СКРЫТАЯ ОБРАТНАЯ ОТСЫЛКА КАК ЭФФЕКТИВНЫЙ ИНСТРУМЕНТ ПРИМЕНЕНИЯ КОЛЛИЗИОННЫХ НОРМ В ГЕРМАНИИ

ЩЕКИНА Елизавета Геннадьевна, аспирант кафедры международного частного и гражданского права Московского государственного института международных отношений (Университета) Министерства иностранных дел Российской Федерации, ведущий юрист ПАО «Научно-производственная корпорация «Объединенная вагонная компания»

115184, Россия, г. Москва, ул. Новокузнецкая, 7/11

E-mail: eli-schyokina@yandex.ru

Статья посвящена узкому аспекту института обратной отсылки в международном частном праве — скрытой обратной отсылке. Это правовое явление ранее практически не освещалось в российской литературе и неизвестно российскому законодательству и судебной практике. Между тем скрытая обратная отсылка как эффективный инструмент разрешения коллизионных споров нашла отражение в судебной практике Германии, поэтому автор освещает вопрос в компаративистском ключе, с опорой на немецкую доктрину и судебную практику. Институт скрытой обратной отсылки находится на стыке гражданского процесса и международного частного права: при его использовании судом вопрос применимого права решается на основании иностранных норм о компетенции суда. Такая схема небесспорна, и закрепление ее на законодательном уровне может вызвать ряд критических замечаний, однако автор делает вывод о высокой практической значимости механизма скрытой обратной отсылки и возможности имплементации его в российскую судебную практику. Простота и понятность этой схемы делают возможным ее применение без каких-либо серьезных предварительных теоретических разработок. Однако дальнейшее изучение этого института также представляет интерес для российских исследователей.

Ключевые слова: международное частное право, обратная отсылка, англо-американское право, немецкое право, коллизионное право.

HIDDEN RENVOI AS AN EFFECTIVE INSTITUTE OF APPLICATION OF CONFLICT OF LAWS RULES IN GERMANY

E. G. SHCHEKINA, post-graduate student of international private and civil law chair of the Moscow State Institute of International Relations (University) of the Ministry of Foreign Affairs of the Russian Federation, leading lawyer of the PJSC "NPC "UWC"

7/11, Novokuznetskaya st., Moscow, Russia, 115184

E-mail: eli-schyokina@yandex.ru

The paper considers the so called "hidden renvoi" in international private law, based on the comparative study of Russian and German literature and judicial practice. The purpose of this article is to identify hidden renvoi as an effective mechanism of application of conflict of law rules in order to state the applicable law. Hidden renvoi has never been studied specifically in Russian literature thus it can be said that the author introduces the term "hidden renvoi" for scientific usage in Russia. The author used the following general and specific scientific methods: logical method, analysis, comparative method, technical method, linguistic method etc. Hidden renvoi is a legal phenomenon that combines the aspects of civil procedure and conflict of laws rules: the applicable law is defined by court using the competence rules of foreign state. This mechanism can be applied and used in the judicial practice in Russia since it does not require any prior serious amendments to legislation. However, the ambiguousness and the disputable character of hidden renvoi determines the necessity of further study of this legal institute.

Keywords: International private law, renvoi, Anglo-American law, German law, conflict of laws.

DOI: 10.12737/23523

Обратная отсылка является одной из самых интересных и самых неоднозначных правовых проблем в современном международном частном праве (далее — МЧП). Суть этого правового инструмента состоит в том, что если право государства суда признает обратную отсылку и (или) отсылку к праву третьего государства¹, то, определив примени-

мое право, суд будет руководствоваться в том числе его коллизионными нормами. Соответственно, далее применимым может оказаться правопорядок третьего государства (отсылка к праву третьего государства) или правопорядок государства суда (обратная отсылка). Такая цепочка применения коллизионных норм может выстраиваться до бесконечности, поэтому применение отсылок к праву третьего государства

¹ Отсылка к праву третьего государства в немецкой литературе часто именуется «дальнейшей отсылкой» ("die Weiterverweisung"). См., например: *Kropholler J. Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrens*. 6 Aufl. Tübingen, 2006; *Rauscher Th. Internationales*

Privatrecht: mit internationalem Verfahrensrecht. 4 Aufl. Heidelberg, 2012. Также этот термин используется в немецком законодательстве, в частности в ст. 4 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению (BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061).

часто подвергается критике. Как правильно отмечает А. А. Власов, «в мире нет и не может быть идентичных правовых систем — право есть нормативное выражение культуры каждого народа»².

