



УДК 341.94

ОБРАТНАЯ ОТСЫЛКА В ТЕОРИИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

О.В. КОСТИНА
О.Р. ШЕВЧЕНКО

*Белгородский
государственный
университет*

e-mail: kostov80@rambler.ru

Статья посвящена проблеме обратной отсылки как способа применения коллизионной нормы в международном частном праве. Анализируются точки зрения зарубежных и отечественных ученых, выступающих как за принятие обратной отсылки, так и за ее непринятие, рассматривается разрешение проблемы обратной отсылки в контексте российского законодательства. Выявляется ряд проблемных моментов применения обратной отсылки, предлагается решения по их устранению.

Ключевые слова: международное частное право, коллизионная норма, обратная отсылка, способ применения коллизионных норм.

Разрешая вопрос о коллизии законов, международное частное право (далее – МЧП) достаточно часто сталкивается с проблемами в области применения коллизионных норм. Одним из самых сложных вопросов относительно применения коллизионных норм в доктрине и практике МЧП был и остается вопрос об обратной отсылке. Проблема обратной отсылки, как способа применения коллизионных норм, возникла перед судами ряда государств во второй половине XIX в., когда при рассмотрении споров в силу двусторонней коллизионной нормы требовалось применять иностранное право¹.

Эта проблема возникает тогда, когда отечественное право отсылает к иностранному праву, а из коллизионных норм последнего вытекает необходимость обращения вновь к отечественному праву. Таким образом, возникает замкнутый круг, когда правовые системы отказываются разрешать вопрос по существу, а только отсылают друг к другу. Как образно заметил в отечественной литературе академик В.М. Корецкий, проблема обратной отсылки похожа на настольный теннис².

Вопрос об обратной отсылке – один из немногих, которые в МЧП вызывают столько противоположных точек зрения, как в теории, так и в судебной практике государств.

Проблема применения обратной отсылки связана, прежде всего, с решением вопроса относительно характера и действия коллизионных норм. Поскольку коллизионная норма, как нам известно, предписывает применение иностранного права, и теории, и практике приходится ответить на вопрос, в каком объеме это право должно быть применено: подлежит ли применению только материально-правовая норма указанного иностранного правового порядка или же весь этот правовой порядок в целом. Оба ответа на этот вопрос приводят на практике к существенно различным последствиям.

Если мы будем считать, что отечественная коллизионная норма отсылает к иностранному праву в целом, то следует применять иностранные коллизионные нормы и, соответственно, следует принять обратную отсылку.

Если же отечественная коллизионная норма отсылает только к нормам иностранного материального права, то нормы иностранного коллизионного права не принимаются и, соответственно, не принимается обратная отсылка. Все это еще раз подтверждает дискуссионность вопроса обратной отсылки³.

Дискуссионным в литературе МЧП остается и вопрос о принятии или же непринятии обратной отсылки, как способа применения коллизионных норм, так как законо-

¹ Гукасян. А.А. Обратная отсылка в международном частном праве: некоторые аспекты правового регулирования // Современные проблемы государства и права. Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 2003. – С. – 373-377.

² Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. – 6-е издание, переработанное и дополненное. – М.: Норма: Инфра-М, 2010. – 704 с.

³ Варавенко В.Е. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства в контексте унификации коллизионного права // Вестник Российской правовой академии. – 2008. – № 2. – С. – 43.



дательная практика и доктрина иностранных государств не дают однозначного ответа на этот вопрос⁴.

