследованию вопроса об императивных нормах прямого действия с учетом особенностей более близких им правовых систем, все-таки в ряде случаев, как нам кажется, используется не вполне удачный метод анализа проблемы. Нам представляется, что если миновать вопрос о различающихся свойствах норм публичных от норм частных, то невозможно достичь универсального решения по императивным нормам применительно к потребностям внутригосударственного коллизийного регулирования. Между тем, многие иностранные авторы ставят решение проблемы императивных норм в зависимость от ответа на вопрос, могут ли публичные нормы иметь экстерриториальное действие или допустимо ли решать разнонациональный спор на базе кумулятивного применения императивных норм различных государств.

Мы не ставили себе целью подробно разбирать те или иные теоретические рассуждения. Однако несложное математическое сочетание положительных и отрицательных ответов на эти вопросы не позволяет иметь удовлетворяющее решение, т.к. в одном случае судебная власть должна будет осуществлять не всегда приемлемое для нее иностранное регулирование, а в другом — будет лишена возможности влиять на те отношения, которые могут представлять для нее насущный интерес.

Выход представляется нам в том, что в императивных нормах нужно видеть различие. Нормы приказывающие, понуждающие и регламентирующие сферу властных отношений, где их участниками выступают органы государства, ограничивают своими установлениями субъективные права непосредственно, независимо от коллизийного регулирования, применимого права, но в силу непосредственной юрисдикции государства. Так как такая юрисдикция обязывает только субъектов, а не иностранную власть, публичные нормы применяются только судами государства, издавшего эти нормы. С другой стороны, юрисдикция обязывает субъектов не только по мере нахождения последних на их территории, но и в силу иной правовой связи: гражданства, места регистрации, места деятельности, местонахождения имущества и пр. В этом смысле публичная юрисдикция экстерриториальна, т.к. она действует и за пределами своей территории.

Применительно к реализации субъективных гражданских прав публичная юрисдикция действует приоритетно, например отказывая в принудительном осуществлении полномочий требовать исполнения по договору, нормируемому иностранным гражданским

правом, если этим исполнением нарушается национальное законодательство: валютное, антимонопольное, таможенное и др.

Об императивных гражданских нормах этого сказать нельзя. Гражданские нормы издаются для частных лиц с тем или иным балансом их прав и обязанностей в законодательствах различных государств. Например, по одному материальному закону должник попадает в просрочку после напоминания кредитора, по другому — “в разумный срок”. Одним национальным законом может быть установлено императивное право прекращения агентского договора в одностороннем порядке принципалом в любое время, другим — только при наличии определенных условий. Применение того или иного баланса прав и обязанностей достигается и системой императивных гражданских норм, которые тем не менее обязаны заменяться другой системой гражданских норм при решении коллизийного вопроса в пользу иностранного права. Если допустить, что суду в России нужно разбирать спор на основе разнационального “сборника” императивных гражданских норм, то нам представляется, что это привело бы к дезорганизации регулирования, его непредсказуемости.

Кумулятивное использование императивных норм применимого иностранного права и императивных гражданских норм права суда приводило бы к тому, что споры по существу разрешались бы всегда на основе норм права суда, несмотря на то что стороны при заключении договора основывали бы свои правовые ожидания на положениях одного законодательства, например ими избранного. Это способно порождать большую правовую неопределенность, т.к. при заключении договора, разработке его текста невозможно предвидеть, возникнет ли спор, какой вопрос он затронет и, наконец, в каком суде состоится разбирательство. Если местонахождение контрагентов расположено в разных государствах, а исполнение договора и нахождение имущества, по поводу которого происходит исполнение, отличны от местонахождения контрагентов, то спор могут рассматривать в принципе суды либо места нахождения имущества, либо места нахождения контрагентов, либо места исполнения. В такой ситуации стороны должны будут иметь в виду императивные гражданские нормы всех четырех государств. Нам такое положение кажется несправедливым и даже абсурдным. Скажем, при обращении в английский суд с иском на основе российского права в связи с требованием о принудительном осуществлении соглашения о неустойке в договоре получается, что суд должен отказать в удовлетворении требования о неустойке только потому, что право суда императивно предусматривает лишь возможность взыскать “заранее исчисленные убытки”. И наоборот, если стороны в момент заключения договора прямо выражено подчинили свои субъективные граж-

