

# Тема 4

## ОСНОВЫ ПРИМЕНЕНИЯ ИНОСТРАННОГО ПРАВА

### 4.1. Установление содержания иностранного права

Процесс регулирования частноправовых отношений, связанных с иностранным правопорядком, состоит из двух стадий. На первой из них происходит разрешение коллизионного вопроса (выбор применимого права на основе предписаний коллизионных норм страны суда). На второй — применение избранного права. В случае обращения к иностранному правопорядку возникает необходимость в определении общих понятий права другого государства, установлении его содержания, особенностей толкования и применения.

В МЧП существует презумпция применения иностранного права. Презюмируется и необходимость установления его содержания. При этом возникают следующие вопросы:

- кто должен устанавливать содержание иностранного права;
- как установить это содержание;
- какие юридические последствия могут возникнуть, если содержание иностранного права не будет установлено?

В странах континентального права общий концептуальный подход к пониманию иностранного права заключается в том, что суд устанавливает содержание иностранного права *ex officio* (по должности) по собственной инициативе и в силу обязанности, возложенной на него законом; суд применяет иностранное право как систему юридически обязательных предписаний. Суду, а не сторонам, ссылающимся на иностранное право в обоснование своих требований, вменяется обязанность по выяснению содержания иностранных предписаний. Цель установления содержания иностранного права — определение нормативно-правовой основы будущего судебного решения.

Иностранное право применяется в том объеме, в каком оно применяется судом в его «родном» государстве. В законодательстве большинства государств закреплены специальные механизмы установления содержания иностранного права:

- 1) бремя установления содержания иностранного права возложено на суд. Суд *ex officio* должен запросить информацию о содержании иностранного права, но может использовать информацию, предоставленную сторонами. Обязанность устанавливать содержание иностранного права не может быть возложена на стороны (Венгрия, Италия);
- 2) содержание подлежащего применению иностранного права устанавливается судом по должности; при рассмотрении споров, возникающих в связи с осуществлением определенных видов деятельности либо по определенным притязаниям, бремя установления содержания иностранного права может быть возложено на стороны (Россия, Швейцария);
- 3) бремя установления содержания иностранного права во всех случаях возложено на стороны (Великобритания, иные страны общего права).

Судебная практика и законодательство большинства государств показывает, что предпочтение отдается «смешанной» системе, при которой обязанность по установлению содержания иностранного права возложена на суд, но в виде исключения в определенных ситуациях ее могут быть обременены стороны: «Содержание иностранного права... устанавливается народными судами... Если стороны сами выбрали применимое иностранное право, они должны предоставить право этого государства в их распоряжение» (§ 10 Закона Китая о МЧП).

Основные доказательства действительности содержания иностранного права — заключения экспертов. Их содержание и качество в большой степени зависят от того, кто именно — суд или стороны — осуществляет поиски эксперта. В Испании наиболее часто используется совместное заключение двух известных юристов. Во Франции — *certificat de coutume* (документ, подтверждающий содержание иностранного права, составленный на французском языке торгово-промышленной палатой иностранного государства, иностранным юристом или дипломатом), являющийся внесудебной экспертизой.

В доктрине отмечаются серьезные недостатки практики законодательного обременения сторон обязанностью по установлению содержания иностранного права:

- эксперты, приглашенные сторонами, высказываются в пользу той стороны, которая их пригласила и оплатила услуги;
- процесс установления содержания иностранного права приобретает состязательный характер;
- стороны обременяются несвойственными им функциями доказывания;
- санкцией за неустановление содержания иностранного права является применение национального права, что противоречит природе правоприменения<sup>1</sup>.

Российское законодательство закрепляет общий принцип: установление содержания норм иностранного права — обязанность правоприменительного органа, возложенная на него законом (ст. 1191 ГК РФ; ст. 14 АПК РФ; ст. 166 СК

<sup>1</sup> Толстых В.Л. Установление содержания иностранного права (проблемы применения статьи 1191 ГК РФ) // Арбитражная практика. 2006. № 1.

РФ). Обязанности по установлению содержания норм иностранного права несут не только суды общей юрисдикции, арбитражные и третейские суды, но и иные органы, управомоченные применять иностранное законодательство. Статья 1191 ГК РФ, в которой употребляется только термин «суд», содержит общую норму. В ст. 166 СК РФ кроме судов упоминаются органы записи актов гражданского состояния и «иные органы», применяющие иностранное семейное право.

Участие сторон в процессе установления содержания иностранного права предопределяется их собственной волей. Стороны вправе, но не обязаны предпринимать какие-либо действия по установлению содержания иностранного права. Участвующие в деле лица по собственной инициативе могут предоставлять информацию о содержании иностранного права, иным образом помогать суду (абз. 2 п. 2 ст. 1191 ГК РФ; абз. п. 1 ст. 166 СК РФ).

По спорам, связанным с осуществлением предпринимательской (п. 2 ст. 1191 ГК РФ) и иной экономической (ч. 2 ст. 14 АПК РФ) деятельности, суд может возложить обязанность по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права на стороны. В российской доктрине отмечается, что данные нормы противоречат иным положениям действующего законодательства, в частности, положениям процессуальных законов о доказательствах и доказывании<sup>101</sup>. Кроме того, возможна ситуация, что при рассмотрении требований, возникающих в связи со спорами из предпринимательской деятельности, суды будут уклоняться от принятия минимальных мер по установлению содержания иностранного права.

При этом в российской судебной практике неоднократно указывалось, что бремя представления сведений о содержании норм иностранного права не может считаться возложенным на стороны автоматически. Суды первой и апелляционной инстанций должны вынести судебный акт, который возложил бы эту обязанность на стороны. Кроме того, возложение данного бремени на стороны не означает освобождения суда от обязанности по установлению содержания иностранного права (п. 17 Информационного письма Президиума ВАС РФ от 9 июля 2013 г. № 158 «Обзор судебной практики по некоторым вопросам, связанным с рассмотрением арбитражными судами дел с участием иностранных лиц»<sup>2</sup>).

Под эгидой Совета Европы была принятая Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства от 7 июня 1968 г., установившая специальную процедуру и механизм, призванные облегчить процесс установления содержания иностранного права, позволить судам одного государства получить необходимую информацию из других стран. В Конвенции закреплена обязанность государств-участников создать специальные органы (или возложить дополнительные обязанности на уже существующие структуры), которые должны безвозмездно предоставлять судам других государств информацию о местном праве. Соответствующие ведомства занимаются сбором информации об иностранном и национальном праве, отвечают на запросы иностранных и национальных органов о содержании национального и иностранного права, направляют запросы в компетентные органы иностранных государств о содержании права данных государств.

