

a) To enlarge the scope of the subjects of ILA, including assistance rendering by the bodies of state notary.

b) Direct relationship between the applicant authority and the authority applied to, and not only through the central bodies of justice, should be used in agreements with the CIS member countries.

c) The list of the grounds for refusal in ILA should be shortened.

d) Further develop the co-operation of the central authority of justice in the sphere of providing with legal information. It would be desirable to envisage in all agreements for legal assistance the duty to provide with the information not only on the legislation, but also on the practice of its application.

e) To enlarge the scope of foreign decisions on civil matters that are to be recognized and executed by way of both encompassing other bodies decisions, except for courts' ones, and applying the norms on the execution to the decisions, if not in force, nevertheless subject to immediate execution in accordance with the law of the forum.

f) To enlarge the practice of recognizing foreign sentences. This position would facilitate the accession of foreign states to conventions, for example, to the European Convention for the International Validity of Sentences on Criminal Cases.

g) All agreements for legal assistance should be supplemented by the rules on the competence of justice authorities. The norms on the competence for particular types of cases may be envisaged together with the general norms of competence. The regulation of these questions in the Convention of CIS of 1993 can serve as a basis.

Now can be traced a tendency in ILA international agreements to widen its rendering and to make its regulation more complicated. At the same time there is a correlation between treaties of different levels with different composition of participants, of different time of conclusion, The determination of this correlation becomes cumbersome not rarely and the application of the universally recognized principles of international law becomes contentious.

When concluding multilateral conventions it is necessary to make certain the positions of the countries, that are participants to a bilateral treaty for legal assistance.

As the correlation of the rules of treaties in the sphere of ILA becomes more complicated, more intense attention must be paid to this question, when preparing to develop draft treaties. The activities for the conclusion of treaties for legal assistance must acquire a system character, must be conducted by all interested departments and include a forecast for several years ahead.

ПОНЯТИЕ «ORDRE PUBLIC» В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

© Ю.Э.Монастырский

ВВЕДЕНИЕ

Одним из следствий реформ в нашем обществе стали перемены во внешнеэкономической сфере, характеризующейся уже не столько межгосударственным уровнем деловых связей, сколько участием в них представителей российского частного капитала. Основной юридической особенностью отношений, которые устанавливаются российскими компаниями и гражданами 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 международном экономическом обороте, принято считать, что иностранный субъект, иностранное имущество либо юридический факт, имевший место за границей, являются предпосылкой для применения иностранных 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».

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.

Необходимость применить иностранный закон вместо российского создает сложности психологического и технического плана у судей. Установление содержания иностранного закона требует дополнительного времени, усилий, средств доказывания.

Цели судебной власти порождают необходимость применять не только свое право. Применение иностранного права создает предпосылки для признания отечественных законов во всех случаях, когда имеют место споры, рассматриваемые в иностранных судах.

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

² Чешир Дж., Норт П. Международное частное право. М., 1979. С. 17.

Иностранные нормы могут быть более свойственны отношениям сторон и изначально приниматься ими во внимание как правила, которые могут более справедливо и эффективно отвечать их ожиданиям.

1. Исходные теоретические начала доктрины «Публичного порядка». История вопроса.

Право различных государств знает ряд случаев, когда действие иностранных законов ограничивается несмотря на указание коллизионной нормы³.

Так называемая доктрина «публичного порядка» (*ordre public*) имеет своей основной целью гарантию 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»⁴.

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, Франции, где в качестве основополагающей воспринималась идея национальности итальянского профессора права Манчини (*Mancini P.*), в Великобритании, ее доминионах, США, Германии и других странах, где придавалось большее значение теоретическим трудам немецкого ученого Савиньи (*Savigny F.*).

Савиньи считал, что правило отыскания применимого право-порядка по природе правоотношения, определяющей 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 неустранимом, но в исключение из правила о том, что каждое правоотношение имеет свою «локализацию»,

³ Норма, разрешающая коллизию (столкновение) законов в пространстве. В российском законодательстве основные коллизионные нормы содержатся в Основах Гражданского Законодательства.