данские права регулированию английским правом, то при последующем заявлении в российском суде требования, основанного на недействительности договора по причине отсутствия т.н. “встречного удовлетворения” (consideration), данное требование вроде бы также подлежит отклонению, т.к. в праве РФ действует императивная норма ст. 166 ГК о том, что сделка недействительна только по основаниям, установленным ГК, ибо такого основания, как отсутствие встречного удовлетворения⁴⁴, в ГК России нет.

В нашей правовой литературе имеются обзорные суждения по проблеме такого же смысла. Профессор О.Н.Садиков отмечает, что в подходе, благоприятствующем императивным нормам, вне зависимости от того, какие это нормы, публичные или частные, и в условиях, когда вообще “круг этих норм четко не обрисован”, “режим многих международных хозяйственных связей становится сложным и неясным”⁴⁵.

В обоснование обязательности учитывать иностранные императивные нормы независимо от применимого права приводят соображения о наличии специфических, особо важных потребностей современного государства, его регулирующих функций, поэтому-де и издание, и учет этих норм — объективная необходимость, требующая взаимных уступок.

Мы считаем, что, сколь бы ни была важна и животрепещуща проблема императивных норм в МЧП, ее нужно решать в рамках устоявшихся концепций коллизионного регулирования, а не вопреки им.

Невозможно и непозволительно отрицать то, что в качестве правовых понятий разрабатывалось и совершенствовалось годами, строилось на теоретических достижениях юридической науки, обслуживающей международный экономический оборот, и, наконец, то, что вошло в правовую систему в виде доктринальных обобщений, учитывалось в нормотворчестве и правоприменительной деятельности.

Так, важнейшим принципом российской науки МЧП является императивный характер коллизионных норм, “образующих вместе с соответствующей материальной нормой правило поведения участников гражданско-правового отношения”⁴⁶. Из этой императивности имеются и известные исключения: допускается в ряде случаев альтернативное применение различных привязок для определения требований к форме актов и т.п., а также стороны по договору могут избрать применимое право для нормирования их обязательственных прав по отношению друг к другу, т.е. осуществить “автономию воли”. Последнее исключение из общей императивности реализуют сами участники разнационального отношения, а не суд, разрешающий международный экономический спор, т.к. право сторон избрать ре-

гулирующее законодательство остается императивной нормой для юрисдикционного органа, обязанного применять данный коллизионный принцип (право, которое избрали стороны, — *lex voluntatis*). Существует и исключение из императивности другого вида применительно к некоторым обязательствам. Речь идет об определении правопорядка “наиболее тесной связи” с договором (отношением по договору), или закона, “свойственного договору”, и т.д. В соответствии с этим исключением суду делегируется право самому определить наиболее свойственный или подходящий по всей совокупности обстоятельств применимый правопорядок. Данное правило с тем или иным разнообразием в формулировках закреплено в законах о МЧП многих европейских государств (Германия, Швейцария, Австрия). Оно содержится в Гаагской конвенции 1986 года о праве, применимом к международной купле-продаже товаров. Правило наиболее тесной связи пока не признается по соображениям юридического характера в нашей доктрине и законодательстве, потому что этот принцип порождает неопределенность в отношениях и дает не свойственное суду широкое право усмотрения⁴⁷.

В отличие от вышеприведенных положений коллизионного регулирования, имеющих столь неодинаковую трактовку у законодателей и ученых, обладающее, тем не менее, характером изъятий из принципа императивности коллизионных норм, правило о безусловном признании экстерриториальности императивных норм материального права по сути полностью упраздняет упомянутый принцип.