Гражданский кодекс РФ (ст. 1190) рассматривает любую отсылку к иностранному праву только как отсылку к его материальным (а не коллизионным) нормам, т. е. обратная отсылка запрещена (за исключением личного закона физических лиц).

Своеобразный механизм обратной отсылки — скрытая обратная отсылка — был выработан в Германии. В российской литературе ранее этот вопрос не исследовался. Несмотря на то что российскими авторами в целом достаточно изучен вопрос обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства (так, в трудах Л. А. Лунца представлено подробное исследование зарубежных доктринальных источников и нормативных правовых актов по вопросу обратной отсылки³, Л. П. Ануфриева анализирует институт обратной отсылки и рассматривает принятие обратной отсылки как способ решения проблемы отсылки⁴, В. П. Звеков изучает вопрос пределов и последствий принятия обратной отсылки⁵), вопросу скрытой обратной отсылки внимание ранее практически не уделялось — есть только небольшое упоминание об этом институте у В. Толстых⁶. Российская судебная практика также не знает такого института.

В Германии как в государстве — члене Европейского Союза прямое непосредственное действие имеют нормы регламентов ЕС⁷, которые содержат исключение обратной отсылки: европейское законодательство устанавливает, что применяются только материальные положения применимого права.

Однако Вводный закон к Германскому гражданскому уложению⁸ (далее — Вводный закон) в ст. 4 допускает и обратную отсылку, и отсылку к праву третьего государства: «Если указывается на право другого государства, то применяются, в том числе, положения его международного частного права в той

степени, в какой это не противоречит смыслу отсылки. Если право иностранного государства отсылает к немецкому праву, применяются материальные положения немецкого права». Противоречия с нормами ЕС здесь нет, так как ст. 3 Вводного закона оговаривает применение в первую очередь регламентов ЕС. Таким образом, на территории ЕС нормы об обратной отсылке не применяются: отсылка к праву другого государства предполагает отсылку к его материальным нормам.

Ситуация усложняется, когда немецкое право отсылает к нормам государств, не являющихся членами ЕС. На них не распространяется действие регламентов ЕС, следовательно, отсылка может быть здесь применена. При этом, как указывал Я. Кропхоллер⁹, возможны ситуации, когда немецкое коллизионное право отсылает к праву государства — не члена ЕС, а оно, в свою очередь, к праву третьего государства — члена ЕС. То есть в результате суд использует отсылку к праву государства ЕС, что недопустимо в силу действия регламентов ЕС.

Если право третьего государства отсылает обратно к немецкому праву, такой проблемы не возникает — немецкое право просто принимает обратную отсылку и решает спор исходя из норм материального права Германии.

Учитывая это, немецкая судебная практика выработала оригинальную концепцию применения *lex fori* немецкими судами — концепцию так называемой скрытой обратной отсылки (*versteckte Rückverweisung / versteckter Renvoi*).

Скрытая обратная отсылка основывается, в первую очередь, на скрытых коллизионных нормах. Суть этого явления в том, что иногда коллизионная норма в качестве общего правила закреплена в завуалированном виде в норме частного характера. Интересный пример такой нормы приводит Я. Кропхоллер: в старой редакции Вводного закона к ГГУ была ст. 38, которая гласила, что в случае если гражданин Германии совершил деликт за рубежом, то в отношении этого гражданина Германии не могут быть заявлены никакие другие требования, помимо тех, которые предусмотрены законами Германии¹⁰. Таким образом, по мнению автора, косвенно устанавливается общее правило, согласно которому требования из деликтов в целом подчиняются праву места причинения вреда (при этом, однако, в отношении граждан Германии эти требования не могут выходить за рамки, установленные немецким законодательством).

Чаще всего к скрытым коллизионным нормам немецкий суд обращается в случае применения при рассмотрении спора англо-американского права.

Как правило, в странах англо-американской системы права суды применяют при рассмотрении дел ма-

² Власов А. А. Зарубежный гражданский процесс: краткий учебный курс. М., 2008. С. 8. См. также: Власов А. А. Гражданский процесс: учебник и практикум. 8-е изд. М., 2015.

³ См.: Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 1973.

⁴ См.: Ануфриева Л. П. Международное частное право: в 3 т. М., 2002.

⁵ См.: Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.

⁶ См.: Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004 (гл. 2, пар. 2.4).

⁷ Подробнее см., например: Современное международное частное право в России и Евросоюзе / под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. Кн. 1. М., 2013. С. 182, 188.