Обзор правовых решений, закрепленных в нормативно-правовых актах различных государств, представляет собой разнообразную картину индивидуализированных подходов к затронутой проблеме. Так, Вводный закон к Германскому гражданскому уложению⁵ содержит положение, которое допускает возникновение обратной отсылки. Закон о международном частном праве Венгрии исходит из возможности принятия обратной отсылки только в случаях, когда иностранное право отсылает к венгерскому закону, а вот Закон о международном частном праве Эстонии обратную отсылку не признает. Но можно сделать вывод, что все же большинство государств мира либо в законодательстве, либо в судебной практике применяют теорию отсылок, но в ограниченном объеме. И причина этому – практическая целесообразность, то есть обратная отсылка на законном основании позволяет суду применять свое собственное право, что, несомненно, на наш взгляд, значительно упрощает процесс разрешения спора. Также в пользу принятия обратной отсылки приводят обычно довод и о том, что сама идея коллизионного метода регулирования состоит в выборе правовой системы, с которой данное правоотношение имеет наиболее тесную связь. И именно поэтому, следует использовать не только ее материальные, но и коллизионные нормы.

Принятие обратной отсылки убедительно, на первый взгляд, аргументирует И.С. Перетерский: «В некоторых случаях применение иностранного права, очевидно, не являлось бы необходимым для закрепления и развития международных гражданско-правовых отношений, то есть для той цели, которая лежит в основе применения иностранного права. Наша коллизионная норма отсылает к иностранному праву, несомненно, как к праву действующему. Если же в данном конкретном случае иностранное право само отказывается от регулирования подлежащего отношения, то есть оказывается правом бездействующим, то, следовательно, и коллизионная норма лишена в этом случае конкретного содержания, а поэтому и не подлежит применению»⁶.

Таким образом, по мнению И.С. Перетерского, принятие обратной отсылки чаще всего аргументируется практической целесообразностью или идеологическими соображениями. Но, на наш взгляд, при более детальном и внимательном рассмотрении аргументация И.С. Перетерского оказывается небезупречной. Действительно, суду удобнее применять отечественное право. Однако выход на отечественное право после рассмотрения иностранной коллизионной нормы в случае принятия обратной отсылки не сильно облегчает работу суда, так как работа по установлению содержания иностранного права уже проделана.

Самый главный его аргумент в пользу принятия обратной отсылки, как способа применения коллизионных норм, заключается в следующем: если иностранное праву, к которому отсылает отечественная коллизионная норма, признает себя бездействующим, его нельзя применять. Но ведь признание иностранного права действующим или бездействующим, как нам известно, зависит от отечественной, а не от иностранной коллизионной нормы. Тот факт, что иностранная коллизионная норма отсылает к отечественному праву, не означает, что иностранное материальное право не способно регулировать соответствующие отношения. Поскольку, по мнению нашего законодателя, иностранное право больше связано с этими отношениями, оно и должно их регулировать.

Иностранная доктрина в силу уязвимости обратной отсылки, выработала несколько концепций, стремящихся обосновать обратную отсылку⁷.

⁴ Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд., М.: Юрист. – 2005. – С. 604.

⁵ Вводный закон к Гражданскому уложению Германии от 18.08.1896г. (в ред. От 21 сентября 1994 г., с последующими изменениями до 31 мая 2005г.) // Гражданское уложение Германии (Бергман В.), начные редакторы. – А.Л. Маковский и другие. – 2-е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер. – 2006.

⁶ Перетерский И. С., Крылов С. Б. Международное частное право. М. – 1940. – С. – 42.

⁷ Варавенко В.Е. Сравнение доктринальных и законодательных решений проблемы обратной отсылки в международном частном праве России // Сб. материалов II Международная научно-практическая конференция «Образование и наука без границ – 2007». – Белгород, 2007.



Э. Йайме выделяет три преимущества принятия обратной отсылки: во-первых, это гармонизация решения; во-вторых, неприменение иностранного закона, который сам не хочет применяться; и, в-третьих, облегчение задачи судьи⁸.

Если отечественное право должно быть применено только потому, что это более удобно, то на наш взгляд, законодатель вообще должен отказаться от системы коллизионных норм.

Большинство авторов, впрочем, пытаются найти обоснование принятия обратной отсылки в традиционной теории⁹.