⁴ 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».

т.е. местонахождение в пределах того или иного одного право-порядка.

Школа Манчини, придавшая 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 ограничения 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 поставить вопрос о несовместимости с правом государства суда при применении иностранного законодательства, детально 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 «законов публичного порядка». С другой стороны, имелось в виду, в частности, игнорирование законов 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 хозяйствен-

ной жизни⁵ (Имперский суд. Германия, 1905 г.). Ранее сфера применения публичного порядка очерчивалась настолько широко и настолько явно связывалась с усмотрением судей, психологически способных всегда отдавать предпочтение при разрешении споров прежде всего отечественным законам, что это не могло соответствовать соблюдению принципов международного частного права, основанного на необходимости избирать для применения или учитывать положения иностранных законов. 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 разработала три важных положения, существенно улучшающих представление о публичном порядке. Они носили настолько своевременный, обоснованный характер, что результатами этих достижений воспользовались и последователи, как Манчини, так и 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, значение которого настолько 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 государственных 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, несовместимых, 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, то есть 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 регулирования властно-государственных отношений, поскольку никак не может изменять (ослаблять или усиливать) значимость этих законов, имеющих в основном территориальное действие и находящихся за пределами коллизионного права. И хотя проблема выработки критерия разграничения публичного и частного права в современной науке права остается окончательно неразрешенной, понимание того, что поиск признаков публичного порядка должен проходить только среди частноправовых актов материального права, явилось с точки зрения развившейся доктрины безусловным теоретическим достижением.

Различение публичного порядка и законов публичного права позднее дало толчок формулировке новых определений публичного порядка. Если ранее некоторые ученые определяли сам публичный порядок как законы, оберегающие социальные интересы государства и изданные для пользы государства, что соответствовало свойствам публичного права, то теперь уделялось внимание другим критериям определения законов как законов гражданских. Обоснования необходимости отграничить понятие публичного порядка от понятия публичного права, постепенно, как мы увидим ниже, приводили к смещению акцентов в определениях, и к утрате доминирующего 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 выявляться. Судебная практика давала множество противоречивых примеров использования оговорки о публичном порядке, казалось, не поддающихся обобщению. Ученые находились в тупике и по чисто эмпирическим наблюдениям, когда с одной стороны, явная аморальность иностранного закона (самого по себе) не была достаточна для того, чтобы можно было проигнорировать его применение. 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

⁵ Левитин А.Б. Вопросы публичного порядка в международном частном праве // Проблемы международного частного права. М., 1960. С. 216.

объяснить, почему принудительное осуществление прав из карточного долга либо выигранного пари, в силу примененного в соответствии с фактическим составом отношения иностранного законодательства, не могло санкционироваться судом. Дело здесь идет о сугубо частных интересах взыскателя и должника, а вопрос о том, порождает ли правовые последствия полигамный брак и повлечет ли он имущественные последствия, 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 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 зависит от интенсивности иностранного присутствия в отношениях.

Первое обоснование значения «интенсивности привязки»⁶ приписывают немецкому правоведу Францу Кану (Kahn Ph.). Его тезис, строившийся 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 применением норм и признанием юридических последствий существования необычного иностранного правового института.

3. Особенности теории Публичного порядка в советский период.

Независимо от вышесказанного, в первой половине XX в. понимание правовой сути публичного порядка определялось, в первую очередь, идеологическими соображениями и государственными интересами. В частности, некоторое время содержание публичного

⁶ Брун М.И. Международное частное право. Курс чтений в Московском коммерческом институте. М., 1910-11. С. 116-120. Термин «интенсивность привязки» - вариант перевода Бруна М.И.