Положения российского законодательства о порядке и способах установления содержания иностранного права содержатся в ГК РФ, СК РФ и АПК РФ. Механизм этого процесса состоит в дипломатическом порядке, системе официальных запросов через министерство юстиции, непосредственных сношениях судов разных государств друг с другом и иными компетентными органами. Российские суды вправе обращаться с запросами о содержании иностранного права в Минюст России и иные компетентные органы РФ, в иностранные компетентные органы, научно-исследовательские учреждения, дипломатические и консульские представительства России в других государствах, привлекать экспертов (абз. 1 п. 2 ст. 1191 ГК РФ). Главный способ установления содержания норм иностранного права — самостоятельная исследовательская деятельность суда, основанная на непосредственном изучении текстов иностранных законов и судебных решений в соответствии с официальным толкованием, практикой применения и доктриной соответствующего государства (п. 1 ст. 1191 ГК РФ). Суд может основываться только на текстах иностранных законов, переведенных на русский язык (ч. 4 ст. 75 АПК РФ).

На практике при установлении содержания иностранного права российские суды лишены поддержки каких-либо государственных органов и вынуждены пользоваться недостоверными источниками, упрощенно толковать и применять иностранное право или вообще уклоняться от его применения. Должным образом установить содержание иностранного права зачастую удается только в тех случаях, когда лицо, участвующее в деле, в этом заинтересовано и несет бремя доказывания содержания иностранного закона.

Законодательство большинства государств предписывает: при невозможности установить содержание иностранного права применяется закон страны суда (Чехия, Украина, Германия). Есть и другое решение: закрепляется обязанность суда по установлению содержания иностранного права, но отсутствует указание, какое право должен применять суд, если его усилия не увенчались успехом (ст. 43 Кодекса МЧП Болгарии).

В Законе Италии о МЧП 1995 г. закреплено: «В случаях, когда судья не может установить содержание применимого иностранного права даже при помощи сторон, подлежит применению право, к которому отсылают другие коллизионные нормы, если таковые существуют, установленные в отношении тех же фактических обстоятельств. При отсутствии таких норм применяется итальянское право» (ст. 14.2). Законодатель ориентирует суд не

<sup>2</sup> См. также: постановление Арбитражного суда Московской области от 30 августа 2019 г. по делу № А40-225831/18.

на применение итальянского права (закона суда), а на установление иного иностранного правопорядка, наиболее тесно связанного с делом.

Российское гражданское и арбитражно-процессуальное законодательство предусматривают: если содержание норм иностранного права, несмотря на все принятые меры, не может быть установлено в разумные сроки, применяется российское право (п. 3 ст. 1191 ГК РФ; п. 3 ст. 14 АПК РФ). Семейное законодательство не оперирует понятием «разумные» сроки: российское право применяется, если все предпринятые судом меры не привели к установлению содержания иностранного права (п. 2 ст. 166 СК РФ).

Законодатель декларирует применение российского права, несмотря на решение коллизионного вопроса в пользу иностранного права, если все предпринятые в соответствии с законом действия не помогли в «разумные» сроки установить содержание иностранного права. Положения российского законодательства не дают четкого представления ни о временном факторе, ни о том, насколько настойчив должен быть суд, устанавливая содержание иностранного права. Необходимо установить более четкие критерии, препятствующие необоснованному уклонению судей от применения иностранного права.

## 4.2. Применение и толкование норм иностранного права

Юридическая категория «применение права» в МЧП обозначает специфическое явление — применение иностранного права. Правоприменительный орган, руководствуясь предписаниями коллизионной нормы или соглашением сторон, устанавливает, правопорядок какого государства должен регулировать частноправовое отношение с иностранным элементом. В МЧП существует постулат: нормы иностранного права должны определяться, применяться и толковаться, как если бы дело рассматривалось в той стране, чье право подлежит применению (теория правового использования — «так, как его в родном суде применяет его родной судья»).

Применение иностранного права в различных юрисдикциях основано на двух противоположных подходах, основывающихся на оценке права другого государства как права или как факта. Восприятие иностранного права как факта предполагает, что ссылки на него — это ссылки на какие-либо фактические обстоятельства, доказывание которых возлагается на стороны.

Если иностранное право понимается как особая правовая система, то для разрешения спора необходимо обратиться ко всей совокупности правовых норм данного государства, т. е. к его правопорядку в целом. Восприятие иностранного права как права предполагает, что стороны заинтересованы в установлении его содержания и применении, однако все действия в этой сфере предпринимаются судом.

Позиция, господствующая в континентальной правовой системе, — иностранное право понимается как комплекс юридически обязательных предписаний, имеющих такой же характер, что и национальная правовая система. Иностранное право — это юридическая категория, а не обстоятельство, подлежащее доказыванию наряду с другими обстоятельствами дела.

В ФРГ действующее иностранное право требует доказывания только в случае, если оно не известно немецкому суду. В рамках собственной компетентности суда иностранное право не требует доказывания (аналогичное положение содержит ст. 14 ВЗ к ГК Бразилии). Суд, устанавливая содержание норм иностранного права *ex officio*, не вправе ограничиваться доказательствами, представленными сторонами, а обязан использовать и другие источники, самостоятельно принимать все необходимые меры для установления такого содержания.

Большинство стран ангlosаксонской правовой семьи придерживаются отношения к иностранному праву как к факту. Суд применяет только свое собственное право, но может признать субъективные права, возникшие под действием иностранного права — фактического обстоятельства, которое наряду с другими фактами выступает доказательством по делу. Стороны обязаны представить доказательства, в том числе и относительно содержания иностранного права. Они могут ссылаться на иностранное право, но оно должно быть доказано как фактическое обстоятельство (*as a fact*). Во всех странах, придерживающихся такого подхода, признается особый нормативный характер этого факта.

Специфика процессуального права Великобритании — презумпция тождества содержания иностранного и английского права. Однако эта презумпция применяется в пределах, в которых такое тождество не оспаривается стороной, ссылающейся на иностранное право. Если подобного оспаривания нет или различие не доказано, суд может вынести решение на основе английского права, даже когда отношение связано исключительно с иностранным государством.

Акт о порядке представления доказательств по гражданским делам 1972 г. предусматривает, что за некоторыми исключениями содержание иностранного права не может быть доказано:

- цитированием более раннего решения английского суда, в котором шла речь о той же иностранной правовой норме;
- непосредственно текстом иностранного закона, представленного на заключение судьи;
- ссылкой на решение иностранного суда, в котором освещалось содержание и действие данной нормы.