По мнению Нибуайе, обратная отсылка имеет обоснование в публичном порядке, с позиций которого недопустимо, чтобы отношение имеющее связь с Францией, не получило правового регулирования. Основной недостаток построений Нибуайе, на наш взгляд, заключается в том, что он полагает, что в случае отсылки иностранной нормы к отечественному правопорядку происходит отказ иностранного права от регулирования отношения. Но ведь отказ иностранного суда от рассмотрения спора не означает невозможность использования иностранного права. Отказ иностранного права от регулирования отношения не означает невозможность обратиться в иностранный суд.

П. Курб утверждает, что «обратная отсылка позволяет обратиться к французскому праву, не потому что оно является правом страны суда, а потому что оно представляется наиболее связанным с интересами, которые затронуты в деле; в этом смысле обратная отсылка устраняет некоторые дефекты коллизионной нормы»¹⁰.

Эта позиция, по нашему мнению, наиболее ближе к истине. Действительно, в случае, если иностранная коллизионная норма отсылает к отечественному праву, происходит смещение центра локализации отношения, и мы можем говорить о дефектности отечественной коллизионной нормы, которая привязывает отношение к неближнему правопорядку. Устранение этой дефектности происходит путем применения отечественных норм материального права.

Итальянский ученый Е. Витта считает, что хорошим решением вопроса обратной отсылки, как способа применения коллизионной нормы, было бы заключение международного договора, в котором бы предусматривались ситуации, когда обратную отсылку следует принимать, а когда нет¹¹.

Позволим себе согласиться с утверждением итальянского ученого, так как проблему обратной отсылки проще разрешить путем заключения между странами двустороннего международного унифицированного договора либо, при его отсутствии – на основе общих принципов коллизионного регулирования, включающих коллизионные нормы.

Против признания обратной отсылки выдвигается довод о том, что коллизионная норма страны суда уже решила проблему выбора права. И поэтому отсылку к праву другого государства следует понимать как отсылку исключительно к материально-правовым нормам. Против обратной отсылки выдвигается и чисто практический аргумент. При этом обращается внимание на множество сложных проблем, с которыми сталкивается местный судья при ознакомлении с материальным правом другого государства и его применении при регулировании конкретного гражданско-правового отношения с иностранным элементом. Эти проблемы еще более усложняются, когда судья вынужден уяснить и применить коллизионные нормы права другой страны. Каждая страна выбирает свой путь разрешения данной проблемы.

По нашему мнению, проблема обратной отсылки не может быть решена в одном лишь положительном или в одном лишь отрицательном смысле. Необходимо найти «золотую середину» в решении данного вопроса.

Давайте рассмотрим проблему разрешения обратной отсылки в контексте российского права.

⁸ Белозерцев Е.П. Международное частное право: коллизионное регулирование. М., 2004. – С. – 114-116.

⁹ Международное частное право: Учеб. Отв.ред. Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., М.: ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2008. – С. – 157.

¹⁰ Международное частное право: Учеб. Отв.ред. Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., М.: ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2008. – С. – 320.

¹¹ Канашевский В.А. Международное частное право. М., 2009. – С. – 134.



В отечественном МЧП, появлению законодательных решений проблемы обратной отсылки, как способа применения коллизионных норм, предшествовало появление её доктринальных решений. В первых работах по МЧП, принадлежащих перу дореволюционных российских ученых, ситуация обратной отсылки рассматривалась как фактор, дестабилизирующий правовое регулирование частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. А.Н. Мандельштам писал: «С первого взгляда ясно, что принятие этого принципа вносит в международную жизнь элемент непостоянства и случайности, способный поколебать самое прочное здание международного права»¹². И.А. Ивановский, ссылаясь на мнение профессора А.А. Пиленко утверждал, что ситуация обратной отсылки представляет собой ошибку, возникающую в ходе применения коллизионных норм. «Отсылка есть симптом, свидетельствующий о том, что мы допустили абсолютизацию своей конфликтной нормы, абсолютизацию, не соответствующую конфликтным воззрениям другого затрагиваемого в деле закона»¹³.

Для советской науки МЧП второй половины XX века и современной российской науки, характерен отказ от попыток, предложить определенный вариант решения проблемы обратной отсылки¹⁴. Большинство ученых не предлагают свой вариант решения проблемы обратной отсылки, а ограничиваются обзором норм, направленных на ее решение, закрепленных в действующем законодательстве¹⁵.