порядка диктовалось особенностями социального строя, воспринятого в России после 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, в то же время противоречили основам правопорядка западных стран. В частности, не признавалась 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 г. и 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 лишала судебной защиты любые права, например, возникшие на основе традиционных возмездных сделок, или предпринимательских отношений, если все они запрещались или ограничивались на территории Советского Союза. Таким образом, проводилась политика активного ограничения частной инициативы и предпринимательства, проводившаяся в то время в нашей стране⁷. Впоследствии необходимость в такого рода защитной оговорке стала постепенно исчезать и в советском 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, его экономической основе - социалистической системе хозяйства и социалистической собственности на орудия и средства производства, основным правам и обязанностям граждан, принципам социалистического общества, отмены частной собственности на орудия и средства производства и уничтожения эксплуатации»⁸. С 1991 года категория публичного

⁷ 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.

⁸ Аверин Д.Д. Применение советским судом норм иностранного материального права (Процессуальные последствия неправильного применения гражд.законов и законов о браке и семье иностр.государств) // Вестник Московского университета. Право. 1968. № 2. С. 53.

порядка стала связываться с «основами правопорядка» (ст. 158 Основ ГЗ 1991 г.). Долгое время при проведении политики монополии внешней торговли использовалась оговорка о публичном порядке в позитивном смысле, для особого 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»⁹.

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 лишен той роли, которую он играл на протяжении длительного времени. Во всяком случае, функция защиты национальной правовой системы от действия 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 гораздо меньшую роль в современном нормотворчестве. Вывод о том, что в современных условиях оговорка о публичном порядке должна применяться в еще более узких пределах, очевиден и неоспорим, так как смысл самих формул о несовместимости с «моралью», «основами строя», «добрыми нравами» имеют сегодня в силу объективной ситуации более узкое значение. Ошибочно, однако, считать, что само значение публичного порядка в настоящее время убывает. Наоборот, будучи одним из основных институтов МЧП, упорядочивающего отношения международного экономического оборота, публичный порядок несколько не утрачивает своей основополагающей роли в системе данной отрасли права, но требует своего развития и уточнения в первую очередь на научном теоретическом уровне. Во всех кодифициро-

ванных 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 содержит правило о неприменении иностранных законов, действие которых противоречит публичному порядку, т.е. формулу публичного порядка в негативном смысле. 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. Проблема императивных норм в ее настоящем виде охватывает вопросы применения и публичных, и гражданско-правовых норм, и тогда, когда требуется применить нормы страны суда, а коллизионное право отсылает к другой правовой системе, а также, когда применить нужно 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 случай придания экстерриториальности своим нормам независимо от того, к какому закону отсылает коллизионная привязка.

Как это стало очевидным, свое особое значение институт публичного порядка теперь имеет в сфере признания актов органов власти иностранного государства. Здесь публичный порядок выходит за рамки чисто частноправовых категорий, поскольку основным использованием оговорки является тот результат или те правовые последствия, которые должны пристекать 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 применялись при принятии данного иностранного акта.

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, возникающих из разнонациональных отношений.

При применении некоторых иностранных материальных норм вопрос о действии оговорки о публичном порядке может возникать

⁹ Луц Л.А., Садиков О.Н., Марышева Н.И. Международное частное право. М., 1984. С. 160.

в качестве руководящего начала у судей. Так, все нашедшие воплощение в семейном и наследственном праве религиозные обычаи шариата, противоречащие европейским традициям, например, иски о наказании супруга, наследования в ущерб нетрудоспособным иждивенцам, могут не удовлетворяться судами России, хотя российская коллизионная норма и будет отсылать к праву, которое придает силу закона обычаям, несовместимым с нашим правосознанием.