В США презумпция тождества национального и иностранного права используется применительно к государствам системы «общего права». Если лицо, которое ссылается на иностранный правопорядок, отрицает такое тождество, или очевидно, что тождество отсутствует, американский суд самостоятельно определяет содержание соответствующего права в установленном порядке. По общему правилу, в США бремя установления содержания иностранного права возложено на суд.

Федеральные правила гражданского процесса 1966 г. предусматривают, что при установлении содержания иностранного права суд учитывает любые имеющие значение материалы (аффидевиты<sup>103</sup>, заявления под присягой), независимо от того, кем именно они представлены и допускаются ли федеральными нормами, регулирующими вопросы представления доказательств. То, что определит суд, квалифицируется как «решение суда по вопросу о праве» (ст. 44.1).

Нормативная основа применения иностранного права в России — гражданское, семейное, арбитражное процессуальное и гражданское процессуальное законодательство, КТМ РФ, Основы законодательства о нотариате от 11 февраля 1993 г. № 4462-1, Закон о МКА. В качестве источника информации об иностранном праве российские суды используют иностранные нормативные акты, нормы прецедентного права государств системы общего права (common law), заключения специалистов. Основной способ установления содержания — заключения специалистов: «Арбитражный суд вправе поручить проведение экспертизы российскому или иностранному гражданину, обладающему специальными познаниями в области иностранного права, что может подтверждаться его научными исследованиями в области иностранного права или его практической деятельностью в данной сфере. Экспертиза также может быть поручена образовательному, научному или учебному заведению РФ, в котором имеются структурные подразделения, занимающиеся исследованиями иностранного права» (постановление Пленума ВС РФ от 27 июня 2017 г. № 23 «О рассмотрении арбитражными судами дел по экономическим спорам, возникающим из отношений, осложненных иностранным элементом»).

При разрешении гражданских дел суды применяют иностранное право в соответствии с федеральным законом или международным договором РФ (ч. 5 ст. 11 ГПК РФ). В арбитражном процессе применение иностранного права может быть также обусловлено соглашением сторон (ч. 5 ст. 13 АПК РФ). Отсутствие в ст. 11 ГПК РФ указания на то, что иностранное право может применяться по соглашению сторон, противоречит ст. 1210 ГК РФ, устанавливающей право участников гражданских отношений самим избрать применимое законодательство.

В России иностранное право применяется правоприменительными органами *ex officio* и в соответствии с императивным указанием законодателя рассматривается как право, а не как факт. Российские суды применяют не только иностранное законодательство, но и правовые обычаи, и судебную практику, и доктрину иностранных государств в тех пределах, в каких они признаются источниками права у себя на родине.

Российские правоприменительные органы обязаны учитывать общее требование: иностранное право должно применяться так, как это имеет место у него «на родине». Суд, перед которым поставлена задача разрешить дело на основе иностранного закона, должен встать на точку зрения иностранного судьи и решить дело так, как решил бы его данный иностранный суд, применяя свое собственное право. Этот вывод вытекает из общего подхода к применению иностранного закона и фиксируется в судебной практике: «Суд, как правило, должен толковать и применять иностранное право так же, как оно понимается и применяется в соответствующем иностранном государстве» (постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 12 ноября 2008 г. № КГ-А40/9495-08).

Практическая реализация этого правила представляет собой особую сложность, поскольку неочевидно, насколько суд одного государства, знающий и применяющий *ex officio* только свое национальное право, способен истолковать и применить иностранное право так, как применял бы его суд соответствующего иностранного государства. Способен ли в принципе суд одного государства проникнуться правосознанием суда другой страны, встать на точку зрения иностранного суда?

Законодательства многих государств не содержат специальных норм о принципах применения иностранного правопорядка (Италия, Россия, Франция). Одновременно можно привести немало примеров законодательного закрепления норм, устанавливающих требования к применению иностранного закона: «Судье надлежит применять иностранный закон так, как он толкуется в правопорядке, которому он принадлежит. Толкование иностранного закона подлежит надзору кассационного суда» (ст. 34 Кодекса МЧП Туниса). Своеобразное правило закреплено в ст. 2 Закона Венесуэлы о МЧП: «Иностранное право... применяется согласно принципам, которые действуют в соответствующем иностранном государстве, и таким образом, чтобы были осуществлены цели, преследуемые венесуэльскими коллизионными нормами».

Во многих государствах неправильное применение иностранного права является основанием для пересмотра или обжалования судебного решения: «Неприменение иностранного права, а также и неправильное его толкование и применение являются основанием для обжалования» (ст. 44 Кодекса МЧП Болгарии).

Российское законодательство предусматривает, что неправильное применение норм материального права представляет собой основание для отмены или изменения судебного или арбитражного решения в апелляционном и кассационном порядке (ст. 270, ч. 2 ст. 288 АПК РФ; ст. 330, 379.7 ГПК РФ). Не применяя иностранный закон, суд нарушает российскую коллизионную норму, отсылающую к иностранному праву, что является одним из поводов для

отмены или изменения судебного решения вышестоящей судебной инстанцией. Понятие «неправильное применение или нарушение норм материального права» в российском законодательстве определяется как неприменение закона, подлежащего применению; применение закона, не подлежащего применению; неправильное истолкование закона.

### 4.3. Квалификация коллизионной нормы

Применение любой правовой нормы невозможно без ее толкования — установления ее смысла и связи с фактическими обстоятельствами, в которых она должна быть применена. Юридическая квалификация фактов в соответствии с правовой нормой и сферой ее применения является одним из аспектов толкования права. Неправильная квалификация может послужить основанием для отмены или изменения решения суда.

Особенность квалификации в МЧП состоит в том, что на каждом этапе разрешения частноправового спора, связанного с иностранным правопорядком, квалификация осуществляется по разным правилам. Процесс рассмотрения спора, возникшего в связи с частноправовым отношением международного характера, подразумевает наличие трех стадий, связанных с определением применимого права: квалификации, выбора применимого права и применения избранного права. Квалификация и выбор применимого права объединяются в понятие «первичная квалификация».

Результат первичной (коллизионно-правовой) квалификации — это решение коллизионного вопроса, отсылка к определенному национальному правопорядку. Применение материально-правовой нормы любой правовой системы предполагает материально-правовую квалификацию, проводимую с целью определения прав и обязанностей субъектов правоотношения («вторичная квалификация»). Вторичная квалификация всегда осуществляется по *lex causae*, т. е. на основе права, которое суд определил в качестве применимого.