Вместе с тем, в последнее время появились работы, авторы которых не ограничиваются обзором законодательства, а отстаивают свою точку зрения по поводу решения проблемы обратной отсылки.

Так в работе А.В. Аничкина¹⁶ обосновывается необходимость принятия отсылок иностранных коллизионных норм. Феномен обратной отсылки рассматривается им как проявление принципа наиболее тесной связи – одной из закономерностей правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Н.И. Марышева считает, что обратная отсылка может применяться в области коллизионно-правового регулирования брачно-семейных отношений, осложненных иностранным элементом. Однако она ограничивает случаи применения отсылок иностранных коллизионных норм вопросами семейно-правового статуса физических лиц¹⁷. Вместе с тем, на наш взгляд, поскольку МЧП является частноправовой отраслью российского права, для которой характерна диспозитивная направленность правового регулирования, можно предположить и обосновать возможность принятия отсылок иностранных коллизионных норм и в других случаях. В связи с этим требуется более определенное решение данного вопроса при чем не только в доктрине, но и в законодательстве.

Законодательная практика решения проблемы обратной отсылки, как способа применения коллизионной нормы, в МЧП РФ развивалась иным путем, отличным от развития доктрины. Длительное время общая норма, решавшая проблему, отсутствовала: ни ГК РСФСР 1964 года¹⁸, ни Основы гражданского законодательства СССР и союзных республик 1991 года¹⁹, не содержали такие нормы.

¹² Мандельштам А.Н. Гаагские конференции по кодификации международного частного права. Т. 1. Кодификация МЧП: [Электронный ресурс]. – СЭПС Гарант. – М.: 2004.

¹³ Ивановский И.А. Опыт новых построений в области частного международного права. – СПб., 1911. – С. – 68-70.

¹⁴ Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс». – 2004. – С. – 210.

¹⁵ Ануфриева Л.П. Международное частное право. Т. 1. М., 2002; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1974; Бужигаева Т.Е. Международное частное право. М., 2005; Галенская Л.Н. Международное частное право. М., 1983; Звеков В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 2001; Федосеева Г.Ю. Международное частное право. М., 2005.

¹⁶ Аничкин А.В. Институт обратной отсылки в современном международном частном праве // Московский журнал международного права. – 2001. – № 1. – С. – 24-29.

¹⁷ Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007. – С. 59-60.

¹⁸ Гражданский кодекс РСФСР от 12.06.1964 г. // Ведомости ВС РСФСР. – 1964. – № 24. – Ст. 406.

¹⁹ Основы гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31.05.1991 г. № 2211-1 // Ведомости СНД и ВС СССР. – 1991. – № 26. – Ст. 733.



Впервые попытка сформулировать общую норму, решающую проблему, была предпринята в ходе создания проекта Закона о международном частном праве и международном гражданском процессе.²⁰ В соответствии с нормами ст. 4 законопроекта²¹, санкционировалось принятие обратной отсылки. В российское гражданское законодательство правило об обратной отсылке, как способе применения коллизионных норм, включается впервые и проблеме обратной отсылке посвящены две нормы, а, именно, ст. 28 Закона «О международном коммерческом арбитраже»²² и ст. 1190 ГК РФ.

Часть 1 статьи 28 Закона отвергает обратную отсылку только для ситуаций, связанных с действием института автономии воли. Если стороны выбрали в договоре право, считается, что они выбрали материальное право, а не коллизионное право соответствующего государства.

В отличие от статьи 28 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже» ст. 1190 ГК РФ решает эту проблему четко, хотя и не единообразно:

«1. Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела должна рассматриваться как отсылка к материальному, а не к коллизионному праву соответствующей страны, за исключением случаев, предусмотренных п. 2 настоящей статьи.