Законодательство ряда мусульманских стран признает права только законных детей. Поэтому российский суд, рассматривая иск незаконнорожденного ребенка, проживающего в мусульманской стране, к ответчикам, проживающим или имеющим имущество в России, должен будет по общему правилу отказать в предоставлении содержания в силу коллизионного 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 повод не применять 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, по 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 не ограничиваются рамками международного семейного и наследственного

права. 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. Дело в том, что решения, предлагаемые западными правовыми системами, могут противоречить традиционным цивилистическим представлениям в России. Представляется, что вопрос об использовании оговорки о публичном порядке может возникать, в частности, при заявлении иска о возмещении т.н. «чистых экономических убытков третьим лицам», вследствие грубой неосторожности ответчиков, дающих 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, полагаясь на рекомендации 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, основываясь на общих положениях договорного права Германского гражданского уложения, добровольно принял на себя ответственность, даже не будучи стороной в договоре¹⁰.

В английском праве подобная ответственность за информацию и выражение мнений, причинившие чистые экономические убытки, трактуется как деликтная¹¹, независимо от вопросов о правомерности действий, причинивших вред, и причинной связи между совершением действия и возникшим вредом.

Представим на минуту несложную ситуацию: германская компания или английское юридическое лицо заявляет иск в суде России к российскому инвестиционному консультанту, предоставляющему отчеты по договору со своим контрагентом, полагаясь на которые германская компания или английское юридическое лицо произвели 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 обстоятельства, 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 счи-

¹⁰ Фон Бар К. Ответственность за предоставление информации, причинившей «чистые экономические убытки» третьим лицам // Государство и право. 1995. № 7. С. 116.

¹¹ Там же.

таться 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: осудит 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).

Приведенные примеры не являются иллюстрацией необходимости использования оговорки о публичном порядке. 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 гражданства ребенка. Если ребенок - российский гражданин, то, применяя закон мусульманской страны, кардинально отличающийся в вопросах содержания внебрачных детей, российский суд использует 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 применит иностранную правовую норму, не затрагивая и не нарушая при этом прав своих граждан, и не допуская иных несправедливых последствий в пределах своей юрисдикции.

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. В примере с чистыми экономическими убытками имеется больше оснований для применения оговорки о публичном порядке, если только не имелось в виду ориентировать совершение действий, послуживших поводом для заявлений требований (т.е. предоставление отчетов), на внешнеэкономическую сферу. Если оказание услуг инвестиционного консультанта происходило по договору с российской компанией, информация предлагалась для использования только контрагентом по договору, и касалась состояния внутреннего рынка ценных бумаг, то, на наш взгляд, требование на основе иных принципов договорного права и возмещения вреда будет настоящим вторжением в

правопорядок Российской Федерации, не зная 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 затрагивает 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 проблема «интенсивности привязки», то есть, 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.

Смысл ст. 158 Основ ГЗ, устанавливающей, что иностранные законы не применяются, если их применение противоречило бы основам правопорядка (публичному порядку), состоит в том, что при решении вопроса об использовании оговорки о публичном порядке, иностранный закон имеет первичное, но не основное или самостоятельное значение и имеет в виду, что сам результат применения должен анализироваться судом, и что только противоречащий публичному порядку результат такого применения является поводом для отказа использовать иностранную правовую норму. В настоящее время формула о противоречии результата применения носит в значительной мере модельный характер, т.к. она с теми или иными оттенками содержится в законах МЧП различных стран. Во второй редакции параграфа 90 Кодификации конфликтного права США имеется правило о том, что оговорку о публичном порядке применять не следует, если штат (государство) суда не имеет достаточной связи с правом штата (государства), чьи нормы в принципе являются противоречащими публичному порядку штата (государства) суда, т.к. не сами нормы, а результат их применения может сопоставляться с его публичным порядком¹².

Практика судебных органов, все чаще сталкивающаяся с необходимостью защиты тех имущественных интересов (российских или иностранных компаний), содержание которых может определять данная иностранная правовая система и которые обеспечиваются судебной властью в России при применении соответствующих иностранных законов, иллюстрирует, что все теоретические суждения о

¹² Restatement 2nd, par. 90.