*Первичная квалификация.* Проблема квалификации коллизионных правовых понятий возникает на стадии выбора права, при решении коллизионного вопроса и применении отечественных коллизионных норм. Выбор применимого права непосредственно зависит от того, правовые понятия какой страны будут использованы при решении коллизионного вопроса.

Для применения коллизионной нормы необходимо раскрыть содержание имеющихся в ней юридических понятий и соотнести их с фактическими обстоятельствами дела, т. е. произвести квалификацию. Коллизионная норма связывает национальное право с иностранным, поэтому проблема квалификации сводится к тому, с точки зрения права какого государства необходимо толковать юридические категории, содержащиеся в самой коллизионной норме.

Согласно общему коллизионному принципу деление вещей на движимые и недвижимые (объем коллизионной нормы) регулируется законом места нахождения вещи (привязка коллизионной нормы). Если квалификация объема коллизионной нормы производится по российскому праву, необходимо учитывать предписания ст. 130 ГК РФ. В частности, деньги и ценные бумаги квалифицируются как движимое имущество. Если квалификация производится по испанскому праву, деньги и ценные бумаги исключаются из разряда движимых вещей. Кроме того, в Испании недвижимыми вещами признаются машины, суды, минеральные удобрения, инструменты и приспособления, предназначенные для обработки земли. По российскому праву такие вещи являются движимыми.

В МГП возникают проблемы «процессуальной» квалификации — квалификация какого-либо института гражданского процесса в качестве материально-правовой или процессуально-правовой категории. Процессуальная квалификация может предопределять решение коллизионного вопроса. Например, по английскому праву исковая давность — это процессуальная категория, по российскому — материально-правовая. Если суд рассматривает спор между российским покупателем и английским продавцом и квалифицирует исковую давность в соответствии с российским правом, этот вопрос подчиняется английскому праву (закону страны продавца). Если суд квалифицирует исковую давность в соответствии с английским правом (как институт процессуального права), он должен применить российские нормы об исковой давности, потому что по общему правилу суд применяет свое процессуальное право<sup>101</sup>.

В МЧП существует *теория «конфликта квалификаций»*. Конфликт квалификаций связан с коллизией коллизий. В праве разных государств текстуально одинаковые правовые понятия (дееспособность, личный закон) имеют принципиально различное содержание. Конфликт квалификаций — одна из наиболее сложных, глубинных коллизий, так как при применении терминологически одинаковых понятий решение по одному и тому же делу в судах разных стран может быть прямо противоположным.

Теории разрешения конфликта квалификаций.

1. *Квалификация по закону суда (lex fori)*, т. е. по национальному праву того государства, чей правоприменительный орган рассматривает дело. Коллизионная норма как норма национального права использует национальные юридические категории, свойственные данной правовой системе. Поскольку коллизионный вопрос решается на основе коллизионного права страны суда, то и квалификация должна производиться именно по этому же закону.

Основной недостаток квалификации по закону суда — игнорирование того факта, что правоотношение связано с территорией других государств и что коллизионный вопрос может быть решен в пользу выбора иностранного права.

Квалификация по *lex fori* — одна из причин возникновения «хромающих» отношений.

Одно и то же понятие может быть квалифицировано различными способами в зависимости от того, суд какого государства рассматривает спор. Такая квалификация может привести к *forum shopping* (обращение в «удобный» суд). Одновременно квалификация по *lex fori* не дает ответа на вопрос, как квалифицировать правовой институт, неизвестный местному праву.

Квалификация по закону суда, как правило, имеет место в процессе первичной квалификации и является квалификацией коллизионных понятий страны суда. Она производится на стадии выбора права, когда еще неизвестно, в пользу какого правопорядка будет решен коллизионный вопрос.

2. *Квалификация по праву того государства, с которым отношение наиболее тесно связано (lex causae)*, т. е. по праву существа отношения. Этот способ квалификации позволяет избежать основных недостатков квалификации по закону суда: иностранные правовые понятия квалифицируются в «родных» для них правовых категориях. Квалификация коллизионной нормы в соответствии с иностранным правом направлена на то, чтобы не допустить извращения его правовых понятий, которые могут возникнуть при квалификации по закону суда.

Однако при квалификации по *lex causae* возникает вопрос: если применимое право определяется *после* квалификации, то в соответствии с правом какого государства следует осуществлять квалификацию? От квалификации отношения зависит выбор коллизионной нормы. Нельзя квалифицировать отношение по *lex causae*, поскольку еще неизвестно, к какому праву отошлет коллизионная норма и какой правопорядок будет являться *lex causae*<sup>105</sup>.

Квалификация по иностранному праву, как правило, представляет собой вторичную квалификацию, которая имеет место после выбора права, когда коллизионный вопрос решен в пользу применения иностранного права. По существу, речь идет не о квалификации коллизионных понятий, а о квалификации юридических категорий материального права. При решении коллизионного вопроса в пользу иностранного права все материальные правовые понятия должны определяться именно в его национальных категориях.

Первичная квалификация по иностранному праву возможна, если все фактические обстоятельства связаны с правом одного государства, а дело по какой-либо причине рассматривается в суде другого государства. Кроме того, юридические понятия, требующие квалификации и связанные с фактическими обстоятельствами правоотношения, могут быть в принципе неизвестны местному праву (понятие «вдовья доля» в российском праве) или известны в ином терминологическом обозначении и с иным содержанием. В такой ситуации целесообразна квалификация по *lex causae*.

3. *Теория функциональной квалификации* (подход *via media* или *просвещенный lex fori*) подразумевает, что первичная квалификация должна проводиться в два этапа: предварительный и окончательный. Предварительную квалификацию необходимо проводить с учетом обеих применимых систем права (*lex fori* и *lex causae*), после чего следует окончательная квалификация, учитывающая соображения публичной политики *lex fori*. В основе этой теории лежит постулат, что отсылка коллизионной нормы к иностранному праву представляет собой решение посередине между двумя разными правопорядками: она охватывает институт иностранного права, функционально равнозначный тому институту, который присутствует в праве страны суда<sup>3</sup>.

Функциональный подход предполагает большую свободу судейского усмотрения; коллизионные нормы страны суда должны толковаться как «*sub specie orbis*», т. е. с международной точки зрения. После квалификации судья должен определить, какая правовая система имеет наиболее тесную и реальную связь с рассматриваемым спором.