На практике применение нормы п.1 ст.1190 ГК РФ представляется достаточно неприемлимым как для суда, рассматривающего конкретный спор, так и для наиболее заинтересованной в скорейшем рассмотрении спора стороны в деле. Очевидно, что применение иностранного права неизбежно ведет к затягиванию судебного процесса и суд не может оперативно защитить права и интересы одной из сторон в деле²³.

Указанное связано с тем, что, не принимая обратной отсылки, как условие применения коллизионной нормы, к российскому праву, суду будет необходимо установить содержание иностранного права, к которому отсылает российская коллизионная норма. В соответствии с п.1 ст. 1191 ГК РФ при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве.

2. Обратная отсылка иностранного права может приниматься в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица (ст. 1195-1200)».

Анализируя п.2 ст.1190 ГК РФ, можно сделать следующие выводы, а именно, применение обратной отсылки в случаях, касающихся определения личного закона физического лица, способствует большей стабильности и определенности в отношении установления прав личности, не говоря уже о том, что данное обстоятельство облегчает работу суда. Использование обратной отсылки в отношении правового положения физического лица отражает и общую тенденцию части третьей ГК РФ, исходящей из критерия наличия тесной связи соответствующих отношений с применяемым правом.

Подход отечественного законодателя к решению вопроса относительно отсылок является непоследовательным. Общее правило п.1 ст.1190 ГК РФ сформулировано таким образом, чтобы предотвратить случаи принятия отсылок иностранных коллизионных норм. Запрет на их применение не выражен непосредственно, однако, он фактически установлен, так как понимание отсылки отечественной коллизионной нормы как отсылки только к материальным нормам иностранного права, говорит об отказе от учета содержания и применения коллизионных норм иностранного права. Вот именно поэтому дополнительное правило п.2 ст.1190 ГК РФ выглядит, по нашему мнению, нелогичным. Мы позволим себе не согласиться с выбранным решением отечественного законодателя, по-

²⁰ Аничкин А.В. Институт обратной отсылки в современном международном частном праве // Московский журнал международного права. – 2001. – № 1. – С. – 40.

²¹ Международное частное право: современные проблемы. Под ред. М.М. Богуславского. М., 2004. – С. – 176.

²² Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 года № 5338-1 // Российская газета. – №156. – 14.08.1993.

²³ Варавенко В.Е. Решение проблемы обратной отсылки в международном частном праве РФ // Актуальные проблемы юридических наук: сборник статей III Всероссийской научно-практической конференции – Пенза, 2007.



скольку данное решение не соответствует объективным характеристикам ситуации, а также принципам применения иностранного права. И на наш взгляд, отказ от учета содержания и применения коллизионных норм иностранного права является ярким примером абсолютизации «внутригосударственного» аспекта ситуации обратной отсылки, а также грубым нарушением требования уважения суверенитета иностранного государства, выраженного в принципах сотрудничества и суверенного равенства государств. В целом, отечественный законодатель лишь имитирует принятие во внимание «международного» аспекта ситуации обратной отсылки.

Конечно, сказывается отсутствие судебной практики о принятии обратной отсылки. Причина отсутствия такой практики, на наш взгляд, заключается в том, что:

- 1) такие вопросы практически никогда не ставятся в суде;
- 2) не освещаются в решении судов, поскольку они возможно достаточно сложные и судьи просто не указывают на них в своих решениях и, как следствие этому –
- 3) дела, в которых могла бы быть применена обратная отсылка практически не рассматриваются.

Анализируя вышеизложенное подведем итог, нормы, направленные на решение вопроса об обратной отсылке, закрепленные в ст. 1190 ГК РФ достаточно критичны с позиции их практической применимости и результативности, а также с позиции подхода к пониманию ситуации обратной отсылки. И по нашему мнению, решение вопроса относительно обратной отсылки должно опираться на: 1) объективные характеристики обратной отсылки как проблемной ситуации; 2) современное состояние правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, принципы и тенденции развития МЧП.