пределах применения иностранных законов приобретают сегодня важное прикладное значение. Наряду с проблемами толкования иностранного закона и невозможностью установить его содержание, принятием свидетельских показаний и т.д., в общем виде получившими нормативное решение в России, приходится сталкиваться и с проблемой пределов применения иностранных законов, главным образом связанной с вопросами о публичном порядке, иностранных публично-правовых нормах, а также императивных нормах МЧП. В отечественной доктрине эти проблемы обсуждались, хотя подробно не исследовались. Между тем сегодня большое практическое значение их очевидно.

THE «ORDRE PUBLIC» DOCTRINE IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW

Ju.E.Monastyrsky

Summary

Disputes between parties subject to national jurisdictions of different States may require the application of foreign law. This gives to issues of applicability, determination of content, and admissibility of means for establishing the meaning of foreign laws and interpreting foreign legal standards.

The *Ordre Public* («Public Policy») doctrine seeks to preclude the application of foreign law where it is incompatible with the purposes of domestic law and the principles of equity, «public morality» and others.

While the concept of *Ordre public* has lost none of its legal relevance, it may require further development and elucidation, primarily in terms of its fundamental (theoretical) content.

Its special relevance today concerns recognition (or non-recognition) of acts of another State. Here the concept goes beyond the realm of private law *per se*: applicability of the *Ordre public* clause depends on the result (legal consequences) of an act of authority of another State (e.g., a court decision) irrespective of the substance and meaning of the laws on which such act is based, whether on provisions of public or private law.

Jurists suggest that an important principle limiting the applicability of foreign law is the «intensity of foreign presence». The first substantiation of the «intensity of linkage» principle is attributed to the German jurist Ph.Kahn. Hence the distinction (deemed acceptable in determining the scope of use of the *Ordre public* clause) between, on the one hand, direct (immediate) application of certain «extraneous» standards of foreign law and, on the other full recognition of an authority, a subjective right, a

civil status or a foreign legal institution which, in principle, may be absent from a system of law within which national courts operate.

Any recognition of a foreign subjective right, or any positive treatment of a subjective right arising under foreign law (where such is governed by foreign law in a general fashion, through standards), is theoretical to the extent that any enforcement of such right by a court must be effected through application of law.

On the other hand, property rights arising in connection with marriage or dissolution thereof, or in connection with adoption, or by virtue of a court decision, or in any nationalization of property, or by virtue of a government ban within the territory of a foreign State - do not require any application of foreign legal norms which govern the registration or dissolution of such marriage, or the issuance of such foreign court decision, the effectuation of nationalization, the issuance of the ban, or the approval of adoption, all of them being acts of application of law which the government of another State has no authority to challenge. It would seem that courts and government agencies should focus not so much on recognition (or non-recognition) of a foreign subjective right, but rather on acts of a foreign government which give such right a binding effect of otherwise authorize it.

As a general principle, all acts of a foreign government are accorded recognition unless a law or an international treaty requires otherwise.

The most important are those which in one way or another authorize subjective property rights of define boundaries for their exercise. The concept of «subjective right», as used here, should be taken in its broadest sense to embrace both the entirety of subjective civil rights comprising relations governed by civil law (and whose violation by the bound party affects the holder of such a right *vis-a-vis* a definite party, as a marriage) and those subjective rights which are associated with the subjects' property status.

Subjective rights authorized or limited by a foreign government's non-normative acts addressed to specific entities, have a number of important features which distinguish them from subjective rights deduced from a foreign normative act.

First, the content and boundaries of rights approved by a foreign government authority can be determined by the jurisdictional body, regardless of conflict of law rules.

Second, the consequences of application of foreign law governing subjective rights may be challenged in a court, whereas a foreign government's non-normative act (such as company registration or a court decision) cannot be challenged in another State's court.

Third, for a court, elucidation of a foreign legal norm is an issue of law. A non-normative foreign act, as distinct from the subjective right it approves, is a factual circumstance which a party to a dispute will seek to prove.