⁸ BGBl. I S. 2494; 1997 I S. 1061.

⁹ См.: Kropholler J. Op. cit.

¹⁰ Ibid. S. 108.

териальные нормы *lex fori*. При этом и возможность рассмотрения дела в американском суде, и применение норм американского права ставятся в зависимость от domicilia сторон¹¹: если стороны спора домицилированы в государстве рассмотрения спора, спор может быть рассмотрен местным судом с применением норм страны суда; если domicilia сторон находится за границей, суды государства, в который обратились стороны, некомпетентны, и, соответственно, право этого государства неприменимо.

В этом контексте выработанный немецкой судебной практикой принцип *скрытой обратной отсылки* заключается в следующем: немецкий судья не может утверждать, что в случае, изложенном выше, иностранный суд, в который обратились бы стороны, применит немецкое право. Однако если domicilia сторон находится в Германии, то немецкий судья может быть уверенным в том, что с точки зрения норм процесса иностранного государства (в частности, США) немецкий суд будет признан компетентным. Соответственно, следуя логике иностранного законодателя, немецкий суд может применить *lex fori*. Таким образом, применение немецкого права отвечает смыслу иностранного права, а немецкий суд предполагает, что иностранное право содержит коллизионную отсылку к немецкому праву¹².

То есть в ситуации, когда домицилированные в Германии стороны обратились в немецкий суд, а обстоятельства дела таковы, что коллизионное право Германии отсылает, например, к праву США (одного из американских штатов), суд может применить материальное право Германии. При этом в качестве нормативной основы суд использует ст. 4 Вводного закона (которая допускает обратную отсылку) и принцип скрытой обратной отсылки.

В немецкой практике и доктрине предполагается¹³, что любой правопорядок содержит нормы МЧП, даже если они не кодифицированы — применяя свое материальное право, иностранные суды фактически применяют нормы МЧП. И если немецкое коллизионное право указывает на применение такого правопорядка, «встречная» норма этого правопорядка совершенно необязательно будет коллизионной в традиционном понимании этого слова.

Как указывает Т. Раушер, скрытая обратная отсылка называется «скрытой», поскольку она «спрятана» в норме о подсудности¹⁴. Важным является при этом то, что сама по себе компетенция немецких судов должна определяться не по иностранному процессуально-

му праву, а по немецкому. Однако при установлении скрытой обратной отсылки подсудность устанавливается именно в соответствии с иностранными нормами о компетенции.

Здесь необходимо оговориться, что в немецкой доктрине (Раушер, Кропхоллер, Шрёдер и др.), рассуждая о компетенции судов, авторы пользуются термином “Zuständigkeit”, который в немецком языке может обозначать и подсудность, и подведомственность, и компетенцию. Однако правильно здесь говорить именно о компетенции суда как о совокупности всех его правомочий¹⁵, отнесении спора к ведению судов определенного государства, а не какого-либо конкретного органа на его территории.

Схема скрытой отсылки выглядит, безусловно, очень элегантно — немецкий суд одновременно обходит запрет на обратную отсылку, установленный нормами регламентов ЕС, и избегает применения иностранного (в частности, американского) права, которое для самого суда не всегда удобно.

Очевидный минус этой схемы заключается в том, что у немецкого суда есть большой соблазн применить скрытую обратную отсылку к немецкому материальному праву там, где правоотношение связано с материальным правом США, — в споре с иностранным элементом не всегда возможно однозначно определить «наиболее тесную связь».

Так, Высший суд Берлина в одном из дел постановил применять материальное право Германии на основании скрытой обратной отсылки даже с учетом того, что стороны имели domicilia в США (Массачусетс)¹⁶. Спор возник из-за имущества, приобретенного и находившегося на территории Германии. Немецкий суд был компетентен рассматривать данный спор: согласно § 23 Гражданского процессуального уложения Германии¹⁷ имущественные споры относительно имущества в Германии (при условии, что ответчик не имеет в Германии постоянного места проживания) компетентен рассматривать суд того района, где территориально находится имущество.

Аналогичные положения есть и в американском законодательстве — например, § 2614 Свода Законов США закрепляет юрисдикцию судов в отношении имущества, которое находится в том же районе, что и суд. То есть и с точки зрения законодательства США немецкий суд был компетентен рассматривать спор, а значит, скрытая обратная отсылка здесь возможна.