Список литературы

1. Гукасян. А. А. Обратная отсылка в международном частном праве: некоторые аспекты правового регулирования // Современные проблемы государства и права. Владивосток: Изд-во Дальневосточного университета, 2003. – С. – 373-377.
2. Богуславский М.М. Международное частное право: учебник. – 6-е изд., перераб. и доп. – М.: Норма: Инфра-М, 2010. – 704 с.
3. Варавенко В.Е. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства в контексте унификации коллизионного права // Вестник Российской правовой академии. – 2008. – № 2. – С. – 43.
4. Богуславский М.М. Международное частное право: Учебник. 5-е изд., М.: Юрист. – 2005. – С. – 604.
5. Вводный закон к Гражданскому уложению Германии от 18.08.1896г. (в ред. От 21 сентября 1994г., с последующими изменениями до 31 мая 2005г.) // Гражданское уложение Германии (Бергман В.), начные редакторы. – А.Л. Маковский и другие. – 2-е изд., доп. – М.: Волтерс Клувер. – 2006.
6. Перетерский И. С., Крылов С. Б. Международное частное право. М. – 1940. – С. – 42.
7. Варавенко В.Е. Сравнение доктринальных и законодательных решений проблемы обратной отсылки в международном частном праве России // Сб. материалов II Международная научно-практическая конференция «Образование и наука без границ – 2007». – Белгород, 2007.
8. Белозерцев Е.П. Международное частное право: коллизионное регулирование. М., 2004. – С. – 114-116.
9. Международное частное право: Учеб. Отв.ред. Г.К. Дмитриева. – 2-е изд., М.: ТК Велби, Изд-во Проспект. – 2008. – С. – 157.
10. Канашевский В.А. Международное частное право. М., 2009. – С. – 134.
11. Мандельштам А.Н. Гаагские конференции по кодификации международного частного права. Т. 1. Кодификация МЧП: [Электронный ресурс]. – СЭПС Гарант. – М.: 2004.
12. Ивановский И.А. Опыт новых построений в области частного международного права. – СПб., 1911. – С. – 68-70.
13. Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс». – 2004. – С. – 210.
14. Ануфриева Л.П. Международное частное право. Т. 1. М., 2002; Богуславский М.М. Международное частное право. М., 1974; Бужигаева Т.Е. Международное частное право. М., 2005; Галенская Л.Н. Международное частное право. М., 1983; Звекон В.П. Международное частное право: Курс лекций. М., 2001; Федосеева Г.Ю. Международное частное право. М., 2005.



15. Аничкин А.В. Институт обратной отсылки в современном международном частном праве // Московский журнал международного права. – 2001. – № 1. – С. – 24-29.
16. Марышева Н.И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М., 2007. С. 59-60.
17. Гражданский кодекс РСФСР от 12.06.1964 г. // Ведомости ВС РСФСР, 1964. – № 24. – Ст. 406.
18. Основы гражданского законодательства от 10.04.1962 // Ведомости ВС СССР, 1961. – № 50. – Ст. 525.
19. Международное частное право: современные проблемы. Под ред. М.М. Богуславского. М., 2004. – С. – 176.
20. Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» от 07.07.1993 года № 5338-1 // Российская газета. – №156. – 14.08.1993.
21. Варавенко В.Е. Решение проблемы обратной отсылки в международном частном праве РФ // Актуальные проблемы юридических наук: сборник статей III Всероссийская научно-практическая конференция – Пенза, 2007.

RENOI IN THE THEORY OF INTERNATIONAL PRIVATE LAW

O.V. KOSTINA¹¹

O.R. SHEVCHENKO²¹

Belgorod State University

¹¹ *e-mail: kostov80@rambler.ru*

²¹ *e-mail: kostov80@rambler.ru*

The article deals with the problem of renvoi as a means of conflict rule in international private law. Analyzed in terms of foreign and domestic scientists, acting as the adoption of renvoi, and for its failure, is considered solution to the problem of renvoi in the context of Russian legislation. Reveals several problematic moments of renvoi, it is proposed solutions to address them.

Key words: private international law, conflict rule, renvoi, how to apply conflict rules.