4. *Автономная квалификация* основана на том, что коллизионная норма, национальная по своей природе, связывает отечественное право с иностранным. Для выполнения роли связующего звена между правопорядками разных государств коллизионная норма должна использовать общие для всех правовых систем понятия. Ученые предлагают использовать метод квалификации, основанный на сочетании права страны суда и общих понятий. В объеме коллизионной нормы используются общие для всех правовых систем правовые понятия, а квалификация юридических категорий коллизионной привязки производится в соответствии с законом суда<sup>107</sup>.

Идея создания коллизионных норм, состоящих из юридических понятий, общих для большинства правовых систем, имеет позитивный характер. Такие коллизионные нормы смогли бы выполнять свою функцию выбора компетентного права наилучшим образом. Возникает вопрос: где найти общие для всех правовые понятия? Их выработка — задача сравнительного правоведения. Однако мы сразу же сталкиваемся с еще более сложной проблемой: кто именно должен производить сравнительный анализ права разных государств и устанавливать общие для всех правовые понятия? Сравнительный анализ — это задача доктрины, выводы которой не имеют для суда юридически обязательного характера. Суд только решает коллизионный вопрос и определяет применимое право. В настоящее время трудно говорить о возможности практической реализации автономной квалификации.

Законодательство и судебная практика многих государств (Испании, Сирии, Франции) придерживаются квалификации по *lex fori*. Однако в основном современный законодатель использует для квалификации сочетание *lex*

<sup>3</sup> Тариканов Д. В. Конфликты квалификаций в международном частном праве // Вестник экономического правосудия Российской Федерации. 2023. № 11. С. 145.

fori и lex causae (Украина, Канада (Квебек), Армения). В некоторых юрисдикциях учитывается автономная квалификация и требования международного права: «При осуществлении квалификации необходимо учитывать международный элемент в регламентируемых отношениях и особенности международного частного права» (ст. 39 Кодекса МЧП Болгарии).

В ст. 1187 ГК РФ речь идет о квалификации юридических понятий при определении применимого права. Положения ст. 1187 относятся к квалификации как понятий объема коллизионной нормы, так и понятий ее привязки. Основной метод, закрепленный законодателем, подразумевает квалификацию коллизионных норм в соответствии с «российским правом», т. е. по lex fori.

Статья 1187 устанавливает общую норму относительно квалификации права. Специальные нормы, касающиеся квалификации, содержатся в других статьях ГК РФ (ст. 1191, 1208, 1210, 1215, 1218). Правила, предусмотренные специальными нормами, не вполне соответствуют предписаниям ст. 1187. Во многих случаях априорно признается необходимость использовать нормы «применимого» (т. е., возможно, не российского, а иностранного) права при квалификации коллизионных понятий. Установления ст. 1208, 1215, 1218 предопределяют обязанность суда учитывать положения «применимого» права на первой стадии решения коллизионного вопроса — при квалификации понятий объема коллизионной нормы. По существу, в отношении споров, связанных с договорами, взысканием процентов по денежным обязательствам и исковой давностью российский законодатель закрепил квалификацию по lex causae, а не по lex fori.

Пункт 2 ст. 1187 указывает на возможность квалификации по иностранному праву, если «юридические понятия, требующие квалификации, не могут быть определены посредством толкования в соответствии с российским правом». Применение иностранного права для квалификации коллизионных норм предусмотрено в случаях, когда:

- понятия не известны российскому праву;
- понятия известны российскому праву, но имеют другое содержание;
- понятия известны российскому праву, но в ином значении.

Квалификация неизвестных российскому праву юридических понятий, норм и правовых институтов производится по lex causae. Это соответствует современным тенденциям правового регулирования.

#### 4.4. Теория отсылок в международном частном праве (институт обратной отсылки)

Одной из наиболее сложных проблем МЧП является проблема «скрытых коллизий», которые представляют собой основную причину конфликта квалификаций. В данной ситуации коллидируют не материальные, а коллизионные нормы права разных государств, т. е. друг другу противоречат не коллизионные нормы в целом, а их формулы прикрепления. Скрытые коллизии принято называть «коллизии коллизий», т. е. столкновением коллизионных принципов<sup>4</sup>.

Коллизии коллизий возникают, когда один и тот же термин применяется к разным по существу явлениям (личный закон индивида понимается либо как закон гражданства, либо как закон домицилия). Скрытые коллизии имеют позитивную и негативную формы. Позитивные коллизии коллизий можно наблюдать, когда два и более правопорядка одновременно претендуют на регулирование одного и того же отношения, негативные коллизии коллизий — когда спорное правоотношение не удается урегулировать по закону ни одного из государств, чей правопорядок может быть применен.

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

Причинами появления отсылок являются не только скрытые коллизии, но и сам характер коллизионной нормы, являющейся нормой абстрактного, общего характера, отсылающей к иностранному правопорядку в целом, к иностранной правовой системе, в том числе к коллизионному праву<sup>5</sup>. Непосредственная причина возникновения отсылок — наличие негативных коллизий коллизий.

Проблема отсылок имеет принципиально различное правовое регулирование в законодательстве разных стран:

1) возможность применения всей системы отсылок в полном объеме (в том числе отсылок третьей, четвертой и т. д. степеней), пока не будет выявлено право, предусматривающее материальное регулирование спорного отношения. Статья 5 Закона Австрии о МЧП предусматривает, что «отсылка к иностранному правопорядку охватывает также его отсылочные нормы... Если иностранный правопорядок отсылает обратно, то применяются

<sup>4</sup> Лунц Л. А. Курс международного частного права.

<sup>5</sup> Там же.

австрийские материальные нормы. В случае последующей отсылки определяющими, при соблюдении последующих отсылок, являются материальные нормы того правопорядка, который, со своей стороны, далее не отсылает или к которому отсылка производится в первый раз обратно»;

- 2) возможность применения только обратной отсылки (отсылки к праву страны суда) (Лихтенштейн, Япония);
- 3) возможность применения отсылок первой и второй степеней, либо только обратной отсылки в случаях, конкретно оговоренных в законе (Швеция, Италия);
- 4) полный запрет применения отсылок (Бразилия, Бельгия);
- 5) этот вопрос в принципе не регулируется (Алжир, Таиланд).

Большинство государств применяют институт отсылок в ограниченном объеме и чаще всего признают только обратную отсылку, отказываясь от отсылки к праву третьего государства. Причина этого — практическая целесообразность: обратная отсылка позволяет суду на законном основании применять свое собственное право, что упрощает процесс разрешения спора. Обратная отсылка по существу представляет собой возможность отказаться от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства, наоборот, усложняет процесс выбора соответствующего правопорядка.