Положение о приоритетности императивных норм, как мы уже отмечали, наиболее категоричным образом было воспринято правом США, что повлекло такие радикальные изменения в американской правовой доктрине и законодательстве, что это дало всему процессу название “революция конфликтного права”.

Важно иметь в виду, что эта революция совершалась для чисто американских потребностей, где конфликтное право есть прерогатива каждого из 50 штатов, принадлежащих, тем не менее, одной правовой системе единого государства. То, что в США нет основных конфликтных норм на федеральном уровне, сближает коллизионное регулирование межштатных отношений, являющееся для судебных органов повседневной реальностью, со случаями коллизий международных, когда участником спора выступает неамериканский субъект права. И в том и в другом случае американский суд с поправками на публичный порядок и методы установления содержания применимого закона должен руководствоваться коллизионными нормами своего штата. Но конфликтное право США в силу объективности подчинено потребностям прежде всего межштатного регулирования, где материальные законы другого штата

могут легче допускаться в область судопроизводства как законы одного государства, и не только если к ним отсылает коллизийная норма. Нахождение и развитие в рамках одной правовой системы торгового законодательства штатов обусловило значительное единообразие основных актов гражданского и торгового права, которые принимаются в виде типовых законов каждым штатом самостоятельно, например так принимается Единообразный торговый кодекс. Поэтому основное отличие гражданского законодательства штатов друг от друга заключается в наличии специальных межотраслевых законов, например таких, которые усиливают социальные гарантии работников или вводят специальные положения для охраны прав потребителей, размеров возмещения вреда, штрафов и т.п. Основная проблема межштатного регулирования — это определение сферы действия таких законов при конфликте с законами других штатов.

И наконец, в американском праве не придается большого значения, как мы уже упоминали, делению на право публичное и частное.

Поскольку вышеперечисленных особенностей нет в большинстве европейских государств, принятие американской модели вряд ли возможно.

Многие аналитические суждения о нормах прямого действия возникают на почве теории о новой роли международного коммерческого арбитража, деятельность которого в соответствии с положениями модельных законов и международных конвенций не связана императивным подчинением ни системе международного частного права, ни порядку разрешения споров, действующих на территории государства, где собирается арбитраж (третейский суд). Таким более “наднациональным” положением суда объясняют и отношение к императивным нормам того правопорядка, который не является применимым. Этим положением обосновывают, правда, самые противоположные выводы по проблеме норм прямого действия. Ряд иностранных ученых утверждает, что т.н. “делокализация” международного третейского суда ведет к ослаблению зависимости от государственной власти и освобождает от необходимости применять нормы прямого действия и даже оговорку о публичном порядке. Другая группа ученых, напротив, обосновывает обязательность учета всех материальных императивных норм различных государств, которые, по мнению третейского суда, выражают своим специальным регулированием заинтересованность в том или ином исходе дела, понимая международную миссию третейского суда в том, что он обязан согласовывать в применении этих различных материальных норм интересы всех государств, хотя бы и путем кумулятивного применения положений их законов.

Существует немало и “промежуточных” суждений по этой проблеме. Во всяком случае, обзорная литература по данной теме дает впечатление о большом разнообразии теорий⁴⁸.

Лично нам более близка по хорошему консервативная позиция российской правовой науки, считающей, что международный третейский суд в силу своей особенности не перестает быть юрисдикционным органом (органом власти), обязанным соблюдать все те предписания, которые диктует государство, санкционировавшее (передавшее) конкретные властные полномочия, предопределяя “национальный статус”⁴⁹ арбитража. Поэтому решение проблемы императивных норм не может заключаться в особенностях положения международного третейского суда.