Скрытую обратную отсылку можно рассматривать и как дополнительный механизм противодей-

¹¹ Соответствующие нормы есть, например, в Своде Законов США (USC) — ст. 1332 Diversity of citizenship. URL: <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/28/1332> (дата обращения: 08.06.2016).

¹² Подробнее см.: Kropholler J. Op. cit. S. 179—181.

¹³ См.: Rauscher Th. Op. cit. S. 93.

¹⁴ Ibid. S. 94.

¹⁵ Подробнее см.: Гражданский процесс Российской Федерации / под ред. А. А. Власова. М., 2003 (гл. 11—12).

¹⁶ См. решение Высшего суда от 5 марта 2007 г. по делу 16 UF 166/06.

¹⁷ BGBl. IS. 3202; 2006 IS. 431; 2007 IS. 1781; 2016. IS. 396.

ствия злоупотреблению сторонами выбора права¹⁸. Это особенно актуально для российских судов, которые все чаще сталкиваются с формальной необходимостью применения права так называемых офшорных юрисдикций. Если правоотношение по сути не связано с иностранным правом, у российского суда все же есть возможность разрешить спор по российскому праву, однако эта возможность ограничена п. 2 ст. 1186 (невозможность установить иностранное право) и п. 3 ст. 1191 (содержание иностранного права не было установлено в разумный срок) ГК РФ. Однако, опираясь на эти статьи ГК РФ, суд сталкивается с критериями «наиболее тесной связи» и «разумного срока», толкование которых не всегда однозначно. Скрытая же обратная отсылка является четким и логичным механизмом, использование которого позволяет применить к правоотношению российское право там, где это необходимо, что в итоге ведет к ускорению процесса и способствует процессуальной экономии.

Более того, скрытая обратная отсылка не противоречит положению п. 1 ст. 1190 ГК РФ, поскольку она не предполагает наличия в иностранном праве коллизионной нормы. Формально применяются материальные положения применимого иностранного права, поэтому расхождения с российским законодательством нет.

Еще одну особенность скрытой отсылки выделяет Т. Раушер (опираясь на ряд комментариев к Вводному закону) — возможны ситуации, когда компетентны суды нескольких государств (в частности, Германии и еще какого-либо государства). На этот счет есть две точки зрения. Первая (Штаудингер, Р. Хаусман) заключается в том, что немецкое право может принять скрытую обратную отсылку, исходя из того, что по компетенции немецкие суды всего лишь конкурируют с иностранными. Учитывая, что они также компетентны рассматривать спор, то и немецкое право может быть применено. Вторая точка зрения (Х.-Г. Бамбергер, Х. Рот, К. Лоренц) заключается в том, что в такой ситуации однозначная коллизионная норма отсутствует, поэтому первоначальная отсылка немецкого права представляет собой отсылку к материальному праву иностранного государства¹⁹. Более распространенной и при-

нятой в немецкой практике является, разумеется, первая позиция.

Д. Лоошельдерс указывает на то, что в случае альтернативной подсудности решение спора аналогично ситуации с альтернативными привязками — есть выбор между равнозначными вариантами. Однако если дело рассматривает немецкий суд и он признает себя компетентным, то он может применить только немецкое право — т. е. выбор права обусловлен тем, какой суд будет признан компетентным²⁰.

На самом деле этот вопрос носит, скорее, теоретический характер. На практике скрытая обратная отсылка возникает почти всегда при участии в деле права США. Англо-американское право предполагает, что суд компетентен, если домициль сторон находится в соответствующем государстве. При этом домицилем признается правовая связь, которая создается между человеком и конкретной территорией²¹, правовая концепция дома²² и т. д. То есть домициль у лица может быть только один. Соответственно, если домициль хотя бы одной из сторон — в Германии, то немецкий суд может быть признан компетентным²³ и вопрос «альтернативной подсудности» здесь отпадает.

Так, суд Штутгарта в одном из дел (сторонами являлись граждане Шри-Ланки) постановил, что развод будет происходить по праву Германии в случае, «если хотя бы одна из сторон имеет в Германии “домициль” в английском смысле»²⁴.

Спорным представляется и вопрос отсылки к праву третьего государства — может ли она, как и обратная отсылка, быть «скрытой» в нормах о подсудности другого государства. В. Шрёдер на этот счет дает отрицательный ответ²⁵. Если речь идет, в частности, об американских нормах о подсудности, то компетентность суда третьего государства (к которому предполагается дальнейшая отсылка) является залогом признания этого решения в США. Однако в таком случае любое решение суда, который не является компетентным с точки зрения американских норм о компетенции (в данном случае немецкого), априори не имеет юридической силы в США. Поэтому отсылка к праву третьего государства на основании принципа скрытой отсылки невозможна.