Применение отсылок устанавливают и международные документы, например, Преамбула к Регламенту Рим IV закрепляет необходимость признания обратной отсылки: «Коллизионные нормы, предусмотренные в настоящем Регламенте, могут привести к применению права третьего государства. Если эти нормы предусматривают *renvoi* как к праву государства-члена, так и к праву третьего государства, которое будет применять свое собственное право о наследовании, то такая *renvoi* подлежит применению для обеспечения международной согласованности. *Renvoi* должна быть исключена в ситуации, когда умерший сделал выбор в пользу права третьего государства».

Особое значение проблема отсылок имеет для признания и исполнения иностранных судебных решений. В национальном законодательстве некоторых стран (например, Германии) предусматривается возможность отказать в признании и исполнении иностранного судебного решения по причине неправильно выбранного права. Правильность выбора права устанавливается на основе *коллизионного права* того государства, на чьей территории должно быть выполнено судебное решение. Если решение вынесено без учета предписаний *иностранных коллизионных норм*, это может послужить достаточным основанием для отказа в его исполнении за границей.

В российском законодательстве установлено правило, согласно которому любая отсылка к иностранному праву рассматривается как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву (п. 1 ст. 1190 ГК РФ). В качестве исключения обратная отсылка иностранного права может применяться в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физических лиц (п. 2 ст. 1190 ГК РФ). ГК РФ признает только отсылку первой степени в определенных законом случаях.

Право и правоприменительная практика устанавливают общее исключение из применения отсылок: они не применимы в договорных обязательствах, поскольку генеральной коллизионной привязкой договорных обязательств является автономия воли сторон. Теория отсылок не совместима с автономией воли, так как стороны при выборе права имеют в виду конкретное материально-правовое регулирование: «Если стороны могут выбрать право какой-либо страны, такой выбор подразумевает применение норм, относящихся лишь к данному конкретному делу» (ст. 4 Закона Грузии о МЧП).

Однако в связи с усилением значения автономии воли сторон и общей тенденцией либерализации регулирования трансграничных частных отношений законодательство некоторых стран устанавливает для сторон возможность выбрать в качестве применимого не только материальное, но и коллизионное право (ст. 2.4 Кодекса Турции). Такой подход поддерживается и на международном уровне: «Выбор права не означает применения норм частного международного права выбранной сторонами правовой системы, если только сторонами прямо не предусмотрено иное» (ст. 8 Гаагских принципов выбора права).

#### 4.5. Коллизионная взаимность

Коллизионная взаимность представляет собой взаимное применение права, предусматривающее, что суд одного государства применяет право другого государства только при условии, что иностранный суд ведет себя точно так же. По общему правилу при рассмотрении частноправовых споров, связанных с иностранным правопорядком, коллизионная взаимность учитываться не должна.

Иностранное право подлежит применению в национальных судах независимо от того, применяется ли право данного государства за границей, поскольку такое применение предписано постановлениями национального коллизионного права, а не коллизионной взаимностью. Исключение из этого правила — взаимное применение права, непосредственно обусловленное в законе или в международном договоре. Например, ст. 11 Закона Украины о МЧП: «Суд ... применяет право иностранного государства независимо от того, применяется ли в соответствующем иностранном государстве право Украины, кроме случаев, если применение права иностранного государства на принципах взаимности предусмотрено законом Украины или международным договором».

В законодательстве большинства государств закреплена презумпция существования коллизионной взаимности (ее наличие предполагается, а вот отсутствие необходимо доказать): «В случае, когда применение иностранного права зависит от взаимности, предполагается, что она существует, если не доказано иное» (ст. 1189 ГК РФ). Законодательство некоторых стран содержит пояснения, каким образом доказывается коллизионная взаимность: в Венгрии министр юстиции выдает обязательный для суда документ, подтверждающий наличие взаимности. Сходное правило закреплено в законодательстве Румынии: «Существование фактической взаимности презюмируется до тех пор, пока Министерством юстиции посредством консультаций с Министерством иностранных дел не будет установлено иное» (ст. 2561.2 ГК).

Применение норм иностранного права на условиях взаимности предусматривается в отдельных областях правового регулирования. Обычно это касается предоставления определенных прав физическим и юридическим лицам, например, права на компенсационные выплаты в счет возмещения вреда жизни или здоровью.

## 4.6. Оговорка о публичном порядке

Основополагающее начало МЧП заключается в том, что применение иностранных правовых норм не должно нарушать основ местного правопорядка. Иностранное право, подлежащее применению, может базироваться на принципах, полностью противоречащих правовой системе страны, суд которой рассматривает спор. Любое государство, допуская применение иностранного права на своей территории, устанавливает порядок и пределы такого применения. *Оговорка о публичном порядке* содержится в праве всех государств и представляет собой общепризнанный принцип МЧП: избранное на основе отечественной коллизионной нормы иностранное право не применяется и субъективные права, возникшие на его основе, не признаются, если такое применение или такое признание противоречат публичному порядку данного государства.

Национальное законодательство содержит единый подход: в применении иностранной правовой нормы может быть отказано, если последствия ее применения не совместимы с публичным порядком данного государства (например, заключение полигамного брака, запрет заключения брака до истечения «вдовьего года»). Недопустимо утверждение, что право одного государства противоречит праву другого государства (как нарушение принципов невмешательства во внутренние дела другого государства и суверенного равенства государств). Национальному публичному порядку могут противоречить не само иностранное право (как целостная правовая система), а только последствия применения его норм.

В доктрине публичный порядок делится на внутренний и международный; позитивный и негативный; материально-правовой и процессуальный. Европейская правовая доктрина использует категории «публичный порядок Сообщества» и «действительно международный публичный порядок».

Внутренний публичный порядок устанавливается каждым государством самостоятельно и охватывает только внутригосударственные отношения. Международный публичный порядок — это нормы права, принятые национальным законодателем с учетом международных обязательств его государства. Международный публичный порядок должен соблюдаться при применении иностранных законов, признании и исполнении иностранных судебных и арбитражных решений. Понятие «внутренний публичный порядок» шире понятия «международный публичный порядок».

Позитивный публичный порядок заключается в существовании определенной категории внутренних правовых норм, которые в силу их особой важности не могут быть обойдены за счет применения иностранного права. Негативный публичный порядок предусматривает, что иностранное право не применяется, если такое применение противоречит предписаниям особо значимых установлений национального правопорядка.

Материально-правовой публичный порядок подразумевает, что применение иностранных материальных норм не должно приводить к последствиям, несовместимым с основами национального правопорядка. Процессуальный публичный порядок — что исполнение поручений, признание и исполнение решений иностранных правоприменительных органов не должно приводить к последствиям, несовместимым с основами национального правопорядка.