Независимо от вышеизложенного, проблема императивных норм с трудом разрешима только приданием и признанием экстерриториальности некоторых материальных норм, т.к., добиваясь такого признания, государство в другом случае вопреки своей системе коллизионных норм вынуждено будет признать действие иностранных законов, т.е. выдерживать принцип взаимности, что возможно только между странами близкого уровня развития, одинаковых стандартов регулирования и региональной обособленности, таких как, например, страны ЕЭС, правовые системы которых взаимодействуют на базе наднациональных норм “права сообщества”.

Полагаем важным иметь в виду, что система специального регулирования может включать и деятельность государственного надзорного органа за соблюдением этого специального регулирования. Это обеспечивает быстрое адресное применение санкций и запретов к нарушителям антимонопольного, валютного законодательства, т.к. контролирующий орган сам налагает штрафы или обращается в суд в случае более радикальных мер: взыскания полученного в доход бюджета или признания противоправных сделок недействительными.

Решение иностранного суда о недействительности сделки, принудительное осуществление которой испрашивается, о ликвидации одного из участников спора обязано иметь несомненное преюдициальное значение для органа, разрешающего споры, т.к. правовые последствия возникают не из иностранных норм, а из актов иностранной власти.

Могут быть, как мы уже упоминали, определенные условия признания применительно к тем или иным актам иностранной власти, например международный договор как условие признания иностранных судебных решений или взаимность при признании некоторых актов регистрации брака. О таких нормативных ограничениях признания актов иностранной власти должно быть прямое упоминание в законе, т.к. возможность этих ограничений может осуществляться как изъятие (исключение) из принципа.

Однако обязанность признавать иностранные публичные акты не абсолютна в другом отношении. Она, на наш взгляд, не возникает в ситуациях, когда иностранный акт не относится к делу, как могут не относиться к делу прочие фактические обстоятельства, приводимые заинтересованной стороной в ходе судебного разбирательства, а также если признание актов (в данном случае иностранных судебных решений) будет иметь правовой результат, противоречащий публичному порядку либо основным началам правосудия и процессуальной процедуры.

Публичный распорядительный и/или нормативный акт всегда создает правовую связь между самой властью и подчиненным ей субъектом или группой субъектов, если последние находятся в сфере этого подчинения. Национальные субъекты пребывают в состоянии постоянного подчинения, независимо от каких-либо других обстоятельств возникновения публично-правовых отношений. Иностранные субъекты могут быть в состоянии временного подчинения тем, что осуществляют деятельность на подвластной территории либо находятся там физически (граждане), либо организационно (филиал или представительство), либо имеют на подвластной территории имущество.

Для лиц, находящихся временно в сфере подчинения иностранной власти, правовая связь возникает и прекращается по мере пребывания субъекта в сфере подчинения этой власти, и только во время нахождения субъекта в сфере подчинения возможно принудительно осуществить распорядительное либо нормативное предписание иностранной власти.

По этой причине в процессуальном законодательстве для арбитражных судов и судов общей юрисдикции, в частности, установлено, что иск к иностранному субъекту можно заявлять "при наличии его органа управления либо имущества на территории РФ", либо при исполнении обязательств, либо причинении вреда на российской территории, т.е. или при совершении неправомерного действия в сфере подчинения, либо при нахождении иностранного ответчика либо его имущества в сфере подчинения власти государства, где имеют в виду обратиться в суд (ст.117, 118, 434 ГПК, ст. 212 АПК).