Finally, the most important distinction: a foreign legal norm that underlies the legal expectations of the parties to a dispute is accorded application, at least in States of the Roman (Continental) system. Foreign individual-administrative acts are accorded recognition rather than application, thus any subjective rights authorized or circumscribed by such acts are likewise subject to recognition.

In view of the above characteristics of subjective rights, whose legal significance is associated with an act of a foreign government authority, the *Ordre public* clause should have a milder effect in any initiation of proceedings concerning their recognition.

Favorable treatment of subjective rights approved by an act of a foreign government authority is a manifestation of respect for another State's sovereignty, its decisions and actions. Any judgment as to whether such rights are justified should be based not on conflict of laws regulation but rather on the court's determination whether a foreign government was competent to promulgate such an act, or whether the consequences of such an act are material for the case under review. In today's world the legal effect of foreign acts may be challenged on the grounds that their admission would conflict with the exclusive competence of the State's own agencies.

For the purposes of dispute settlement, foreign non-normative acts which give rise to subjective rights or limit them are, in themselves, factual circumstances rather than questions of law. The court cannot be bound by such acts, directed as they are at a limited range of subjects. Elucidating their meaning and significance as facts calls for no legal interpretation or application of law. By the same token, while it would be inappropriate to disregard the operation of acts of a foreign government, one could justifiably assert their irrelevance or immateriality with regard to specific subjective rights (issues of law) which the court may be asked to uphold; the corollary of this would be - non-recognition. In this instance, non-recognition whose scope has been gradually but consistently reduced as society continued to evolve toward integration.

One reflection of this trend is the current wording of the *Ordre public* clause in Russia's new Family Code (Article 167) which, unlike the USSR Fundamentals of Law, contains no reference to non-recognition of acts of civil status deemed to be inconsistent with the principles of the «social system». Consequently the new Family Code does not limit the recognition of marriages between foreign nationals concluded abroad.

Russian law provides for non-recognition of any decision of a foreign court that is in direct contradiction with principles of Russian law. The considerations set forth above prompt the need for greater circumspection in the use of such provision by national courts in the context of a motion for recognition of a foreign court decision, as against a claim based on standards of foreign law. Milder application of the *Ordre public* clause in such instances has found its reflection in the legal doctrine and court practice of a number of foreign States.

НАУЧНЫЕ СООБЩЕНИЯ

МЕЖДУНАРОДНО-ПРАВОВАЯ КОНЦЕПЦИЯ РОССИИ

Доктор юридических наук
© Лукашук И.И.

Формирование международно-правовой концепции России происходит в сложных национальных и международных условиях. Идет процесс определения основ внутренней и внешней политики государства в существенно изменившейся исторической обстановке. Процесс осложнен серьезными экономическими, политическими и иными проблемами в жизни страны. Этим определяется гипертрофированное преобладание внутренней политики над политикой внешней.

В результате, во имя обеспечения поддержки внешней политики со стороны общества, подготовленная Министерством иностранных дел в 1993 г. «Концепция внешней политики Российской Федерации» концентрирует внимание на обеспечении национальных интересов без должного внимания к интернациональным. Между тем сегодня даже могучая держава не в состоянии в одиночку, без сотрудничества с другими государствами защитить свои национальные интересы. Национальные интересы государств прочно связаны с их общими интересами, с интересами международного сообщества в целом.

Для России разработка отвечающей требованиям современности концепции внешней политики имеет особое значение. Она не может позволить себе того, что произошло с Великобританией, о которой Д.Ачесон в свое время сказал, что, потеряв империю, она так и не смогла определить свою роль в мире. Произошедшие изменения настолько существенны, что требуют от других стран разработки концептуальных основ новых отношений с Россией.

При формировании международно-правовой концепции России необходимо учитывать и те существенные изменения, которые произошли в международном праве. Идет процесс становления права международного сообщества, отличительной чертой которого является повышенное внимание к обеспечению интересов международного сообщества в целом.