²⁰ См.: Looschelders D. Internationales Privatrecht: Art. 3—46 EGBGB. Berlin; Heidelberg, 2004.

²¹ См. прецедент *Lea v. Leas*, 28 N. J. Super. 290 (Ch.Div. 1953).

²² См. прецедент *Shreveport Long Leaf Lumber Co. v. Wilson*, 38 F. Supp. 629, 631 (D. La. 1941).

²³ По ст. 1332 п. 2 U. S. Code американские суды рассматривают споры между гражданами США и иностранными гражданами.

²⁴ Решение суда Штутгарта от 6 июля 2004 г. по делу 17 UF 69/04.

²⁵ См.: Schröder V. Die Verweisung auf Mehrrechtsstaaten im deutschen Internationalen Privatrecht. Tübingen, 2007.

¹⁸ Подробнее см.: Канашевский В. А. Офшорные компании: особенности участия в гражданском обороте // Закон. 2012. № 9; Кривенко С. Г. Использование офшорных компаний в целях проведения сомнительных финансовых операций и правовые риски контрагентов данных компаний // Национальная безопасность. 2013. № 1. С. 179—184; Концепция развития гражданского законодательства Российской Федерации (одобрена Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства 7 октября 2009 г.), п. 1.9.

¹⁹ См.: Rauscher Th. Op. cit. S. 94—95.

Что касается скрытой обратной отсылки, она является, скорее, частным случаем, принимая решение по которому немецкий суд должен тщательно взвесить все последствия вынесения решения.

Аналогичную позицию занимает Т. Раушер: в случае если немецкий суд признается некомпетентным по праву, определенному немецкими коллизионными нормами, то правило о скрытой отсылке никак не поможет в разрешении спора. Это связано с тем, что основная идея обратной отсылки не в том, чтобы применить право компетентного суда, а в том, что компетентный суд решает вопрос по своему материальному праву.

В целом можно говорить, что скрытая обратная отсылка представляет собой уникальный инструмент применения коллизионных норм, выработанный немецкой судебной практикой. Обратная отсылка, хотя и тесно связана с деятельностью суда по применению и квалификации коллизионных норм, относится все

же к институту частного права. В немецкой практике она представляет собой особенный институт, находящийся в пограничной области на стыке международного частного права и гражданского процесса.

Как уже упоминалось в начале статьи, российской судебной практике институт скрытой обратной отсылки неизвестен. Говорить о необходимости или возможности его внедрения в систему права в России на официальном законодательном уровне, безусловно, не стоит — это практическая схема, касающаяся техники применения обратной отсылки, возможность ее применения должна оцениваться судом в каждом конкретном случае.

В то же время схема эта довольно проста и не требует серьезной законодательной подготовки для ее применения. Напротив, механизм скрытой обратной отсылки в определенных случаях мог бы работать в российской судебной практике так же успешно, как и в немецкой.

БИБЛИОГРАФИЧЕСКИЙ СПИСОК

- Kropholler J. Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrens. 6 Aufl. Tübingen, 2006.
- Rauscher Th. Internationales Privatrecht: mit internationalem Verfahrensrecht. 4 Aufl. Heidelberg, 2012.
- Schröder V. Die Verweisung auf Mehrrechtsstaaten im deutschen Internationalen Privatrecht. Tübingen, 2007.
- Ануфриева Л. П. Международное частное право: в 3 т. М., 2002.
- Власов А. А. Гражданский процесс: учебник и практикум. 8-е изд. М., 2015.
- Власов А. А. Зарубежный гражданский процесс: краткий учебный курс. М., 2008.
- Гражданский процесс Российской Федерации / под ред. А. А. Власова. М., 2003.
- Звеков В. П. Коллизии законов в международном частном праве. М., 2007.
- Канашевский В. А. Офшорные компании: особенности участия в гражданском обороте // Закон. 2012. № 9.
- Кривенко С. Г. Использование офшорных компаний в целях проведения сомнительных финансовых операций и правовые риски контрагентов данных компаний // Национальная безопасность. 2013. № 1.
- Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3 т. М., 1973.
- Современное международное частное право в России и Евросоюзе / под ред. М. М. Богуславского, А. Г. Лисицына-Светланова, А. Трунка. Кн. 1. М., 2013.
- Толстых В. Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб., 2004.