Нарушение нормативного или распорядительного акта власти составляет публично-правовую ответственность субъектов-нарушителей, что не может и не должно само по себе затрагивать правовых выводов органа другой юрисдикции, разрешающего разнонациональный спор на основе другого собственного или иностранного для него гражданского законодательства по всем тем соображениям, которые нами выше высказывались. Но именно адресные, т.е. распорядительные, акты иностранной власти могут создавать такие обстоятельства, которые не могут быть безразличны суду, разреша-

ящему спор. Например, ликвидация иностранного ответчика может осуществляться иностранным судом либо, если это предусмотрено иностранным законом, иным государственным органом. Ликвидация завершается внесением записи в госреестр юридических лиц в иностранном государстве. Разумеется, все эти действия иностранной власти производят ключевые, прямо относящиеся к судебному делу обстоятельства (причем фактического, а не юридического свойства), которые не могут не влиять на решение суда. Установление подлинности этих сведений служит основанием применить другие нормы и по-другому завершить дело. Хотя ликвидация иностранного лица создавала публично-правовую связь только между этим лицом и иностранным государством, полагаем важным обратить внимание на то, что акт органа, исключающий из государственного реестра иностранного ответчика, — вопрос факта, подлежащий доказыванию в рамках судебной процедуры, который допускается помимо коллизионного правила. Если стоять на той точке зрения, что правовые последствия ликвидации нужно проверять путем применения законов того государства, к которому отсылает коллизионная норма, то может возникнуть странная, но типичная для такого подхода ситуация. Например, в российском праве при определении вопросов правоспособности юридических лиц надлежит руководствоваться правом места их инкорпорации (ст. 161 Основ ГЗ). Значит, при таком подходе суд никогда не должен будет признать ликвидацию, произведенную в Великобритании применительно к юридическому лицу, не зарегистрированному там, но имевшему в этой стране свое местонахождение, несмотря на то что процедура ликвидации не только зарегистрированных, но и фактически находящихся юридических лиц давно практикуется в этой стране⁵⁰.

Другой пример. Предположим, разрешается спор ввиду требования о принудительном осуществлении платежей. При этом суду известно, что такой платеж в пользу иностранного истца будет нарушением зарубежного валютного законодательства, т.е. иностранной публичной нормы. Разумеется, суд вообще не должен помогать реализовать то, что является функцией иностранной власти и что невозможно применить в качестве норм. Однако если бы в связи с валютным или антимонопольным нарушением имелось бы какое-нибудь адресное предписание иностранного органа, то это уже нужно рассматривать как обстоятельство, способное или неспособное по критерию относимости и допустимости фактов привести к применению других норм гражданского права. Например, запрет исполнить сделку по причине антимонопольных предписаний или лишение лицензии на вывоз есть фактические обстоятельства, в разных ситуациях освобождающие или не освобождающие от ответственности за неисполнение.

Мы соглашаемся с приведенным в учебнике МЧП суждением, что запрет иностранного государства может рассматриваться как обстоятельство, освобождающее от исполнения, но полагаем нуждающимися в уточнении данные по этому поводу пояснения, т.к. многое зависит от того, какой это запрет, нормативный или адресный, т.е. индивидуально-распорядительный. В учебнике говорится об “иностранных девизных правилах, ограничивающих перевод денег за границу”, или “иностранном запрете ввоза или вывоза товаров”, которые создают “невозможность исполнения”⁵¹. Нам представляется, что нарушение предписания, имеющего форму публичной нормы иностранной власти, создающее публично-правовую ответственность перед этой властью, не может влиять на выводы другой юрисдикции, за помощью судов которой обращаются частные лица, основывая свои правовые ожидания на нормах частного, а не публичного права. Невозможность исполнения обычно возникает в результате непредвиденного события, в т.ч. неожиданных и непредотвратимых действий властей, в зависимости от того, какие обстоятельства стороны уточнили в договоре как форс-мажорные. Поэтому сам по себе запрет на совершение девизных операций, изданный в виде нормы, не может освобождать от ответственности в гражданско-правовом смысле хотя бы потому, что речь идет о несоблюдении норм, имеющих ареал применения в рамках другой юрисдикции в условиях, когда принадлежавшее ей юридическое лицо под угрозой публично-правовых санкций приняло на себя и гражданско-правовые обязательства, которые составляют ожидания его контрагента и которые поэтому обязаны пользоваться исковой защитой.

Другое дело, если считать таким непредвиденным актом иностранной власти введение в действие регулирования, запрещающего определенные платежи после того, как был заключен договор, к исполнению по которому вводимое в действие запретительное регулирование относится. В этом случае, если из договора и применимого права возможно сделать вывод, что воля сторон по договору заключалась в том, чтобы считать такие действия иностранной власти, устанавливающей запрет (пусть содержащийся в нормативном, а не адресном виде), обстоятельством (фактом), освобождающим от гражданско-правовой ответственности за неисполнение, то введение в действие такого запрета должно приниматься во внимание судом как ключевое фактическое обстоятельство. Здесь — именно акт иностранной власти, определивший, когда вводятся в действие запретительные нормы, к какой сфере отношений они применяются, может служить тем обстоятельством, которое приобретает значение в свете имеющегося положения об условиях, освобождающих от ответственности.

Вопрос о том, способен ли влиять на процесс правоприменения иностранный адресный акт, например лишение лицензии на эк-

спорт, также зависит от квалификации в соответствии с применимым гражданским правом, содержанием договора, этого фактического обстоятельства в том смысле, что оно может приводить к применению положения об освобождении от ответственности за неисполнение по договору ввиду обстоятельств, находящихся вне контроля сторон по договору, именуемых в некоторых модельных оговорках “действиями властей”, “правительственными мерами и ограничениями”, “административными актами” и т.п.⁵²

Итак, мы полагаем, что сфера признания актов иностранной власти — это область процессуального права государства суда и инициативы сторон в судебном процессе.

Однако существуют адресные акты иностранной власти, которые, хотя имеют достаточную юрисдикцию над участниками частноправовых отношений, санкционируют такие субъективные права, принудительное осуществление которых противоречит публичному порядку. Во многих случаях этими актами могут быть решения органов, разрешающих споры, в связи с чем имеется и специальная оговорка об отказе в признании и принудительном осуществлении именно решений иностранных судов. Отсутствие оговорки применительно к другим иностранным актам, и даже к актам регистрации брака, — иллюстрация того подхода, что оговорка о публичном порядке, отрицающая признание иностранных актов, должна действовать еще более, чем в случае использования иностранных норм ограничительно, и только применительно к иностранным судебным решениям.

ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Нам представляется, что разрешение проблемы т.н. “императивных норм в МЧП” заключается в строгом различении норм частных от норм публичных или в некоторых нижеследующих особенностях последних. Публичные нормы непосредственно воздействуют не на имущественные отношения международного экономического оборота, а на подвластных субъектов, в нем участвующих. Поэтому публичные нормы могут применяться вопреки регулирующему гражданскому законодательству того или иного государства.

Поскольку публичные нормы действуют не только на территории, но и по подвластным лицам, они способны иметь т.н. экстерриториальный эффект, заключающийся в публично-правовой связи “власть — подвластное лицо”, а не в гражданско-правовых последствиях (если понимать под “последствиями” изменение, прекращение, установление имущественных отношений).

И наконец, публичные нормы должны применяться только подчиненными судами. Они необязательны для органов иностранной им юрисдикции.

Поэтому публичные нормы должны применяться только судом государства, их издавшего, независимо от того, в пользу какого гражданского законодательства решается коллизионный вопрос. И наоборот, суд не вправе применять или учитывать нормы, существующие для целей иностранной власти и ей адресованные, т.е. иностранные публичные нормы. Применимое иностранное право, наоборот, не может устранять национальные публичные нормы. Последние всегда имеют приоритет перед любым частноправовым регулированием. Суд не вправе принудительно осуществлять субъективные права, если при этом нарушаются отечественные антимонопольные, валютные и налоговые предписания, т.е. права в обход запретов, которыми суд обязан руководствоваться.

Частные нормы подвержены коллизионному регулированию. Гражданское законодательство, его императивные нормы должны уступать применимым иностранным законам.

¹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. — М., 1973. — С. 184.

² Чешир, Норт. Международное частное право. — М., 1979. — С. 17 (перевод Андрианова С.Н., 1982 г.).

³ Лунц Л.А. Курс международного частного права. Общая часть. — С.329.

⁴ На основных положениях теорий, придающих значение гражданско-правовым императивным нормам государства суда, независимо от того, какое право применимо, мы остановимся ниже.

⁵ Подробнее см., например, Монастырский Ю.Э. Некоторые вопросы разрешения споров на основе иностранных законов//Законодательство и экономика. — 1994. — № 19/20. — С. 3—13.

⁶ Принципиальное решение английского суда по вопросу применения иностранного права//Ежемесячник Всесоюзной торговой палаты. — 1932. — № 5. — С. 116—118.

⁷ Чешир, Норт. Международное частное право. — С. 295.

⁸ Рубанов А.А. Правоприменение и субъективные права в теории международного частного права//СССР—Австрия: проблемы гражданского и семейного права. — М., 1983. — С. 66.

⁹ Ниже мы будем использовать следующие сокращения: ГК — Гражданский кодекс РФ; Основы ГЗ — Основы гражданского законодательства; АПК — Арбитражно-процессуальный кодекс РФ; ГПК — Гражданский процессуальный кодекс РФ.

¹⁰ Нормы, разрешающая коллизия (столкновение) законов в пространстве. В российском законодательстве основные коллизионные нормы содержатся в Основы ГЗ до принятия части III Гражданского кодекса РФ.

¹¹ Данную отрасль права и законодательства, занимающуюся отношениями международного экономического оборота, также именуют “частным международным правом”, “конфликтным правом”, “коллизионным правом”. В российской науке получил наибольшее распространение термин “международное частное право”.

- ¹² *Левитин А.В.* Вопросы публичного порядка в международном частном праве//Проблемы международного частного права. — М., 1960. — С. 216.
- ¹³ Подробнее см. *Брун М.И.* Международное частное право. Курс, читанный в Московском коммерческом институте. — М., 1910—1911. — С. 116—120 (термин "интенсивность привязки" — вариант перевода М.И.Бруна).
- ¹⁴ Ст. 7 ГПК, по мнению советских теоретиков того периода, относилась как к форме, так и к содержанию договоров и актов. См. *Полумордвинов Д.Л.* Исследование и оценка доказательств в международном гражданском процессуальном праве//Советский ежегодник международного права. 1963. — М., 1965. — С. 467.
- ¹⁵ *Аверин Д.Д.* Применение советским судом норм иностранного материального права//Вестник Московского университета. — 1968. — № 2. — С. 53.
- ¹⁶ *Лунц Л.А., Садиков О.Н., Марышева Н.И.* Международное частное право. — 1984. — С. 160.
- ¹⁷ *Кристиан фон Бар.* Ответственность за предоставление информации, причинившей "чистые экономические убытки" третьим сторонам//Государство и право. — 1995. — № 7. — С. 116.
- ¹⁸ Там же.
- ¹⁹ Restatement, Second, Conflicts of Laws (1971). См., например, § 90.
- ²⁰ См. *Брун М.И.* Указ. соч. — С. 89. Здесь Брун М.И. намеренно использует аллегорический образ дерева, который приводил в своей известной работе немецкий коллизонист Бар (XIX в.). См. *Bar. Theorie und Praxis Internationalen Privatrechts.* — 1889. — S. 130.
- ²¹ *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. — М., 1975. — С. 117.
- ²² *Богуславский М.* Иск Ирины Шукиной//Московский журнал международного права. — 1994. — № 2. — С. 51.
- ²³ *Левитин А.В.* Вопросы публичного порядка в международном частном праве // Проблемы международного частного права. — С. 227.
- ²⁴ *Бабаев М.Х.* Проблемы публичного порядка в международном частном праве//Международное частное право. Современные проблемы. — М., 1994. — С. 470.
- ²⁵ *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. — С. 115.
- ²⁶ *Рубанов А.А.* Правоприменение и субъективные права в теории международного частного права. — С. 70—71.
- ²⁷ Иностранные третейские суды хотя и не являются государственными органами, обладают юрисдикционной властью по отношению к сторонам. Поэтому их решения допустимо считать "актами иностранной власти".
- ²⁸ *Лунц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. — С. 181.
- ²⁹ Подробнее см. *Брун М.И.* Указ. соч. — С. 29—30.
- ³⁰ Restatement, Second, Conflict of Laws (1971), § 117.
- ³¹ *Аверин Д.Д.* Указ. соч. — С. 58.
- ³² *Лунц Л.А., Марышева Н.И.* Курс международного частного права. Международный гражданский процесс. — М., 1976. — С. 10.
- ³³ См. *Лунц Л.А.* К вопросу о квалификации в международном частном

- праве//Советский ежегодник международного права. 1979. — М., 1980. — С. 212—219.
- ³⁴ Международное частное право. Сборник нормативных документов. — М., 1994. — С. 474.
- ³⁵ Civil practice law and rules evidence. Part 45. N.Y., 1994. — P. 33, rule 450 (здесь приводится пример дела, когда учитывались положения японского процессуального закона).
- ³⁶ См. *Васильев Е.А.* Гражданское и торговое право как отрасль частного права//Гражданское и торговое право капиталистических государств. — М., 1992. — С. 14—15.
- ³⁷ *Маковский А.Л.* О концепции первой части Гражданского кодекса//Вестник Высшего арбитражного суда. — 1995. — № 4. — С. 83.
- ³⁸ *Яковлев В.Ф.* О некоторых вопросах применения части первой гражданского кодекса//Вестник Высшего арбитражного суда. — 1995. — № 5. — С. 93.
- ³⁹ *Луц Л.А.* Курс международного частного права. Особенная часть. — М., 1975. — С. 179.
- ⁴⁰ В российской юридической теории об этом как о фундаментальном положении имеется множество высказываний. См., например, *Богуславский М.М.* Международное частное право. — М., 1994. — С. 9.
- ⁴¹ *Луц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. — С. 179.
- ⁴² *Мосс Д.К.* Автономия воли. Практика международного коммерческого арбитража. — М., 1996. — С. 65.
- ⁴³ *Иссаад М.* Международное частное право. — М., 1979. — С. 77.
- ⁴⁴ Встречное удовлетворение — институт правовой системы "Common Law" — одно из условий существования договора, понимаемого как обмен выгодами сторон. Встречное удовлетворение — выгода, получаемая должником, либо нечто, чем жертвует в имущественном смысле кредитор в пользу должника взамен другой обязанности.
- ⁴⁵ *Садиков О.Н.* Императивные нормы в международном частном праве//Московский журнал международного права. — 1992. — № 8. — С. 82.
- ⁴⁶ *Богуславский М.М.* Международное частное право. — М., 1994. — С. 77.
- ⁴⁷ *Лебедев С.Н.* К пересмотру Гаагской конвенции 1955 года//Правовые аспекты осуществления внешнеэкономических связей. — М., МГИМО, 1985. — С. 65.
- ⁴⁸ *Мосс Д.К.* Автономия воли в практике международного коммерческого арбитража. — М., 1996. — С. 9—28.
- ⁴⁹ *Лебедев С.Н.* Международное сотрудничество в области коммерческого арбитража. — М., 1979. — С. 7 (применительно к институциональным арбитражам).
- ⁵⁰ *Чешир, Норт.* Международное частное право. — С. 357—362.
- ⁵¹ *Луц Л.А.* Курс международного частного права. Общая часть. — С. 180.
- ⁵² *Комаров А.С.* Ответственность в международном коммерческом обороте. — М., 1991. — С. 74, 75, 77, 81.

Статья поступила в редакцию в июле 1996 г.