Первым законодательным актом, закрепившим оговорку о публичном порядке, стал ФГК, согласно которому «нельзя нарушать частными соглашениями законы, затрагивающие общественный порядок и добрые нравы» (ст. 6). Такая формулировка называется оговоркой о публичном порядке в позитивном варианте, т. е. приданье особого значения ряду законов, «вытесняющих применение коллимирующих с ними норм иностранного права»<sup>110</sup>. В настоящее время позитивная концепция публичного порядка присутствует в большинстве национальных кодификаций МЧП как особый «институт норм непосредственного применения».

Первым законодательным актом, использовавшим негативную концепцию публичного порядка, является Вводный закон к ГГУ 1896 г., согласно которому «правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно не совместим с существенными принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение не совместимо с основными правами» (ст. 6). При негативной

форме оговорки «речь идет о свойствах иностранного закона, которые делают его неприменимым»<sup>111</sup>. В настоящее время подавляющее большинство государств устанавливает эту форму оговорки, субсидиарно закрепляя позитивный вариант оговорки в форме института норм непосредственного применения.

Как правило, законодатель либо использует формулировку «публичный порядок» без каких-либо разъяснений, либо дает самые общие ориентиры в виде указания на основополагающие принципы права, основы правопорядка, публичные интересы (Турция, Украина, Китай). В основном понятие «публичный порядок» раскрывается в судебной практике, значительно реже — в законодательстве: «Публичный порядок... вопросы, относящиеся к личному статусу... брак, наследование и происхождение... вопросы, относящиеся к суверенитету, свободе торговли, обращению материальных ценностей, правила частной собственности и другие установления, на которых базируется общество, не противоречит характерным положениям и основополагающим принципам исламского шариата» (ст. 3 Закона ОАЭ о МЧП 1985 г.).

В законодательстве любого государства существует категория законов, действие которых не может быть отменено иностранным правом — «законы публичного порядка». Проблема применения таких законов состоит в том, что ни один законодатель не устанавливает их исчерпывающего перечня. Законодательства содержат только общие характеристики этих законов как имеющих «наиболее важное значение» для государства, законов «особой важности», «устанавливающих принципы, лежащие в основе всей социальной структуры государства».

Оговорка о публичном порядке является «каучуковой» нормой и может быть использована для отказа в применении иностранного права, даже если последствия его применения никак не противоречат основам национального правопорядка. В доктрине ссылка на публичный порядок расценивается как правовая патология, аномалия. Верховный Суд США в решении по делу Грейс постановил: «Ссылка на нарушение принципов публичного порядка допустима, только если эти принципы являются четко определенными и доминирующими в обществе, что должно быть нормативно закреплено в законах и судебной практике, а не вытекать из общих соображений или представлений о публичном интересе».

В российском законодательстве закреплен негативный вариант оговорки о публичном порядке. В законодательных актах используются различные термины: основы правопорядка (публичный порядок) РФ (ст. 1193 ГК РФ; ст. 167 СК РФ), публичный порядок РФ (ст. 244 АПК РФ), суверенитет, безопасность и публичный порядок РФ (ст. 412 ГПК РФ). Статья 1193 ГК РФ подчеркивает исключительный характер оговорки о публичном порядке: норма иностранного права, подлежащая применению, не применяется в исключительных случаях, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) России с учетом характера отношений, осложненных иностранным элементом. Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы России. Противоречие последствий применения нормы основополагающим принципам правовой системы страны суда должно быть явным.

Определение понятия публичного порядка закрепляются в судебной практике. В постановлении Президиума ВС РФ от 2 июня 1999 г. № 19пв-99пр подчеркивается, что под публичным порядком следует понимать основные принципы, закрепленные в Конституции РФ и законах РФ. ВАС РФ в Информационном письме № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» от 26 февраля 2013 г. сформулировал, что понятие «публичный порядок» следует понимать как фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства России, если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц.

Если суд отказывает в применении нормы иностранного права, оперируя оговоркой о публичном порядке, в правовом регулировании возникает пробел, поскольку неизвестно, какая норма должна применяться вместо отвергнутой? Национальные законодательства решают эту проблему по-разному:

- этот вопрос законодательно не регулируется (Венесуэла, Грузия, Египет);
- применяется право страны суда (Австрия, Лихтенштейн, Китай);
- применяется иностранное право, избранное с помощью иных сходных критерии, предусмотренных той же правовой нормой (Бельгия, Португалия, Италия).

По российскому законодательству в случае отказа в применении нормы иностранного права со ссылкой на публичный порядок «применяется соответствующая норма российского права» (ст. 1193 ГК РФ). Такую формулировку нельзя считать удачной. Как быть, если в российском праве отсутствует «соответствующая» норма или данное правоотношение неизвестно российскому праву в принципе (например, правоотношение, возникающее в связи с расторжением однополого брака)? Более удачным представляется, например, решение бельгийского законодателя: «Если положение иностранного права не применяется, то применяется другое соответствующее положение этого права или, при необходимости, бельгийского права» (ст. 21 Кодекса МЧП Бельгии).

#### 4.7. Институт норм непосредственного применения как разновидность защитной оговорки

В любой правовой системе есть особый круг норм прямого действия и непосредственного применения, которые не являются частью публичного порядка, но должны применяться всегда, даже если национальное коллизионное право отсылает к иностранной правовой системе. Они являются «продолжением» норм публичного порядка; имеют «сверхимперативный» или «особо императивный» характер; подлежат применению независимо от того, какое право признано компетентным; ни выбор права сторонами, ни действие коллизионных норм страны суда не могут устраниТЬ обязательность их применения. Для удобства терминологии этот институт условно можно назвать «императивная оговорка».

Положение об обязательном применении норм непосредственного применения представляет собой позитивный вариант оговорки о публичном порядке: «Независимо от предусмотренного в настоящем законе, в обязательном порядке применяются императивные положения венесуэльского права, которые были приняты для регулирования обстоятельств дела, связанных с разными правовыми системами» (ст. 10 Закона Венесуэлы о МЧП).

Защитная оговорка о применении норм непосредственного применения шире позитивной концепции публичного порядка. Императивная оговорка подразумевает соблюдение не только особо важных национальных норм, но и иностранных норм прямого действия. Основные проблемы императивной оговорки связаны:

- с кругом норм, подлежащих обязательному применению; их соотношением с нормами публичного порядка;
- кругом государств, императивные нормы которых необходимо соблюдать.

Наиболее сложная проблема — определение круга норм, подлежащих непосредственному применению. В отдельных случаях указание на сверхимперативный характер нормы содержится в формулировке этой нормы, прямо оговаривается в законодательстве или международных соглашениях. В основном сверхимперативность презюмируется, выводится из специфики связи нормы и правоотношения, значимости нормы для правоотношения (положения о защите прав потребителей, правила валютного и антимонопольного законодательства, правила оборота ценных бумаг).

Национальное законодательство закрепляет достаточно «расплывчатые» подходы: например, законодатель Квебека (Канада) допускает применение иностранных императивных норм «в случае, когда законные и явно преобладающие интересы этого требуют», при этом «во внимание принимаются цель нормы и последствия ее применения» (ст. 3079 ГК Квебека).

Круг государств, нормы непосредственного применения которых необходимо соблюдать, прямо очерчен в законодательстве. В него входят государство, суд которого рассматривает спор, и государство, с которым правоотношение наиболее тесно связано: «Суд может учесть особые императивные нормы другого государства, с которым отношение находится в тесной связи, если эти нормы, согласно праву создавшего их государства, должны быть применены, независимо от того, какое право определено коллизионной нормой настоящего кодекса как применимое» (ст. 46 Кодекса МЧП Болгарии).

В отечественном законодательстве положение о нормах непосредственного применения закреплено в п. 1 ст. 1192 ГК РФ: определенные императивные нормы российского права регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Законодатель попытался определить круг норм непосредственного применения: это императивные нормы, в которых указана обязательность их применения; нормы, имеющие особое значение для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота.

В постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24 прямо указывается, что не любая императивная норма в значении ст. 422 ГК РФ является нормой непосредственного применения. Императивная норма права имеет особое значение и относится к нормам непосредственного применения, если ее основная цель — защита публичного интереса, связанного с основами построения экономической, политической или правовой системы государства. Например, к числу норм непосредственного применения относятся положения российского законодательства, устанавливающие ограничения оборотоспособности определенных объектов гражданских прав (в частности, на приобретение иностранными лицами земельных участков, акций и долей в уставных капиталах и др.), определяющие обстоятельства, препятствующие заключению брака на территории РФ (ст. 14, п. 2 ст. 156 СК РФ). В силу прямого указания закона к числу норм непосредственного применения относятся положения п. 2 ст. 414 КТМ РФ, согласно которым наличие соглашения сторон о выборе применимого права не может повлечь устраниние или уменьшение ответственности, которую перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа (п. 10 постановления Пленума Верховного Суда РФ от 9 июля 2019 г. № 24).

В отечественном праве закреплена необходимость учета императивных норм иностранного законодательства (п. 2 ст. 1192 ГК РФ): при применении права какого-либо государства российский суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы являются нормами непосредственного применения. При этом суд должен учитывать назначение и

характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения. Это положение имеет диспозитивный характер (*суд может*).

Соглашение сторон о подчинении договора какому-либо правопорядку выводит отношение из сферы действия любого иного права и может привести к его нарушению. В законодательстве многих стран правила о необходимости соблюдения национальных императивных норм и императивных норм права, наиболее тесно связанного с договором, распространяется в первую очередь на договорные отношения. Сходные положения закреплены и в ст. 17 Гаагской конвенции 1986 г. («положения Конвенции <...> не препятствуют применению тех норм права страны суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего данный договор»), и в п. 5 ст. 1210 ГК РФ (если в момент выбора права сторонами договора все касающиеся существа отношений обстоятельства связаны только с одной страной, то выбор права другой страны не может затрагивать действия императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений обстоятельства).

#### 4.8. Обход закона в международном частном праве

Теория обхода закона (*agere in fraudem legis*) в МЧП означает, что объективный критерий, формирующий привязку коллизионной нормы, умышленно привносится в правоотношение заинтересованным субъектом, с тем чтобы избежать применения «невыгодной» для него нормы права. Предмет института «обход закона» — это недействительность каких-либо действий, направленных на исключение правопорядка, объективно применимого в силу закона. Цель квалификации таких действий, как обходящих закон, — применение права в соответствии с предписаниями коллизионных норм

Привязка определяет, правопорядок какого государства должен регулировать соответствующее отношение. Изменение привязки во многих случаях способно привести к применению иного правопорядка. Применение «благоприятного» правопорядка обеспечивается посредством искусственного создания фактического обстоятельства, закрепленного в коллизионной привязке. Например, для заинтересованного лица «неудобными» являются положения местного права нотариальной форме регистрации сделки. Для обхода таких положений место заключения сделки намеренно переносится в другую страну, чтобы обеспечить применение более «удобного» права.

Обманная привязка может быть создана не во всех формулах прикрепления. Такая возможность возникает, когда коллизионная норма прямо или косвенно принимает во внимание индивидуальную волю. В частности, в коллизионной норме, устанавливающей компетенцию *lex rei sitae* в отношении недвижимости, отсутствует возможность проявления субъективной воли. Заинтересованное лицо по своему желанию не может изменить место нахождения недвижимости.

Законодательство о МЧП многих государств не содержит норм об обходе закона (Венесуэла, Египет, Италия, Япония). Не меньшее количество государств законодательно закрепляет этот институт (Испания, Румыния, Азербайджан). В Панаме «иностранные законы не применяются... если применение или обращение к иностранному праву осуществляется в обход закона, который должен был бы регулировать рассматриваемое юридическое действие или правоотношение в отсутствие соглашения сторон о выборе применимого права или в отсутствие иностранного элемента, который был искусственно привнесен сторонами в правоотношение» (ст. 37 Кодекса МЧП).

В российском законодательстве обход закона представляет собой общий институт гражданского права (ст. 10 ГК РФ). Общая норма ст. 10 распространяется и на отношения сферы МЧП. Осуществление гражданских прав (в частности, выбор применимого иностранного права), совершенное в обход закона с противоправной целью, является недопустимым. При этом российское законодательство прямо не декларирует недействительности соглашений, направленных на обход сверхимперативных норм российского права или норм иностранного правопорядка, наиболее тесно связанного с отношением. Отказ от применения иностранного права обеспечивается оговорками о публичном порядке и нормах непосредственного применения (ст. 1192, 1193).

Положение п. 5 ст. 1210 ГК РФ подтверждает, что в случае наличия соглашений, позволяющих обойти нормы непосредственного применения, возникает проблема недействительности подобных соглашений: «Если в момент выбора сторонами договора подлежащего применению права все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства».