HEINONLINE

Citation: 20 Am. J. Comp. L. 290 1972

Content downloaded/printed from
HeinOnline (http://heinonline.org)
Thu Sep 29 09:53:05 2011

-- Your use of this HeinOnline PDF indicates your acceptance of HeinOnline's Terms and Conditions of the license agreement available at http://heinonline.org/HOL/License

-- The search text of this PDF is generated from uncorrected OCR text.

-- To obtain permission to use this article beyond the scope of your HeinOnline license, please use:

https://www.copyright.com/ccc/basicSearch.do?
&operation=go&searchType=0
&lastSearch=simple&all=on&titleOrStdNo=0002-919X

Comments

THE GERMAN CONSTITUTIONAL COURT AND THE CONFLICT OF LAWS

*Friedrich K. Juenger**

Of all Actions of a man's life, his Marriage does least concern other people, yet of all Actions of our Life, 'tis most meddled with by other people. John Selden

On May 4, 1971, the First Senate of the German Constitutional Court decided that the application of a rule of Spanish law, which would have precluded the marriage of an alien to a German woman, violated the Basic Law of the Federal Republic of Germany.

At issue was the refusal by the president of the *Oberlandesgericht Hamm,* an intermediate appellate court, to grant a waiver necessary to enable José, a Spaniard, to wed Hilde, a German divorcee. His decision was sustained by the intermediate appellate court on the ground that Spanish law, invoked by a German conflicts rule, does not recognize the woman's German divorce from her former German husband. The Constitutional Court reversed, holding that the constitutional rights of the prospective spouses had been infringed.[1]

The Problem Before the Court

An alien who wishes to marry in Germany is required to produce a certificate, issued by the authorities of his home country, to the effect that no impediments exist according to that country's law.[2] This requirement can be waived by the president of the intermediate appellate court at the place of celebration. Such a waiver is necessary, in particular, where the authorities of the alien's home country lack power to issue the certificate of capacity.[3] In granting the waiver, the court of appeals' president must observe the choice-of-law rule contained in art. 13, para. 1 of the Introductory Law to the German Civil Code. According to this provision, the eligibility of the parties to marry is determined by reference to the national law of each of the spouses. Despite the word "each," art. 13, para. 1 has been interpreted

* Professor of Law, Wayne State University.

1. Decision of 4 May 1971, 31 BVerfGE 58; NJW 1971, p. 1509.
2. Ehegesetz § 10, para. 1.
3. See Ehegesetz § 10, para. 2. Spain does not issue certificates of capacity.

to include "bilateral impediments." That is to say, the couple cannot be married if the national law of either party would prohibit the union for reasons inherent in the person of the other.[4]

Carrying this interpretation to the limit of its logic, the *Bundesgerichtshof* (the court of last resort in civil matters) had previously held that Spaniards may not wed German nationals whose prior German marriage was dissolved by a German divorce. Why? Because Spain prohibits its citizens from marrying, in Spain or elsewhere, foreign divorcees, even though the latter never had any contact with Spain and were validly divorced in their home country.[5] Not content to rest this result on "first principles of legal thinking," the *Bundesgerichtshof* adduced policy grounds, reasoning that the German choice-of-law rule was designed to assure that a marriage contracted in Germany will be recognized everywhere and to prevent that the foreign spouse could escape the bonds of matrimony by returning to his home country. Thus, the rule would protect the German consort against legal difficulties which could endanger his or her rights as well as the rights of children of such a marriage. The court took the position that the right to marry, guaranteed by the Basic Law, could be exercised only within the framework of the laws, including any foreign law invoked by German conflicts rules. It argued that foreign citizenship of one of the prospective spouses implies that the marriage is designed to have effects outside the territory in which the Basic Law is operative. In that event, the foreign rules should not be tested against German constitutional principles even if the marriage has strong contacts with Germany.[6] Later decisions of the court, which dealt with other aspects of family law, said that constitutional guarantees are relevant only in assessing the compatibility of foreign law with German public policy under the fairly narrow circumstances of art. 30 of the Introductory Law to the German Civil Code.[7] In other words, the *Bundesgerichtshof* maintained that constitutional review presupposes the applicability of German law so that, in effect, the German conflicts rules would define the personal and territorial reach of constitutional law as well as private law. Only if fundamental constitutional principles were endangered could public policy bar the application of a foreign rule.

4. To illustrate: an epileptic Frenchman, with full capacity to marry according to French law, could not marry a Swedish woman because Swedish law considers epilepsy a bilateral impediment and prohibits the marriage to epileptics. In contrast, the usual example of a unilateral impediment is lack of legal age. Thus, a German could marry a 14 year old Greek girl who, under Greek law, has capacity to marry. See generally 1 E. Rabel, *The Conflict of Laws* 292-94 (2d ed. U. Drobnig, 1958).

5. Decision of 14 July 1966, 46 BGHZ 87; decision of 12 Feb. 1964, 41 BGHZ 136.

6. Decision of 12 Feb. 1964, 41 BGHZ 136.

7. See decisions of 18 June 1970, 54 BGHZ 132, 140; 29 Apr. 1964, 42 BGHZ 7, 12-15. In the decision of 17 Sep. 1968, 50 BGHZ 370, the court relied on art. 30 of the Introductory Law and refused to apply a provision of the Italian Civil Code which would have precluded legitimation by subsequent marriage of children born as the result of the adulterous relationship of their Italian father with a married German woman.

This decisional law, on which the lower court in the instant case had relied, was cogently criticized by some, but approved by a majority of German legal commentators. It left Spaniards who courted German divorcees with three choices: to abandon the relationship, to live in sin, or to evade German law. Those ready to take a brief trip in search of eternal bliss usually celebrated their nuptials in Denmark, a country fairly liberal in disregarding unreasonable foreign impediments. After a pioneering German attorney and his Spanish bride chose Tonder as their Gretna Green, the name of this town became a synonym for a haven serving brides and grooms from no-divorce countries (*Tondern-Ehen*). Quantitatively, the problem proved to be significant because of the many foreigners who live and work in Germany. While these Tonder marriages were said to be "void," according to the general German rule defective marriages subsist as long as they have not been declared invalid by judicial decree.[8] Thus, as a practical matter, the rites performed in Denmark led to unions effective in Germany.

Counsel in the instant case deserves credit for refusing to travel the easy route. The vindication of his views by the Constitutional Court resolved not only the problem of his clients and all others similarly situated, but seems to insure unassailable marital bliss to those who had escaped the rigors of the prior German-Spanish bilateral practice by a wedding north of the border.[9] Moreover, the Constitutional Court's decision obviated the immediate need for correcting judicial precedent through legislation[10] or treaty.[11]

The Opinion

The Constitutional Court reasoned as follows:

Art. 6, para. 1 of the Basic Law, consistent with international accords,[12] protects the freedom to marry of both citizens and aliens. Failure to issue the necessary waiver violates the constitutional rights

8. Ehegesetz § 23 provides:
No one may invoke the invalidity of a marriage until such marriage has been declared void by judicial decree.

9. The Court, implicity, may have also laid to rest the problems, bothersome to German courts and commentators, which result from the Spanish requirement that Catholics, wherever they may marry, must do so in church. In the instant case, José had left the Catholic Church.

10. See G. Kegel, in 7 Soergel-Siebert, *Bürgerliches Gesetzbuch* annots. 23-24 to art. 13 of the Introductory Law to the German Civil Code, at 378 (10th ed. 1970). These proposals were deferred because of pending efforts, see note 11 infra, to resolve the problem internationally.

11. Cf. Hague Convention on Recognition of Divorces and Legal Separations art. 11. The Constitutional Court referred to the pertinent proposals of the Hague Conference on Private International Law and of the Commission Internationale de l'Etat Civil (C.I.E.C.), as well as to the German legislation set forth in G. Kegel, supra note 10.

12. The opinion cites art. 12 of the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms of 4 Nov. 1950; art. 16, para. 1, first sentence, of the International Declaration of Human Rights adopted by the United Nations General Assembly on 10 Dec. 1948; and the preamble of the United Nations Convention on Marriage of 10 Dec. 1962.

of the prospective spouses, unless such refusal can be justified by rules which are compatible with art. 6, para. 1 and constitutional as applied. It would be misleading to say that this fundamental human right could only be exercised within the limits of the law. While it is true that the constitution presupposes the existence of rules (foreign or domestic) which establish the conditions under which parties may marry, such as age, consent and form, and that the legislature has substantial discretion in defining these prerequisites, overly strict or overly lenient requirements or the specific application of a given rule may impair the constitutional guaranty.

The application of constitutional provisions is not limited to instances in which German local law applies. Rather, both German conflicts and foreign substantive law are subject to constitutional review. The argument advanced by the *Bundesgerichtshof* and legal scholars that the German conflicts rules circumscribe the spatial reach of constitutional guarantees is incompatible with the supremacy of the Basic Law. The personal and territorial scope of constitutional norms cannot be determined by the legislature but should be ascertained from the Constitution itself by means of "normal processes of interpretation." Nor could it be argued that to review the constitutionality of foreign law would invariably amount to an undue interference with foreign legislatures bound only by their own constitutions: no general censorship of foreign law is involved, but merely the question whether the application of a foreign rule by German authorities in a specific case produces an unconstitutional result. The Court dismissed as unfounded the fears expressed by the *Bundesgerichtshof* that this review might violate international law. Art. 25 of the Basic Law, which incorporates the general rules of international law into German municipal law, would not compel unlimited application of foreign rules to transactions with foreign contacts, nor would the Basic Law imply that constitutional freedoms must yield to the claims of foreign legal systems.

The Court also rejected the contention that its decision might put the German conflict of laws out of joint. Not only would constitutional violations be unlikely in many areas of conflicts, but there are limits on the reach of German constitutional law. A reasonable interpretation could permit differentiations according to how closely a transaction is connected with a foreign legal system. The task of the Court in circumscribing the reach of constitutional norms should not be unduly burdensome, since it would not differ essentially from normal constitutional interpretation. Nor would certainty and predictability suffer, considering that German courts and legal writers performed a comparable task when they developed a body of conflicts law from fairly limited statutory provisions.

Applying these considerations to the facts at hand, the Court held that art. 13, para. 1 of the Introductory Law to the German Civil Code in and of itself does not violate constitutional guarantees. The reference to the legal system to which a person owes allegiance and with which he is presumably most familiar would seem to accord with

the interests of the prospective spouses. Nor could the idea of protecting the stability of marriages be faulted. It is true that the application of two sets of laws, required by art. 13, para. 1, may impose upon a German party rules enacted without the controls afforded by German constitutional safeguards, and the cumulation of requirements, in particular in the case of bilateral impediments, may prove more restrictive than German law. Still, reference to the national laws of the parties is not generally unreasonable *per se*.

However, application of the non-recognition rule of Spanish law did violate art. 6, para. 1 of the Basic Law. As evidence for this proposition the opinion mentions the disparity of a German official denying the bride's capacity to marry, while the very same official is required to honor the dissolution of her marriage for all other purposes.[13] The Court stated that the capacity of a German woman to marry, accorded to her by German law, may not be impaired by recourse to foreign public policy notions which are incompatible with German constitutional and private law. To counter the reproach that it would thereby impose German value judgments upon foreign law, the Court observed that the problem was, on the contrary, to repel a foreign imposition, considering that both the prior marriage and its dissolution were related exclusively to Germany. Spain could not make a prior German marriage indissoluble.

The opinion then proceeds to demolish the argument that the impairment of the freedom to marry could be justified as a necessary measure for the prevention of limping marriages. The peculiar value judgments of one foreign system could not support the refusal to marry parties whose status will be recognized in practically all other countries. The desideratum of uniformity, largely unattainable in the conflict of laws anyhow, would conflict with the necessity of uniform evaluation of the divorcee's status. With a touch of irony, the Court observed that, in any event, protection should not be foisted upon the spouses against their will; just as the government may not prevent marriages which, because of extreme age differences, character deficiencies, prior marital misconduct or other reasons, appear doomed or endangered. Moreover, a limping marriage would be preferable to illicit cohabitation, because it avoids the stigma of illegitimacy and entitles wife and children to support, inheritance rights and governmental benefits.[14]

In remanding the case, the Constitutional Court suggested several alternatives for reaching a constitutional result. The subsistence

13. Another paradox was asserted by counsel: Hilde's first marriage before a German registrar would be considered valid in Spain only because she and her former husband were Protestants, and therefore a religious ceremony was not required. According to Spanish law, had she been a Catholic, Hilde would have been free to marry José because her prior civil marriage would not be recognized.

14. One might add that in the hypothetical event of a Spaniard eager to retreat to his native shores, his spouse would enjoy a certain degree of protection because the husband might have to face prosecution for bigamy in his home country.

of the prior marriage might be considered as a separate issue not governed by art. 13, para. 1 of the Introductory Law, but by German local law. Or the intermediate appellate court could apply the conflicts rule but exclude the application of Spanish law to the extent that it violates German constitutional guarantees. In that event, these guarantees might either be viewed as a direct restriction upon the application of foreign law, or as activated by the public policy reservation contained in art. 30 of the Introductory Law, which provision would then become the point of ingress for constitutional rights into the conflict of laws.

Some Observations

Apart from the obvious importance of the decision to Spaniards betrothed to German divorcees, the prestige of the tribunal and the novelty of its approach assure, at the very least, that the case will prompt scholarly comment. One can anticipate a reaction, both to the specific holding and to the larger implication, of the opinion, as fervid as that of American writers to certain symposiogenic state court cases.[14a]

Indeed, there seems to be some common ground with trends in American conflicts law. Surprisingly, the issue of constitutional review of foreign law has not attracted much attention here,[15] even

14a. A symposium on the present decision will in fact appear in the forthcoming issue of *RabelsZ*. Ed.

15. In cases dealing with the enforcement of foreign judgments, one comes across language suggesting that the jurisdiction asserted by the courts of a foreign nation must measure up to due process standards. See Falcon Mfg. (Scarborough), Ltd. v. Ames, 53 Misc.2d 332, 278 N.Y.S.2d 684 (S.Ct. 1967). But such language may simply express the thought that a foreign judgment will not be recognized unless domestic jurisdictional standards are met. Cf. Cherun v. Frishman, 236 F.Supp. 292 (D.D.C. 1964); Uniform Foreign Money-Judgments Recognition Act § 4.

In the area of choice of law, authority is scant. The Supreme Court, in a rarely discussed case, held that a Canadian statute met the standards of both the Canadian and the United States constitutions. Canada S.R.R. v. Gebhard, 109 U.S. 527 (1883). But see Estate of Bednarowicz v. Vetrone, 400 Pa. 385, 162 A.2d 687 (1960). Judge Desmond, in Kilberg v. Northeast Airlines, 9 N.Y.2d 34, 172 N.E.2d 526, 211 N.Y.S.2d 133 (1961), cited a provision of the New York Constitution as evidence of a "strong, clear, and old public policy" which would preclude the application of a sister-state statutory rule. The scholars did not take him seriously, even though more recent judicial pronouncements indicate that the relevance of a state constitution to choice of law is still an open question in New York. Compare Miller v. Miller, 22 N.Y.2d 12, n. 2 at 17, 237 N.E.2d 877, n. 2 at 881, 290 N.Y.S.2d 734, n. 2 at 739-40 (1968) (Keating, J.), with id. n. 1 at 27, 237 N.E.2d n. 1 at 886, 290 N.Y.S.2d n. 1 at 746 (Breitel, J., dissenting).

Two diversity cases, which escaped the attention of conflicts commentators, dealt with the issue in the context of the United States Constitution. They held that the Indiana rule barring the wife's recovery for loss of her husband's consortium, a rule which was invoked by the conflict law of the forum, violated the equal protection clause of the fourteenth amendment. Karczewski v. Baltimore & O.R.R., 274 F.Supp. 169 (N.D. Ill. 1967); Owen v. Illinois Baking Corp., 260 F.Supp. 820 (W.D. Mich. 1966). The District Courts filled the void with federal common law. Quaere: what if the forum's

though American courts have often talked in terms of the local law theory.[15a] But the opinion also raises the familiar problem of overly broad claims of "legislative jurisdiction," which in this country is believed to have due process implications.[16] Moreover, it comports with recent American thinking that a court should look at the content and policy of potentially applicable foreign law. This approach, as opposed to one which relies on "mechanical" rules, is of course the prime ingredient of governmental interest analysis. The opinion, although not couched in these terms, bears further resemblance to this modern methodology because of the assertion that the spatial reach of norms can be ascertained by "ordinary processes of construction and interpretation."[17] In fact, the situation before the Court could be used as a handy hypothetical to demonstrate a true (or, depending on the analyst's predilections, a false) conflict in an international setting. In this connection it might be noted that the German Constitutional Court used the approach to avoid a rule premised on the nationality principle, while interest analysis in this country tends to cut against territorialist bias.

It is difficult to predict what the practical impact of the instant decision will be. The injection of constitutional law into a discipline, believed by some to be composed of colorless neutral principles, might provoke a reconsideration of German conflicts rules and doctrine. The compatibility of German domestic-relations conflicts rules favoring the national law of the male[18] with art. 6, para. 3 of the Basic Law, which provides for equality of men and women, has long been a bone of

---

conflicts rule had pointed to the law of a foreign country? See G. Kegel, supra note 10, annots. 22-23 to art. 30 of the Introductory Law to the German Civil Code, at 774. But see authorities cited note 16 infra. Compare Bernstein v. Van Heyghen Freres S.A., 163 F.2d 246 (2d Cir.), cert. denied, 332 U.S. 772 (1947), with Bernstein v. N.V. Nederlandsche Stoomvaart-Maatschappij, 210 F.2d 375 (2d Cir. 1954).

The specific problem with which the German Constitutional Court had to cope will hardly cause any difficulty in the United States where marital capacity is determined either by the *lex loci celebrationis* or the domicile. But cf. Regina v. Brentwood Superintendent Registrar of Marriages, [1968] 2 Q.B. 956; Restatement (First) of Conflict of Laws § 132(d) (1934). In any event, the vigilance of state officials in this country is such that problems of this kind will not surface at the critical time of marriage. However, the issue of constitutionality of foreign law could arise in other contexts, particularly in those jurisdictions which follow governmental interest analysis and therefore tend to give a broader sway to the "personal law" of the parties.

15a. See generally Cavers, "The Two 'Local Law' Theories," 63 *Harv. L. Rev.* 822 (1950). If it were true that courts in conflicts cases do not enforce foreign rights or foreign law, but rather adopt forum rules of decision "as nearly homologous as possible" to the foreign precepts, it would follow that these rules of decision, being domestic law, must comply with the forum's constitution.

16. See Home Ins. Co. v. Dick, 281 U.S. 398 (1930); Restatement (Second) of Conflict of Laws § 9, comment *g* (1971).

17. See B. Currie, in W. Reese and M. Rosenberg, *Conflict of Laws* 523 (6th ed. 1971).

18. See Introductory Law to the German Civil Code art. 15 (marital property), 17 (divorce), 18 (legitimacy) and 19 (parental rights and obligations).

contention. Also, many of the conflicts provisions of the Introductory Law to the German Civil Code are of the unilateral variety (i.e. they only prescribe the circumstances in which German law applies to foreign facts or parties) but have been transformed, by way of analogy, into universal rules.[19] The decision of the Constitutional Court might be understood, by some, to be the harbinger of a homing trend. This would suggest a re-examination of the premises underlying the expansive interpretation of the narrow statutory provisions found in the Introductory Law; particularly since the rules (yet to be developed) which define the spatial reach of German Constitutional norms will tend to be unilateral in nature. On the other hand, the references in the Court's opinion to human rights and international accords seem to point toward a new universalism.

If it appears that the time is ripe to reconsider German conflicts rules and methodologies, one might still question whether the Constitutional Court is the proper body to promote this task. The Court could find itself stymied by the puzzling and intractable problems with which the slippery subject of conflicts abounds. The lessons learned in this country by the Supreme Court and by state courts which embarked on the risky venture of reshaping this discipline spell a warning. The Court's case load could increase substantially in response to the tendency, hardly unique to German lawyers, to contend that many of the strange and different rules found in foreign legal systems must of needs be unconstitutional. It may be true, as the Court noted, that large segments of the conflict of laws are unlikely to produce constitutional questions. Even the subject matter of the decision will hardly inspire a string of petitions for constitutional review: While German registrars and presidents of appellate courts may have to ponder the impact of the decision on, say, the eligibility of an Englishwoman divorced in New York to marry a Spaniard, such issues will rarely come to trouble the Court. The couple can get married more quickly and cheaply in Tonder or even in Nevada, should the problem not be resolved by international accord. Nevertheless, the opinion is pregnant with possibilities which the acumen of counsel might succeed in bringing into play.

Be that as it may, the result reached by the Court in the instant case is eminently sound. Indeed, the decision can perhaps be explained simply as a judicious reaction to a particular predicament. In Germany, as elsewhere, conflicts problems often function as the barometer which registers the malaise of rules of decision. No less than guest statutes, the Spanish law on divorce recognition is a troublemaker prone to unsettle precedent. On its facts, the case was an "easy" one. One should have hoped that the *Bundesgerichtshof*, which on other occasions has been quite astute in dealing with conflicts issues, would have obviated the need for training the heavy guns of constitutional review on a problem best solved by common sense. Having failed in this respect,[20] the tribunal of last resort was bound to use its cor-

19. See A. Ehrenzweig, *Private International Law* 91-92 (1967).
20. But see decision of 12 May 1971, in NJW 1971, p. 1519, which held that

rective powers. The highest court of a country, even if its jurisdiction is limited to constitutional questions, cannot be counted on to remain inactive while important human interests are sacrificed to empty legal logic. That Court should act, even at the cost of stirring up new controversies.

---

the Israeli prohibition against marriages between Jews and non-Jews is incompatible with German public policy (art. 30 of the Introductory Law to the German Civil Code). The opinion refers to the earlier decision in 41 BGHZ 136, supra note 5, but states that the present panel of the court could not attribute as much weight as did its predecessor to the argument that a foreign spouse might effectively dissolve the marriage by returning to his home country. The decision, rendered eight days after the official date of the principal case, does not cite the opinion of the Constitutional Court, which, at that time, had not been published.

Конституционное правосудие в международном частном праве: постановка вопроса[1]

А.М. Кальяк,
заведующий кафедрой теории государства и права, международного права Новосибирского юридического института (филиала) Томского государственного университета, кандидат юридических наук

В статье рассматривается одна из малоизученных проблем: возможность запроса в Конституционный Суд Российской Федерации от иностранных органов государственной власти. Анализу подвергается как возможность обращения в Конституционный Суд Российской Федерации иностранных государственных органов, так и возможность обращения отечественных правоприменителей в иностранные органы конституционного правосудия. Отмечая, что данный вопрос затрагивается в аспекте международного частного права, автор предлагает при решении возникающих проблем использовать, в частности, международный гражданский процесс.

Ключевые слова: Конституционный Суд Российской Федерации, зарубежные органы государственной власти, органы конституционного контроля, конкретный нормоконтроль, конституционность иностранных нормативных правовых актов, оказание правовой помощи.

Развитие международных отношений в современном мире позволяет поставить вопрос о трансграничном действии процедур, осуществляемых в порядке конституционного судопроизводства. Так, проблема конституционности иностранного закона рассматривается в работах по международному частному праву. Исследуется *возможность* решения вопроса о конституционности иностранного закона отечественным судом при его применении.

Французские авторы Нибуайе и Ж. Мори считают, что отечественный правоприменитель может установить неконституционность иностранного акта. А. Батиффоль полагает, что судья не обладает таким правом, потому что, устанавливая неконституционность иностранного права, он осуществляет «политическую акцию в широком смысле», что выходит за пределы его компетенции. Судья может лишь установить несовместимость иностранного текста с другим иностранным текстом, то есть совершить чисто интеллектуальную операцию[2]. Исходя из этого В.Л.Толстых предлагает свой вариант решения вопроса. Отечественный судья должен применять иностранное право так же, как оно применяется в иностранном государстве.

То есть если в иностранном государстве суд решает вопрос о неконституционности закона, то наш суд может поступить так же. Но если конституция в этом государстве воспринимается как обычный источник права, то данный вопрос решается так же, как и вопрос о соотношении двух обычных законов. Последствиями могут быть прямое применение конституции, обращение к аналогии закона или права и т.п. Если в иностранном государстве судья не вправе делать вывод о неконституционности закона, отечественный суд также не обладает таким правом. Если иностранный суд в случае сомнений в конституционности закона должен сделать запрос в орган конституционного контроля или в другие органы, то проблема усложняется, так как отечественный суд не обладает такой компетенцией. Тем не менее неконституционный иностранный закон не будет применен вследствие применения оговорки о публичном порядке[3]. Однако в основе применения оговорки о публичном порядке (ст. 1193 Гражданского кодекса Российской Федерации) может лежать противоречие иностранного закона принципам, закрепленным в Конституции Россий-

[1] Редколлегия «Журнала конституционного правосудия» представляет позицию одного из рецензентов публикуемой статьи. По мнению профессора Б.А. Страшуна, статья может быть опубликована, учитывая, что это «лишь попытка автора высказаться по малоизученному вопросу». При этом член редколлегии высказал следующие соображения по заявленной тематике.

— Вопрос об участии Конституционного Суда Российской Федерации в разрешении дела с иностранным элементом может возникнуть в принципе только в случае обращения управомоченного субъекта, которое может иметь место, если российское коллизионное право или международный договор Российской Федерации требуют применения к рассматриваемому правоотношению иностранного закона. В таком случае заявитель может ссылаться на несоответствие или противоречие данного иностранного закона Конституции Российской Федерации (это включает и оговорку о публичном порядке).

— Вопрос о конституционности иностранного закона с позиции конституции соответствующей страны Конституционным Судом Российской Федерации вообще рассматриваться не должен. Это ее внутреннее дело.

— Обращения иностранных судов в Конституционный Суд Российской Федерации, как и его обращения (и обращения других российских судов) в иностранные органы конституционного контроля, при необходимости разрешения правового спора в принципе допустимы, однако с соблюдением международных принципов оказания правовой помощи.

[2] Цит. по: Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. СПб. : изд-во Р. Арсланова «Юридический центр Пресс», 2004. С. 285.

[3] См.: Толстых В.Л. Указ. соч. С. 285–287.

ской Федерации[4]. Поэтому применение оговорки о публичном порядке превращается в институт, напоминающий децентрализованный конституционный контроль.

Безусловно, данная ситуация отличается от децентрализованного конституционного контроля — хотя бы потому, что на соответствие отечественной Конституции оценивается иностранный закон. Правовые последствия для иностранного закона такого контроля также будут иными. Но цели реализации данных институтов обладают схожими характеристиками: оговорка о публичном порядке рассматривается как последний рубеж на пути применения иностранного закона, противоречащего основам отечественного права[5], а конституционный контроль направлен на защиту прав человека и гражданина, поддержание должной работы государственного механизма и т.п., то есть те положения, которые можно рассматривать в качестве важных основ отечественного права.

Возможно возникновение такого вопроса: если российский суд пришел к выводу о несоответствии иностранного закона *иностранной* же *конституции*, то вправе ли он обратиться в иностранный конституционный суд с запросом о вынесении итогового решения? И наоборот, если иностранный суд, рассматривающий дело на основании российского права, пришел к выводу о несоответствии Конституции Российской Федерации подлежащего применению российского закона, то вправе ли он обратиться с официальным запросом в Конституционный Суд Российской Федерации?

Здесь необходимо учитывать следующее. С позиции международного частного права трансграничное действие признается только за иностранными нормами права, регулирующими частноправовые отношения. Процессуальное право — это всегда право страны, суд которой рассматривает дело. Поэтому для российского суда общей юрисдикции иностранные процессуальные нормы о порядке обращения в иностранный конституционный суд не являются обязательными (в отсутствие международного соглашения). Данное утверждение *mutatis mutandis* применимо и к иностранному суду.

Другой момент, который требует учета, — это вопрос о статусе Конституционного Суда Российской Федерации в такой ситуации. Будет ли он реагировать на обращение иностранного суда — *иностранного органа государственной власти* или он должен осуществлять конституционный контроль вне зависимости от правового статуса обратившихся лиц? Федеральный конституционный закон «О Конституционном Суде Российской Федерации» не указывает на государственную принадлежность субъектов обращения в Конституционный Суд[6]. Здесь уместно привести мнение проф. Т.Г. Морщаковой, утверждающей, что ни Основной Закон, ни Закон о Конституционном Суде не ограничивают круг судов, которые вправе направлять запросы в Конституционный Суд Российской Федерации, «лишь национальными судами — к ним предъявляется только одно требование — они должны быть признаны по закону компетентными судами для осуществления защиты прав при применении или от применения нормы закона, которое привело к нарушениям»[7]. И хотя автор в приведенном отрывке подразумевала возможность запроса в Конституционный Суд Российской Федерации Европейского Суда по правам человека, данное суждение применимо и к рассматриваемой проблеме. Другой исследователь процессуальных аспектов конституционного правосудия характеризует проблему обращения в Конституционный Суд Российской Федерации межгосударственных судебных органов как загадочную и малоисследованную[8], а возможность обращения иностранных органов власти в российский специализированный орган конституционного контроля в принципе не анализируется.

Некоторые сложности можно преодолеть путем обращения к международному гражданскому процессу. Если иностранный суд применяет российское право в силу указания коллизионной нормы или соглашения сторон, то обращение в Конституционный Суд Российской Федерации можно рассматривать как запрос о правовой помощи в связи с установлением содержания применимого права.

Как отмечается, в процессуальной теории определение понятия «правовая помощь» никогда не было предметом острых дискуссий и, как правило, означает содействие, оказываемое судами и другими учреждениями юстиции одного государства судам и иным учреждениям других государств в связи с рассмотрением гражданских и уголовных дел[9].

Закон о Конституционном Суде термин «правовая помощь» не использует. Однако такое упоминание не является необходимым. Например, согласно статье 6 Конвенции «О правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам» (Минск, 22 января 1993 г.) Договаривающиеся Стороны оказывают друг другу правовую помощь путем выполнения процессуальных и иных действий, предусмотренных законодательством запрашиваемой Договаривающейся Стороны.

---

[4] См.: Постановление Президиума Верховного Суда Российской Федерации от 2 июня 1999 г. № 19пв-99пр.

[5] См., напр.: Бендевский Т. Международное частное право : учебник / пер. с македон. С.Ю. Клейн ; отв. ред. Е.А. Суханов. М. : Статут, 2005. С. 234 ; Лунц Л.А. Курс международного частного права : в 3 т. М. : Спарк, 2002. С. 274.

[6] В данном контексте интерес представляет возможное истолкование на практике п. 5 ст. 37, согласно которому заявитель должен доказать право на обращение в Конституционный Суд Российской Федерации путем ссылки на нормы Конституции Российской Федерации и Закон о Конституционном Суде Российской Федерации.

[7] Морщакова Т.Г. Российское правосудие в контексте судебной реформы. М. : Р. Валент, 2004. С. 51.

[8] См.: Чаптыков А.В. Субъекты права на обращение в Конституционный Суд Российской Федерации: проблемы теории и практики : дис. ... канд. юрид. наук. Абакан, 2007. С. 155.

[9] См.: Процессуальное право. Энциклопедический словарь / под ред. Т.Е. Абовой, П.А. Лупинской, Т.Г. Морщаковой, Н.Г. Салищевой, М.С. Шакарян. М., 2003. С. 373.

Следовательно, можно предположить направление запроса об оказании правовой помощи, который инициирует конституционное судопроизводство.

Конституционный Суд Российской Федерации согласно Заявлениям Российской Федерации (2001 г.) по Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам от 15 ноября 1965 года имеет право обращаться с запросом о предоставлении правовой помощи. Отсюда с определенной долей условности следует вывод, что Конституционный Суд Российской Федерации может рассматриваться как адресат каких-либо запросов иностранных органов юстиции об оказании правовой помощи.

Но возникает другая проблема: оказание правовой помощи и решение вопроса о конституционности правовых актов осуществляются принципиально различным образом. В первом случае это осуществление отдельного процессуального действия, а во втором — осуществление конституционного судопроизводства.

Заявителями в Конституционном Суде Российской Федерации в связи с рассмотрением конкретного дела могут также выступать частные лица. Если это дело рассматривается в иностранном суде, то возникает вопрос о правовых последствиях решения Конституционного Суда Российской Федерации для иностранного суда. Положения российского законодательства об обязательности решений органа специализированного конституционного контроля для правоприменителей по указанным выше соображениям не являются правом на территории иностранного государства. Однако, как представляется, такое решение может быть учтено как доказательство содержания российского права, подлежащего применению иностранным судом при рассмотрении частноправового отношения.

Таким образом, развитие международных частных правоотношений может стать причиной постановки вопросов, отдельные аспекты которых намечены в настоящей статье.

МОСКОВСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ ИНСТИТУТ
МЕЖДУНАРОДНЫХ ОТНОШЕНИЙ (УНИВЕРСИТЕТ)
МИНИСТЕРСТВА ИНОСТРАННЫХ ДЕЛ
РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

КАФЕДРА МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

АКТУАЛЬНЫЕ ПРОБЛЕМЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО И ГРАЖДАНСКОГО ПРАВА

Сборник статей

Под редакцией профессора С.Н. Лебедева

К 80-летию В.А. Кабатова

СТАТУТ
МОСКВА 2006

Р.М. Ходыкин,
аспирант кафедры МЧ и ГП МГИМО (У) МИД РФ,
адвокат коллегии адвокатов
«Монастырский, Зюба, Степанов и Партнеры»

Принцип защиты прав и свобод человека и его влияние на содержание коллизионных норм

Процесс создания коллизионных норм есть целенаправленная деятельность людей: законодателя, ученых и практиков. Однако чем должны руководствоваться эти люди, устанавливая ту или иную коллизионную норму? Есть ли какие-либо принципы, которые стоят выше намерений законодателя и являются для него «путеводной звездой» при установлении нормы, либо законодатель абсолютно ничем не связан? По мнению автора настоящей статьи, существуют определенные принципы формирования содержания коллизионных норм, иначе называемые «коллизионные принципы», на основании которых и принимается решение об установлении той или иной коллизионной привязки. Отрицание существования принципов приведет к хаосу, ибо законодатель в таком случае мог бы устанавливать нормы субъективно и в интересах отдельных групп. В этой связи очень важным представляется выявить объективные правила о коллизионных принципах, которые бы смогли стать мерилом любой нормы и дать ответ на вопрос о том, какая коллизионная норма должна быть установлена для регулирования той или иной ситуации.

Одним из таких принципов является принцип защиты основных прав и свобод человека. Этот принцип имеет универсальное значение, но в то же время он непосредственно влияет на развитие международного частного права и процесс правотворчества.

Несмотря на то что соотношение прав человека и коллизионного права привлекает большой интерес в зарубежной литературе, внимание российских исследователей к этой проблеме явно недостаточно.

Первым серьезным исследованием этой проблемы можно назвать работу А.И. Муранова «Права человека и международное частное право»[1]. Однако в рамках одной работы не представляется возможным детально исследовать все проблемы соотношения прав человека и международного частного права. Большое количество вопросов в этой сфере касается международного гражданского процесса, мы же постараемся сфокусироваться только на влиянии прав человека на создание и применение коллизионных норм.

На непосредственное применение принципа прав человека к коллизионному регулированию указывает законодательство только одной страны – ст. 1 Гражданского кодекса Египта 1948 г., которая предусматривает: «При отсутствии нормы права судья принимает решение *на основе обычая, а при отсутствии обычая – в соответствии с принципами* мусульманского права. *При отсутствии таких принципов подлежат применению принципы естественного права и правила справедливости*» (курсив мой. – *Р.Х.*)[2]. Как видно, цитируемая статья устанавливает принципы применения естественного права, которое являлось «прародителем» фундаментальных прав человека. Однако это скорее общая норма, носящая декларативный характер. В основном же права человека лишь влияют на процесс толкования, создания и изменения существующих норм.

Обращает на себя внимание тот факт, что права человека проявляются в конфликтном праве в очень ограниченной сфере – практически все примеры влияния фундаментальных прав человека на коллизионное регулирование касались личного закона физических лиц. Примером может служить общемировая тенденция отмены коллизионных норм, привязывающих личный закон замужней женщины к личному закону мужа, подчиняющих режим брачной собственности супругов тому же закону. Может показаться совпадением, что права человека находят применение только в сфере семейных отношений в международном частном праве, однако такое совпадение вовсе не случайно. В литературе по МЧП отмечается, что семейные отношения наиболее тесно связаны с личностью человека, с его обычаями, традициями, религией и т.д. Именно поэтому высказывались справедливые точки

[1] См.: *Муранов А.И.* Права человека и международное частное право // Российский ежегодник международного права. СПб., 2003. С. 162–185.

[2] Цит. по.: Гражданское и семейное право развивающихся государств. М.: Изд-во УДН, 1989. С. 27–28.

зрения на сложность унификации в этой сфере: «По своей природе семейное право всегда существенно связано с культурными, моральными и религиозными нормами государств – и это может вести и ведет к огромным различиям в законодательствах»[1].

Принцип защиты прав человека нашел закрепление во многих законодательных документах. Прежде всего он закреплен на международном уровне – были разработаны такие документы, как Всеобщая декларация прав человека (принята резолюцией 217 А (III) Генеральной Ассамблеи ООН 10 декабря 1948 г.); Международный пакт об экономических, социальных и культурных правах (от 16 декабря 1966 г.), Пакт о гражданских и политических правах и т.д. В 1950 г. была принята Европейская конвенция о защите прав и свобод человека (далее – ЕКЗПЧ).

В 1993 г. указанный принцип был закреплен в Конституции РФ, в ст. 17 и 18 которой предусматривается возможность прямого применения этого принципа к регулируемым отношениям.

Встречается указание на неопределенность круга прав, подлежащих защите, поскольку в литературе и судебной практике не выделяется исчерпывающий их перечень[2]. Однако в работах, посвященных правам человека, выявляются признаки таких прав. Такие права обладают особыми свойствами, чтобы быть предметом защиты, ибо не каждое моральное право может быть осуществлено. Характеристиками, присущими фундаментальным правам человека, подлежащим защите, являются следующие:

(i) универсальность;
(ii) индивидуальность;
(iii) первостепенность или верховенство;
(iv) осуществимость;
(v) исполнимость[3].

Таким образом, только права, отвечающие всем приведенным требованиям, будут подлежать защите в соответствии с международными и национальными нормами о правах человека. Обращение в Страсбургский суд за защитой нарушенного права является мощным юридическим инструментом, потому необходимо четко отграничивать права человека от иных правомочий лица. Такое право должно быть присуще людям в силу одного лишь факта рождения и определяется ответом на вопрос: действительно ли всем людям требуется такое право, если они живут как свободное человеческое существо независимо от того, приведет ли реализация таких прав и пользование ими к результатам, несовместимым с существованием конкретных форм общества, прошлых или настоящих?[1]

[1] *Beveridge J., Gibb F.* Is It Time for Couples to be Joined in European Harmony? // The Times, Law Supplement, 9 December 2003. P. 3.

[2] См.: *Муранов А.И.* Права человека и международное частное право // Российский ежегодник международного права. СПб., 2003. С. 163.

[3] *Macfarlane L.J.* The Theory and Practice of Human Rights. London, 1985. P. 3.

Применение принципа защиты прав человека в коллизионном регулировании

Рабство и коллизионное регулирование

Первые упоминания о правах человека в международном частном праве обычно связываются с законами о рабстве. Так, до отмены рабовладения в США суды свободных штатов со ссылкой на публичный порядок отказывались признавать права рабовладельцев, возникшие в соответствии с правом южных штатов. В штате Нью-Йорк существовали противоположные подходы в судебных прецедентах, с одной стороны, в деле Дреда Скотта Верховный суд США признал, что раб, перевезенный своим хозяином из рабовладельческого штата в свободный штат и затем вновь возвратившийся с тем же хозяином в рабовладельческий штат, остается рабом: временное пребывание в северных штатах не сделало его свободным[2]; с другой стороны, в другом решении Верховного суда штата Нью-Йорк суд удовлетворил иск рабов, привезенных гражданкой Леманн в свободный штат, о признании их свободными – суд указал, что признание истцов рабами противоречило бы публичному порядку штата Нью-Йорк[3].

В чем же проявляется коллизионная составляющая неприменения законов о рабстве? Формально многие авторы указывают, что «оговорка о публичном порядке в ряде случаев была использована северными штатами для того, чтобы не допускать признания действия

[1] *Macfarlane L.J.* The Theory and Practice of Human Rights. P. 5.

[2] См.: *Лунц Л.А.* Курс международного частного права: В 3 т. М.: Спарк, 2002. С. 276.

[3] См. там же. С. 277.

законов южных штатов»[1]. Однако противоречие правам человека в данном случае могло иметь место и с точки зрения коллизионного права *lege fori*. Так, в случае признания раба вещью, принадлежащей хозяину, на него должны были бы распространяться коллизионные нормы о движимых вещах, о купле-продаже и пр. Но защита прав человека как коллизионный принцип должна была привести к такому применению и толкованию объема коллизионной нормы о праве, применимом к движимым вещам, которое исключало бы отнесение человека к вещам. Результатом применения принципа прав человека, таким образом, стало неприменение коллизионных норм о вещах к людям.

Весьма похожий подход мы находим в более раннем английском прецеденте, установленном Судом королевской скамьи в 1772 г.[2] Дело касалось чернокожего раба Джеймса Соммерсетта, который был приобретен в Африке и продан в штате Вирджиния, США. После этого он в качестве слуги для своего хозяина находился на паруснике, который пришел в Англию. По прибытии корабля в Англию общественность потребовала освободить раба, указывая, что рабство является пережитком и не может быть признано в этой стране. Защита ссылалась на то, что Соммерсетт является вещью, право собственности на эту вещь, надлежащим образом приобретенное на территории штата Вирджиния, должно быть признано за хозяином раба[3]. При разрешении спора встал вопрос о том, можно ли распространять коллизионные предписания, регулирующие вещные отношения, на человека, пусть даже раба? Лорд Мансфильд указывал: «Право обычно применяется к продаже и требует оплаты согласованной цены. Но здесь личность раба является предметом нашего непосредственного изучения, что создает существенные трудности». В результате суд освободил раба и отказал ответчикам в требовании о вывозе его в США; в своем *ratio decidendi* лорд Мансфильд писал: «Высокое право владения должно быть признано по праву страны, где оно используется... Состояние рабства по своей природе является несовместимым с признанием по любым мотивам»[4]. Таким образом, суд отказал в применении коллизионной нормы *lex situs* в отношении человека, поскольку такое толкование коллизионных норм является недопустимым.

[1] *Лунц Л.А.* Указ. соч. С. 276.

[2] Sommersett's Case [1772] Complete Collection of State Trials, Vol. XX A.D. 1771–1777. London, 1814. P. 3–81.

[3] Ibid. P. 12–14.

[4] Ibid. P. 82.

Выше указывалось, что коллизионные принципы необходимы для создания коллизионных норм и их толкования. В рассмотренных делах суды при толковании объема коллизионной нормы учитывали принцип защиты основных прав и свобод человека и гражданина, что приводило к неприменению коллизионных норм о вещах к людям, являющимся рабами. На необходимость принимать во внимание запрещение рабства при рассмотрении споров указывается и в некоторых современных работах[1].

Следует отметить, что в данном случае принципом формирования содержания коллизионных норм является не сам публичный порядок, а именно защита основных прав и свобод человека, поскольку публичный порядок может оказывать и гетерогенное действие на коллизионное регулирование, например, когда законодатель, желая защитить своих граждан, устанавливает коллизионную норму не потому, что считает ее наиболее приемлемой, а потому, что в других странах ее действие парализуется оговоркой о публичном порядке. На необходимость учитывать при создании коллизионных норм также основания, послужившего причиной применения публичного порядка, указывал А.А. Пиленко: «...первичным и решающим моментом является воля законодателя; *ordre public* или воплощает ее, или подчиняется ей – точно так же, как и обычные коллизионные нормы. Юридический источник, значит, остается одним и тем же»[2]. Таким образом, чтобы рассмотреть, что же действительно повлияло на коллизионное регулирование, недостаточно просто сказать «публичный порядок», необходимо обратиться к основаниям его применения, которыми могут быть коллизионные принципы или какие-либо иные причины. Защита основных прав человека, лежащих иногда в основе применения оговорки о публичном порядке, и являлась принципом, который следует рассматривать в качестве коллизионного. В случае с рабством, как и с браками между лицами с разным цветом кожи, мы имеем дело именно с правами человека, которые неразрывно связаны с лич-

[1] *Marceau G.* WTO Dispute Settlement and Human Rights, Chapter «Conflicts with Obligations Jus Cogens» // European Journal of International Law, December 2002, 13 (753).

[2] *Пиленко А.А.* Очерки по систематике частного международного права. 2-е изд. Пг., 1915. С. 180.

ностью человека в силу одного факта его рождения. Такие права обладают свойствами универсальности, индивидуальности, а также осуществимости и исполнимости. Из сказанного мы делаем вывод, что они относятся к фундаментальным правам человека и подлежат правовой защите, в том числе путем правильного толкования коллизионных норм либо установления таких коллизионных норм, применение которых не приводило бы к нарушению этих фундаментальных прав.

Семейное право

Выше автор уже высказывался о причине столь осторожного отношения к изменению коллизионных норм в семейном праве. Действительно, семейные отношения по своей сути являются наиболее тесным образом связанными с личностью человека, что и ведет к тому, что унификация в этой сфере продвигается очень медленно. В то же время необходимо отметить, что в сферу семейного права входит большое количество отношений, которые могут подлежать правовой защите в соответствии с принципом защиты прав и свобод человека. Фактически семейное право – это один из самых больших разделов коллизионного регулирования, к которому применим указанный принцип.

Исторически влияние основных прав человека на коллизионное регулирование началось именно в отношении личного закона физических лиц. Выше было показано, что необходимость защиты прав и свобод человека привела к неприменению коллизионных норм о вещах к рабам, т.е. фактически речь шла о личном статусе физического лица. Другой тенденцией, которую можно назвать революцией в коллизионном праве, явилась тенденция изменения личного закона супругов.

Во многих странах личный закон замужней женщины и иждивенцев определялся личным законом мужа[1]. Однако такое положение создавало неравенство между полами и нарушало основной принцип прав человека – принцип равноправия. Сегодня этот принцип выра-

[1] *Savigny F.C.* Private International Law. A Treatise on the Conflict of Laws, and the Limits of their Operation in Respect of Place and Time / Translated, with notes, by W. Guthrie. Edinburgh – London, 1869. P. 240.

жен во многих международных конвенциях. В соответствии со ст. 14 ЕКЗПЧ «пользование правами и свободами, признанными в настоящей конвенции, должно быть обеспечено без какой бы то ни было дискриминации по признаку пола, расы, цвета кожи, языка, религии, политических и иных убеждений, национального или социального происхождения, принадлежности к национальным меньшинствам, имущественного положения, рождения или по любым иным признакам». Таким образом, право человека требовать равного отношения, которое вытекает из положения «все люди рождены равными в правах», дискриминировалось в отношении женщин, так как к ним применялся личный закон мужа независимо от других обстоятельств. Между тем потребовалось немало усилий, чтобы изменить эти устоявшиеся правила. Например, такой видный коллизионист, как А.Н. Макаров, отрицал суждения немецкоязычной литературы о дискриминационном характере привязки к закону гражданства мужа. По его мнению, подобные оценки являются чрезмерно далеко идущими и принцип равенства не должен отменять исторически сложившиеся в МЧП привязки, а международно-правовые договоренности в этой области между государствами маловероятны[1]. Несмотря на мнения авторитетных коллизионистов о том, что нельзя изменять устоявшиеся коллизионные нормы в этой сфере, повсеместное признание запрещения дискриминации дало почву для изменения во многих странах личного закона в сфере семейных отношений.

Одной из первых Великобритания принимает закон «О домицилии и семейных процессах 1973 года» (Domicile and Matrimonial Proceedings Act 1973). В соответствии с ч. 1 указанного закона в любое время после вступления его в силу домицилий замужней женщины не должен определяться по домицилию мужа в силу одного только факта брака, а должен устанавливаться через те же факторы, как для любого правоспособного лица, имеющего независимый домицилий. В то время такие положения закона, безусловно, были передовыми, однако профессор Робин Морс (C.G.J. Morse) из Лондонского университета в личной беседе мне рассказал, что при обсуждении этого законопроекта защита прав человека не была основным лейтмотивом изменения законодательства.

[1] Eranion für G.S. Maridakis, III. Athens, 1964 (цит. по: *Садиков О.Н.* Профессор А.Н. Макаров и его вклад в становление международного частного права // Журнал российского права. 2001. № 2. С. 147).

В Федеративной Республике Германия впервые такое правило было отменено в 1981 г.: суд рассматривал дело о разводе и формально применимым был п. 1 ст. 17 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению (BGB), который предусматривал, что правом, применимым к расторжению брака, должно быть гражданство мужа в момент заключения брака. Было признано, что хотя формально эта коллизионная привязка продолжает действовать до завершения реформы законодательства в области МЧП, она не может применяться, поскольку противоречит Основному закону (Конституции) ФРГ. При принятии нового регулирования в этой области (Закон 1986 г.) этот недостаток был устранен и теперь в соответствии со ст. 14 и 17 Вводного закона к ГГУ применяется право страны, в которой оба супруга имели местожительство[1].

Следующей страной, внесшей соответствующие изменения в коллизионное право, является Греция. В 1983 г. Законом № 1329/1983 были изменены ст. 15–22, 30 ГК Греции 1940 г., регулирующие вопросы брака и семьи, и изменения состояли в отказе от коллизионной привязки к личному закону мужа и отца, так как это противоречило принципу равенства полов[2]. Теперь все отношения в семейной сфере подчинены либо праву совместного гражданства супругов, либо праву их совместного местожительства, либо праву, с которым супруги наиболее тесно связаны (ст. 14–22 Гражданского кодекса Греции).

Затем в Японии Законом от 28 июня 1989 г. (вступил в силу 1 января 1990 г.) были введены изменения в Закон о применении законов (Horei) от 21 июня 1898 г. № 10. «Принятие этого последнего закона было обусловлено ратификацией Японией Конвенции ООН 1979 г. о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин. Для того, чтобы оценить данные изменения, следует учитывать, что в предыдущей редакции измененных статей предпочтение отдавалось, в частности, национальному закону мужа»[3].

Практически следом идет Испания, где Законом № 11/1990 от 17 декабря 1990 г. о реформе Гражданского кодекса в применении принципа недискриминации по признаку пола законодательство отказалось от предпочтения национального закона мужа в семейных отношениях[4].

[1] См.: Международное частное право: современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. С. 26.

[2] См.: Международное частное право. Иностранное законодательство / Под ред. А.Н. Жильцова, А.И. Муранова. М.: Статут, 2001. С. 288–292.

[3] Там же. С. 736.

[4] См. там же. С. 306.

Следующей в хронологическом порядке стала Италия. Общеизвестно, что в 1995 г. в Италии произошло существенное изменение и обновление законодательства в сфере МЧП, был принят Закон от 31 мая 1995 г. № 218 «Реформа итальянской системы международного частного права». Как указывается в литературе, «принятием данного закона преследовалось несколько целей: привести регулирование вопросов международного частного права в соответствие с требованиями Конституционного суда, признавшего ряд положений предыдущего законодательства антиконституционными по причине неравного отношения к супругам»[1].

В СССР, а позже в Российской Федерации традиционно коллизионное регулирование исходило из равноправия полов, не устанавливая коллизионные нормы личного закона одного из супругов, и потому не было необходимости изменять коллизионные нормы в области семейного права. В настоящий момент все отношения между супругами регулируются законами, применение которых не приводит к дискриминации. Например, ст. 161 Семейного кодекса РФ предусматривает применение к правам и обязанностям супругов либо законодательства совместного местожительства, либо закона последнего местожительства, либо законодательства РФ по принципу *lex fori*. Аналогичные привязки содержатся и в ст. 27 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (заключена в Минске 22 января 1993 г.). Анализ указанных коллизионных норм показывает, что при применении законодательства на основе этих коллизионных норм ни одна из сторон не ставится в неравное положение, так как даже при невозможности применить правопорядок совместного местожительства или гражданства применяется не личный закон одного из супругов, а закон страны рассмотрения спора. Конечно, местом рассмотрения спора может быть и государство одного из супругов, но это не значит, что применение такого законодательства приведет к дискриминации, потому что привязка коллизионной нормы не содержит дискриминационных предписаний. Такая антидискриминационная направленность сегодня встречается и в многосторонних конвенциях, в частности в Гаагской конвенции о праве, применимом к режимам собственности супругов (заключена 14 марта 1978 г.).

[1] Международное частное право. Иностранное законодательство / Под ред. А.Н. Жильцова, А.И. Муранова. С. 322.

Анализ современного семейного законодательства как России, так и зарубежных стран показывает, что количество коллизионных норм, которые носят дискриминационный характер и потому противоречат правам человека, ничтожно мало.

Прежде всего в некоторых странах еще сохранились дискриминационные коллизионные нормы, локализующие семейные отношения в пользу личного закона мужа. Например, ст. 963 ГК Ирана предусматривает: «...если супруги являются подданными различных государств, то права, относящиеся к их личности или имуществам, определяются личным законом мужа»[1].

Аналогично ГК Египта 1948 г. предусматривает в ст. 13, что «последствия брака, включая те, которые касаются имущества, подчиняются закону гражданства мужа на момент заключения брака. Развод, даваемый мужем жене, подчиняется закону гражданства мужа на момент, когда он имеет место, тогда как расторжение брака и разлучение подчиняются закону мужа на момент подачи искового заявления»[2].

В Таиланде, Чили, Финляндии, Швеции, Корее режим имущества супругов также подчиняется национальному закону мужа.

Все цитируемые примеры указывают на коллизионные нормы, которые носят дискриминационный характер в отношении женщин, так как привязывают некоторые вопросы семейного права к личному закону мужа. В литературе отмечается, что принцип привязки в семейном праве следующий: «Одной из основных коллизионных норм является закон домицилия сторон или стороны, которой требуется специальная защита»[3]. Учитывая, что по общему правилу ни одному из супругов специальная защита не требуется, коллизионные нормы о регулировании семейных отношений по личному закону мужа нарушают фундаментальное и общепризнанное право человека на равноправие и, естественно, неприемлемы в современном законодательстве.

Еще на одно из возможных нарушений принципа защиты прав человека в коллизионном регулировании семейных отношений указывает профессор Кристоф Энгель и касается оно правоотношений отца и ребенка, рожденного вне брака. Как известно, во многих государствах законодательство по-разному регулирует отношения между родителями в случае рождения ребенка в браке и в случае рождения ребенка вне брака. Это, в частности, проявляется при усыновлении ребенка – усыновление чужого ребенка обозначается термином «adoption», в то время как усыновление своего ребенка, рожденного не в браке, именуется «узаконение» – «legitimation». На сегодняшний день все коллизионные нормы в отношении усыновления приведены в соответствие с законодательством о правах человека – усыновление в основном подчиняется личному закону усыновителя, а если ребенок усыновляется супругами – их личному закону. Однако в отношении узаконения сохранились нормы, привязывающие отношения к личному закону лишь одного из родителей. Например, в силу ст. 19 (2) Вводного закона к ГГУ, «если родители не состоят друг с другом в браке, то обязанности отца по отношению к матери на основании беременности подчиняются праву того государства, в котором мать имеет свое обычное местопребывание». По этому поводу проф. Кристоф Энгель отмечает: «Однако проблематично установить, в каком объеме, таким образом, защищается отец ребенка, родившегося вне брака, в особенности может ли он на основе ст. 8 I Европейской конвенции требовать частичного признания его родительских прав. Под частной и семейной жизнью в смысле ст. 8 I Европейской конвенции понимаются упоминаемые в ст. 20 I 2 Вводного закона к ГГУ обязанности отца ребенка, родившегося вне брака, по отношению к матери в силу беременности. Возникшие требования о выплатах защищаются в остальном ст. 1 Дополнительного протокола 1»[1]. Учитывая сказанное, возникает вопрос: может ли в этом случае отец ребенка требовать неприменения дискриминационной коллизионной нормы, ссылаясь на Европейскую конвенцию? Узаконение (легитимация) последующим заключением брака в смысле ст. 21 I Вводного закона к ГГУ может защищаться правом на создание семьи, установленным ст. 12 Европейской конвенции. В остальном любая форма легитимации подпадает под гарантии защиты частной и семейной жизни ст. 8 Европейской конвенции[2]. Таким образом,

[1] Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. М.: Статут, 2000. С. 302.

[2] Там же. С. 296.

[3] *Graham-Siegenthaler B.E.* Principles of Marriage Recognition Applied to Same Sex Marriage Recognition in Switzerland and Europe // Creighton Law Review, October 1998. P. 134.

[1] *Engel C.* Ausstrahlungen der Europaischen Menschenrechtskonvention auf das Kollisionsrecht // Ulrich Drobnig zum 60. Geburtstag (Rabels Zeitschrift fur auslandisches und internationales Privatrecht, Jg. 52/Hft. 3-4, 1988, & Jg. 53/Hft. 1, 1989). P. 12.

[2] Ibidem.

в рассматриваемом случае ЕКЗПЧ может иметь непосредственное применение, но с некоторыми исключениями. Так, ст. 5 Протокола 7 к Европейской конвенции прямо предусматривает: «Настоящая статья [равноправие супругов] не препятствует государствам принимать такие меры, которые необходимы для соблюдения интересов детей». Таким образом, отец ребенка, рожденного вне брака, сможет требовать применения ЕКЗПЧ для отказа в применении дискриминационной коллизионной нормы, только если это не нарушает интересы ребенка. Следовательно, применение указанной коллизионной нормы должно в каждом конкретном случае сопровождаться выяснением всех обстоятельств дела для защиты интересов ребенка. В случае если интересы ребенка требуют применения личного закона одного из супругов, то применение ст. 5 Протокола 7 к ЕКЗПЧ исключается, несмотря на то что это может носить дискриминационный характер. В противном случае подобные коллизионные нормы, например ст. 19 (2) Вводного закона к ГГУ, не должны применяться как противоречащие Конвенции.

В литературе ставится все больше вопросов о применении Конвенции о защите прав человека и свобод к разводу и расторжению брака, а также иным отношениям, поскольку ст. 12 ЕКЗПЧ формально защищает только свободу *заключения* брака и не говорит о его расторжении. Такое положение не могло быть признано удачным, и Протоколом 7 к ЕКЗПЧ от 22 ноября 1984 г. была окончательно внесена ясность в этот вопрос – ст. 5 Протокола 7 устанавливает: «Супруги обладают равными правами и несут гражданско-правовую ответственность в отношениях между собой и со своими детьми в том, что касается вступления в брак, *пребывания в браке и при его расторжении*».

Такой вывод представляется вполне логичным. Профессор Кристоф Энгель полагает, что вопросы общих последствий брака подпадают под гарантии неприкосновенности частной жизни и семьи, установленные ст. 8 Европейской конвенции, «помимо этого впредь надо будет иметь в виду ст. 5 Дополнительного протокола 7 к Европейской конвенции, которая защищает равноправие также «during marriage» [в течение брака]... Государство должно учитывать положения ст. 8 Конвенции при разработке правовых норм, регулирующих развод и его последствия, если оно решило разрешить развод»[1].

[1] *Engel C.* Op. cit. P. 8–9.

Обязательственные отношения и права человека

В некоторых работах встречается и указание на другие отношения, регулируемые МЧП, в которых права человека могут влиять на коллизионные правила. Так, А.И. Муранов пишет, что признание в числе основных прав права на уважение собственности повлекло на международном уровне повышение внимания к коллизионному регулированию права собственности, к другим вещным и обязательственным правам, а также не могло не вести к разработке и принятию унифицированных документов коллизионного содержания, направленных на защиту таких прав[1], – автор полагает, что принятие норм о праве собственности могло быть одной из причин, которые повлияли на создание коллизионных норм в сфере имущественных отношений[2].

Эта тенденция проявляется в попытке распространить права человека на договорные отношения сторон, в частности на отношения предпринимательского характера. Большинство примеров попыток такого распространения встречается в сфере международного коммерческого арбитража, когда стороны пытаются в судебном порядке признать арбитражную оговорку противоречащей международным документам о правах человека, в частности праву на рассмотрение дела беспристрастным *судом*. При этом стороны ссылаются на то, что обязательный арбитраж нарушает фундаментальное право человека на судебную защиту. Между тем нельзя не согласиться с мнением, что в этом случае нарушения прав человека не усматривается, поскольку отношения сторон по арбитражу являются договорными и к ним не подлежат применению права человека[3]. Учитывая, что процессуальные вопросы соотношения прав человека и международного частного права не входят в предмет настоящего исследования, мы ограничимся

[1] См., например, Гаагскую конвенцию от 15 апреля 1958 г. о праве, применимом к переходу собственности в международной купле-продаже движимых материальных объектов, Гаагскую конвенцию от 14 марта 1978 г. о праве, применимом к режимам брачного имущества, Гаагскую конвенцию от 1 июля 1985 г. о праве, применимом к трастам, и об их признании.

[2] См.: *Муранов А.И.* Права человека и международное частное право // Российский ежегодник международного права. СПб., 2003. С. 168.

[3] *Lew J., Mistelis L., Kroll S.* Comparative International Commercial Arbitration, The Hague; London; New York: Kluwer Law International, 2003. P. 96.

лишь рассмотрением вопросов соотношения прав человека и договорных отношений.

В литературе указывается, что отношения прав человека являются вертикальными, а договорные отношения – горизонтальными, потому эти отношения непересекающиеся[1].

Права человека действительно стали серьезным юридическим инструментом в спорах, потому многие недобросовестные стороны все чаще требуют применения прав человека к регулированию их отношений. Такой подход может породить кризис в праве и потому права человека следует применять очень осторожно. Так, решением палаты лордов Великобритании по делу *Harrow London Borough Council v. Qazi* [2003] UKHL 43[2] были достигнуты следующие выводы. Дело касалось права арендатора на арендуемую квартиру, по этому делу арендатор оспаривал его выселение, ссылаясь на ст. 8 Европейской конвенции, гарантирующую право на частную жизнь и запрещающую произвольное лишение жилья. Лорды указали: «Решить иначе, решить, что ст. 8 ЕКПЧ может передавать право собственности от хозяина к арендатору и разрушать право собственности и договорные права собственника, значило бы придать ст. 8 смысл, который не вкладывался в нее изначально. Статья 8 подразумевает применение к отношениям произвольного вторжения *государством или публичными властями* в частную жизнь». Этот прецедент в настоящее время широко цитируется в делах, связанных с попытками распространить международные документы о правах человека на договорные отношения.

С выводами палаты лордов нельзя не согласиться. Действительно, всеобщее признание права иметь имущество на праве собственности в качестве фундаментального права человека могло оказать определенное влияние на принятие коллизионных конвенций по вопросам собственности, однако не этот фактор стал решающим.

Разработка этих коллизионных конвенций вызвана иными причинами. Таких причин может быть несколько, но для определения первопричины необходимо выявить ту из них, которая стоит непосредственно близко к результату и которая в конечном счете и породила этот результат. В случае с коллизионными конвенциями, регулирующими вопросы собственности, фундаментальное право человека

[1] *Lew J., Mistelis L., Kroll S.* Comparative International Commercial Arbitration. P. 96.

[2] [2003] 4 All England Law Reports. P. 466–467.

не являлось такой причиной, что вытекает из преамбул конвенций, – ни в одной из преамбул не указывается на такое фундаментальное право, а, как правило, указывается на желание государств установить единообразные нормы[1].

Допустить, что признание права иметь имущество в собственности привело к принятию коллизионных конвенций, значило бы распространить фундаментальные права человека на отношения, которые эти права не должны регулировать. Более того, такое распространение может иметь неблагоприятные последствия – многие недобросовестные стороны будут требовать защиты права собственности путем принятия определенных коллизионных норм, что приведет к непредсказуемости регулирования. Как уже указывалось выше, каждое право человека должно обладать признаком индивидуальности, т.е. такие права должны быть присущи индивидам и направлены на их защиту. Из этого признака и вытекает вертикальный характер прав человека и как следствие очень ограниченное применение последних в договорных и иных гражданско-правовых отношениях[2].

Все вышесказанное подтверждает, что права человека не распространяются на коллизионное регулирование в области договорных отношений и отношений собственности, хотя некоторое влияние можно усмотреть в случаях с национализацией и иммунитетом государств.

Наиболее благоприятный закон для стороны

В литературе указывается еще на одно проявление принципа защиты основных прав и свобод человека и гражданина – применение альтернативных коллизионных норм и *lex benignitatis*.

Так, А.И. Муранов пишет: «Одной из важных черт, часто проявляющихся в современных кодификациях по международному частному праву или же в судебной практике, является использование

[1] См. Гаагскую конвенцию от 15 апреля 1958 г. о праве, применимом к переходу собственности в международной купле-продаже движимых материальных объектов, Гаагскую конвенцию от 14 марта 1978 г. о праве, применимом к режимам брачного имущества, Гаагскую конвенцию от 1 июля 1985 г. о праве, применимом к трастам, и об их признании.

[2] *Donnelly J.* The Concept of Human Rights. London: Routledge, 1989. P. 8.

принципа *lex benignitatis:* при решении вопроса о применимом праве суды должны стремиться руководствоваться тем законом, который является более благоприятным для статуса лица или действительности правоотношения. В итоге в зависимости от обстоятельств может применяться либо иностранный закон, либо *lex fori*. Руководствуясь соображениями, например, *favor negotii, favor matrimonii, favor infantis, favor testamenti,* суды тем самым способствуют защите прав субъектов международного гражданского и торгового оборота. Альтернативные нормы могут сыграть в этом процессе важную роль, позволяя выбрать тот или иной указываемый в них закон в качестве *lex benignitatis*»[1].

В приведенной цитате А.И. Муранов говорит о трех различных ситуациях: во-первых, о применении судом *ex officio* закона, наиболее благоприятного стороне (*lex benignitatis*); во-вторых, о применении альтернативных коллизионных норм, где в отличие от первого случая право выбора применимого права предоставлено стороне по делу, а не суду; в-третьих, о применении права, способствующего действительности отношений между сторонами. Между тем иногда эти три аспекта взаимодействуют между собой и наделяют суд обязанностью применить наиболее благоприятную из альтернативных коллизионных норм, если потерпевший сам не сделал такого выбора. Кроме того, действительность правоотношения может быть одним из последствий, по которым будет определяться право, наиболее подходящее слабой стороне в обязательстве.

Применение закона, наиболее благоприятного сторонам, является одной из современных тенденций в коллизионном регулировании. Как правило, такие коллизионные нормы устанавливаются для регулирования деликтных обязательств и направлены на защиту слабой стороны в таком обязательстве.

В Германии этот принцип был развит в делах о крупных катастрофах. В литературе указывается: «Если в месте совершения деликта и в месте наступления его последствий действуют различные правопорядки (т.е. в случае так называемых деликтов, действующих на расстоянии (Distanzdelict), как, например, трансграничные катастрофы на АЭС), то согласно господствующей точке зрения компетентным служит право, наиболее благоприятное в данном конкретном случае потерпевшему (так называемый принцип повсеместной ответственности – Ubiquitätsrel). В подобных случаях потерпевший, по мнению большинства, компетентен выбирать на судебном процессе право по своему усмотрению. Если он этого не делает, суд определяет наиболее благоприятное для него право в силу своих служебных обязанностей *(ex officio)*»[1]. Интересно, что такое толкование было введено именно немецкой судебной практикой, поскольку ст. 40 Вводного закона к ГГУ содержит лишь альтернативную коллизионную привязку, в соответствии с которой право страны, где наступили вредоносные последствия, применяется только по требованию потерпевшего и не дозволяет суду *ex officio* определять наиболее благоприятное право, что позволяет некоторым немецким авторам отрицать применение *lex benignitatis*[2].

Позиция немецких коллизионистов находит отражение и в Законе Грузии о международном частном праве 1998 г. № 1362-IIс, который разрабатывался при участии немецких ученых. В соответствии со ст. 42 (1) (б) этого закона «обязанность возмещения вреда подчиняется праву страны, более благоприятному для потерпевшего».

Законодательное закрепление применения права, наиболее благоприятного потерпевшему, мы находим в § 32 (2) венгерского Указа 1979 г. № 13 о международном частном праве, который закрепляет изъятие из принципа *lex loci delicti commissi:* «В интересах потерпевшего применимым может быть признано право государства, на территории которого вред наступил»[3]. Этот пример также является показательным, поскольку он устанавливает альтернативную коллизионную норму, однако это норма может применяться судом без соответствующего заявления стороны. В соответствии с вышеприведенным § 32 суд может самостоятельно сравнить правовые системы и применить право *в интересах потерпевшего.*

Интересно, что в ст. 1219 ГК РФ содержатся весьма сходные предписания: «К обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие

[1] *Муранов А.И.* Права человека и международное частное право. С. 176.

[1] *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. Ю.М. Юмашева. М.: Международные отношения, 2001. С. 177. См. также: *Ануфриева Л.П.* Международное частное право: В 3 т. Т. 2: Особенная часть: Учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: БЕК, 2002. С. 334–335.

[2] *von Bar.* JZ 1985, 961 (964), цит. по: *Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П.* Цит. соч. С. 177, 191.

[3] Цит. по: Международное частное право: Иностранное законодательство / Сост. и науч. ред. А.Н. Жильцов, А.И. Муранов. С. 237.

или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. В случае, когда в результате такого действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране».

Между тем указанная статья порождает серьезные вопросы о порядке ее применения. Во-первых, четко не определено, по чьей инициативе должно применяться право страны, где наступили вредоносные последствия. Во-вторых, статья не устанавливает основания применения закона страны наступления последствий. Очевидно, что такое применение должно быть направлено на защиту потерпевшего как слабой стороны в обязательстве, потому в этой статье надо было специально оговорить, что это право может применяться судом в интересах потерпевшего (как это сделано в венгерском Указе о международном частном праве), или если оно устанавливает последствия, наиболее благоприятные для потерпевшего (как это находит отражение в судебной практике Германии). Простое указание на возможность применения иного иностранного права может вести к злоупотреблению со стороны судей и причинителей вреда. В-третьих, не совсем ясно, может ли потерпевший требовать применения более благоприятного права, как в случае с альтернативными привязками, и связывает ли такое требование суд. В этой связи нельзя не согласиться с мнением В.П. Звекова: «...отсутствие в п. 1 ст. 1219 прямого указания на возможность выбора потерпевшим благоприятного для него права (права «места совершения вредоносного действия» или «места наступления вреда») не дает оснований для вывода о том, что суд может решить соответствующую коллизионную проблему, не учитывая интересы потерпевшего. Такой вывод не отвечал бы «духу и букве» как п. 1 ст. 1219, так и ст. 1219 в целом, существенно расширившим возможности для защиты интересов «слабой стороны» деликтного обязательства»[1].

Какие же факторы будут свидетельствовать о том, что право определенной страны наиболее благоприятно для стороны? Такими факторами могут быть: больший размер возмещения; объективная ответственность (без вины); право, способствующее действительности отношений и др.

[1] Комментарий к части третьей Гражданского кодекса РФ / Под ред. А.Л. Маковского, Е.А. Суханова. М.: Юристъ, 2002. С. 464.

Возможность применения права, способствующего действительности отношений, имеет в нашей стране особую значимость, поскольку судебная практика России очень формально подходит к недействительности сделок, что часто используется недобросовестными контрагентами для признания недействительными уже исполненных сделок. Такой формальный подход, безусловно, может причинять ущерб как отдельным сторонам, так и авторитету правовой системы в целом. Во многих странах используется прямо противоположный подход – если при выборе правопорядков суд поймет, что в одном случае правоотношение будет считаться несуществующим (незаключенным, недействительным), а в другом – действительным, суд всегда выберет последний правопорядок. В Англии это теория получила название «доктрина предполагаемого договора» (putative contract doctrine) и нашла закрепление в многочисленных прецедентах[1]. Кроме того, применение права, способствующего действительности отношений с участием слабой стороны обязательства, находит закрепление и в ряде норм о защите прав потребителя. Например, ст. 5 (2) Римской конвенции 1980 г. предусматривает, что выбор права сторонами не должен приводить к лишению потребителя защиты, предоставляемой императивными нормами страны его постоянного жительства. Абсолютно аналогичные предписания были имплементированы в ст. 1212 ГК РФ. Надо сказать, что подобные положения в настоящее время являются общепризнанными и применяются повсеместно, предоставляя потребителю максимально возможную защиту.

Между тем для отнесения *lex benignitatis*, альтернативных коллизионных норм и доктрины предполагаемого договора к правам человека необходимо ответить на вопрос: являются ли права слабой стороны в обязательстве фундаментальными правами человека?

По нашему мнению, защита слабой стороны в обязательстве – это самостоятельное основание защиты в законодательстве, которое не связано с правами человека и зависит напрямую от воли законодателя. Ведь фундаментальные права человека подразумевают, что

[1] *Brinkibon Ltd. v. Stahag Stahl GmbH* [1983] 2 A.C. 34 (H.L.); *The Parouth* [1982] 2 Lloyd's Rep. 351 (C.A.); *Albeko Schuhmaschinen v. Kamborian Shoe Machine Co. Ltd.* [1961] 111 L.J. 519 и др.

эти права присущи человеческому существу в силу одного только факта рождения, в то время как слабой стороной в обязательстве могут быть лишь определенные категории людей. Комментаторы современного российского законодательства, например, говорят о защите слабой стороны в обязательстве, не ссылаясь на права человека[1]. Более того, статус лиц в обязательстве может меняться, так, потерпевший по деликтному обязательству (слабая сторона в обязательстве) может являться мажоритарным акционером акционерного общества, в котором слабой стороной будут признаны миноритарные акционеры[2]. В Комментарии к Конституции РФ прямо указывается: «...слабая сторона – гражданин – требует повышенной защиты со стороны государства»[3]. И хотя дальше комментаторы описывают процедуру обжалования в Европейский суд по правам человека, они рассматривают такое обжалование как нарушение права на судебную защиту, а не какого-либо другого фундаментального права человека[4].

Более того, если государство не реализовало защиту слабой стороны в обязательстве, то такая сторона не может требовать от законодателя введения подобных специальных норм. В защите слабой стороны отсутствует еще один каузальный признак прав человека – принцип верховенства. Защита слабой стороны в обязательстве относится к внутренней компетенции законодателя, и потому отсутствие подобных норм не дает таким лицам права требовать специальной защиты. Установление подобных норм зависит от уровня развития общества – насколько законодатель осознает необходимость защиты некоторых категорий своих граждан.

По нашему мнению, проявление этой тенденции в коллизионном праве свидетельствует о действии другого принципа формирования содержания коллизионных норм, а именно – принципа наиболее

[1] См., например: Комментарий к Гражданскому кодексу РФ (часть вторая) / Под ред. О.Н. Садикова. М., 1997, комментарии к ст. 349, 350, 400, 419, 536, 837, 1062.

[2] См.: Постановление Конституционного суда РФ от 24 февраля 2004 г. № 3-П «По делу о проверке конституционности отдельных положений статей 74 и 77 Федерального закона «Об акционерных обществах», регулирующих порядок консолидации размещенных акций акционерного общества и выкупа дробных акций, в связи с жалобами граждан, компании «Кадет Истаблишмент» и запросом Октябрьского районного суда г. Пензы» // Вестник Конституционного суда РФ. 2004. № 2.

[3] Комментарий к Конституции Российской Федерации // Под ред. Л.А. Окунькова. М.: БЕК, 1996 (комментарий к ст. 46).

[4] См. там же.

тесной связи, поскольку действительность правоотношения будет одним из решающих факторов при определении государства, с которым правоотношение имеет наиболее тесную (реальную, сильную) связь. Также действительность договора может проявляться в стремлении к унификации, которое должно привести к избежанию «хромающих» отношений, вносящих неопределенность в международный оборот.

Все сказанное подтверждает тезис о том, что принцип защиты основных прав и свобод человека может и должен стать одним из кирпичиков «фундамента» международного частного права.

новных свобод, порождаемых коллизией законов государств-членов. Новое регулирование в значительной степени ограничит сферу действия ст.293 (ex 220) Договора о ЕС. В том, что касается некоторых, но далеко не всех, областей регулирования, перечисленных в статье 65, Сообщество даже может принимать меры, которые позволяют применять коллизионные нормы государств-членов к отношениям с третьими странами. Оно также компетентно вести переговоры с третьими странами о заключении международных договоров по поводу этих отношений. Полномочия Сообщества по ст. 65, равно как и по ст. 95, позволяют принимать правовые акты всех видов, включая регламенты. В то же время его компетенция не ограничена сферами регулирования, перечисленными в ст.65 (a-c), в тех случаях, когда действия Сообщества касаются области судебного сотрудничества по гражданским делам.

© Перевод на русский язык Юмашева Ю.М.

ПРАВА ЧЕЛОВЕКА И МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

© Муранов А.И.
Кандидат юридических наук

Гуманистическая направленность правового регулирования в развитых государствах Запада проявила себя за последние десятилетия достаточно ярко. При этом данный процесс развивался не только по форме (хотя иногда и только по ней), но также и по сути: юридические предписания, направленные на защиту прав и свобод личности, стали, несомненно, более проработанными и эффективными, в том числе, благодаря созданию механизмов их реализации.

В результате, на сегодняшний день можно говорить о том, что сформировалась особая область юридического регулирования, среди обозначений предмета регулирования которой наиболее известным является наименование "права человека". Далее для удобства будет использоваться именно это понятие, хотя не следует, безусловно, забывать о том, что им обозначаются далеко не все те права и полномочия, которыми может обладать тот или иной субъект права, а именно важнейшие и фундаментальные права, закрепленные в некоторых международных договорах и конституциях (или иных значимых нормативных источниках) конкретных государств. Из этого следует, что подобно тому, как не существует единообразно воспринимаемого всеми государствами и международными

[52] См. среди прочих ст. 44 (1) и ст. 94 Договора о ЕС.

[53] **Beske**. Op. cit. P. 115; **von Hoffmann**. Op. cit. P.31; **Petite**. Le traite d'Amsterdam: ambition et realism. RMUE, 1997/3. P. 17-52.

организациями международного публичного права, так не существует и *communis opinio* по поводу того, что следует понимать под правами человека: в различных государствах для ответа на этот вопрос могут использоваться различные подходы. "Сколько авторов, сколько общественных состояний и эпох, столько и прав человека".[1]

К сожалению, в российской юриспруденции большого внимания вопросу взаимодействия прав человека с международным частным правом еще не уделялось[2] и, насколько известно автору, специально в отечественной литературе он еще не рассматривался. Уже по этой причине анализ такой проблематики обладает большой актуальностью для российской науки и практики.

Автор намерен обозначить некоторые аспекты соотношения прав человека с международным частным правом.[3] Соответственно, понятие "права человека" в настоящей статье необходимо воспринимать с только что сделанными оговорками (не следует забывать и о том, что понятие "права человека" не может пониматься как распространяющееся исключительно на физических лиц, с выведением из-под его действия юридических лиц).

Что же касается понятия "международное частное право", то далее под ним, абстрагируясь от различных подходов к его природе и системе, будет пониматься совокупность коллизионных, материальных и процессуальных норм, предназначенных для регулирования отношений с иностранным элементом и обладающих определенной спецификой (в том числе нормы, регулирующие международный коммерческий арбитраж).

Сделаем еще одну важную оговорку: вопросы взаимодействия прав человека с международным частным правом будут рассматриваться далее только в рамках западных концепций прав человека и международного частного права, используемых и в России. Они обладают той спецификой, с которой не всегда соглашаются многие государства Востока, полагая к тому же неправильной глобализацию западной концепции прав человека. Соответственно, рассматривать в качестве единственно верных только те подходы, которых придерживается право западных государств, было бы несколько односторонним.

[1] **Шайо А.** Самоограничение власти (краткий курс конституционализма). М.: Юристъ, 2001. С. 259.

[2] В то же время отдельные аспекты такого взаимодействия проанализированы в российском праве достаточно полно, в особенности правовое положение иностранных лиц в РФ. См.: **Авакьян С.А.** Библиография по конституционному и муниципальному праву России. М.: Зерцало, 2002. С. 101-103.

[3] Резолюция Генеральной Ассамблеи ООН от 4 декабря 1986 г. 41/117 "Неделимость и взаимозависимость экономических, социальных, культурных, гражданских и политических прав" // Организация Объединенных Наций. Генеральная Ассамблея. Официальные отчеты. Сорок первая сессия. Дополнение № 53 (A/41/53) С. 218-219.

Место прав человека и международного частного права в юриспруденции

На мой взгляд, права человека необходимо рассматривать в качестве самостоятельного предмета правового регулирования *sui generis*. Для адекватной их регламентации надлежит использовать специальные приемы, которые в совокупности с применением традиционных диспозитивных и императивных норм не могут не составлять особый метод регулирования. Иными словами, под понятием "права человека" следует понимать также и самостоятельную правовую отрасль.[4] Представляется, что на международно-правовом уровне, а также в праве многих развитых государств процесс придания правам человека статуса самостоятельной правовой отрасли либо завершен, либо близится к окончанию. Что же касается выделения прав человека в качестве отдельной отрасли правоведения и особой учебной дисциплины, то это стало уже свершившимся фактом.

К сожалению, в России процесс обособления сферы прав человека в качестве самостоятельной правовой отрасли, отрасли правовой науки и учебной дисциплины менее заметен; однако нет сомнений в том, что он идет и будет завершен. Права человека уже изучаются в качестве отдельного предмета во многих российских высших учебных заведениях, а в 1998 г. по нему был выпущен первый учебник.[5] Растет количество научных исследований в области прав человека. Как следует из государственного библиографического указателя Российской Федерации "Летопись авторефератов диссертаций", выпускаемого Российской книжной палатой, количество диссертаций на соискание ученых степеней, тематика которых связана с правами человека, за последние годы существенно увеличилось. В связи с этим вызывает сожаление, что в последней "Номенклатуре специальностей научных работников", утвержденной Приказом Министерства промышленности, науки и технологий РФ от 31 января 2001 г. № 47,[6] указание на права человека как отдельную научную специальность отсутствует.

Что же касается международного частного права, то автор исходит из того, что никаких сомнений по поводу его самостоятельности как правовой отрасли, отрасли науки и учебной дисциплины быть не должно.

Общие замечания по поводу соотношения прав человека и международного частного права

Говоря о соотношении прав человека с международным частным правом, необходимо исходить из того, что речь идет о двух самостоятельных и независимых сферах регулирования, между собой взаимодействующих и влияющих друг на друга, но не совпадающих.

В настоящее время мы можем наблюдать только самые первые направления и формы взаимодействия этих двух отраслей права: прошло еще слишком мало времени для того, чтобы можно было говорить о каких-то впечатляющих результатах.

Представляется, что проблематику прав человека в целом на сегодняшний день надлежало бы рассматривать как относящуюся в равной степени и к сфере национального права, и к сфере, выходящей за пределы одной правовой системы (которую далее для удобства можно также именовать "международной сферой регулирования", однако, не отождествляя ее полностью с международным публичным правом). В России же пока наблюдается крен в сторону большей локализации проблематики прав человека в международной сфере регулирования, тогда как в национальном праве она еще не занимает заслуживающего ее места.

Что же касается международного частного права, то оно в современной России преимущественно локализуется не в международной, а во внутригосударственной сфере, что также вызывает сожаление: российское международное частное право только выиграло бы от большего взаимодействия с процессами, идущими в международной сфере регулирования.

Отметим еще один важный момент. Попытки рассматривать международное частное право как часть международного публичного права давно уже признаны неосновательными. Также вряд ли обоснованно считать международное частное право частью гражданского права. Равным образом и права человека не следует рассматривать в качестве только отдельной области международного публичного права[7] или же национального конституционного права. И в первом, и во втором случае речь должна идти о комплексных правовых отраслях *sui generis*, природа которых не позволяет жестко прибегать к устоявшимся классификациям. В этом плане между международным частным правом и правами человека имеется несомненное сходство, заслуживающее дальнейшего более глубокого познания.

На основании сказанного было бы недопустимым квалифицировать взаимодействие прав человека с международным частным правом как взаимодействие двух областей международного публичного права или же как взаимодействие части конституционного права с частью гражданского права.

Однако необходимо избегать и соблазна преувеличивать роль прав человека за счет международного частного права и других правовых отраслей. Безусловно, задачей прав человека является установление важнейших критериев, стандартов и целей, которым должны следовать все

[4] Ввиду этого автор также будет избегать объяснений и описаний некоторых юридических понятий, институтов и процессов, предполагая, что их суть читающим известна.

[5] По поводу аргументов в пользу такой точки зрения см. также: Права человека. Учебник для вузов / Отв. ред. Е.А. Лукашева. М.: Изд. НОРМА (Издательская группа НОРМА - ИНФРА. М), 1998. С. 5-11.

[6] Бюллетень Высшей аттестационной комиссии Министерства образования РФ. 2001. № 3. С. 2-24.

[7] Хотя, безусловно, возможны и иные точки зрения. См., например: **Сандов А.Х.** Международное право прав человека. Учебное пособие / Отв. ред. Б.Н. Топорнин. М., 2002.

другие отрасли права. Согласно статье 18 Конституции РФ "Права и свободы человека и гражданина являются непосредственно действующими. Они определяют смысл, содержание и применение законов, деятельность законодательной и исполнительной власти, местного самоуправления и обеспечиваются правосудием". Однако это вовсе не означает, что теперь существует только одна суперотрасль права, а все другие правовые отрасли допустимо рассматривать в качестве подразделов единой сферы прав человека. На самом деле права человека и другие правовые отрасли – самостоятельные и независимые части одного механизма юридического регулирования, хотя и тесно связанные между собой, активно друг с другом взаимодействующие и друг на друга влияющие. У них просто разные цели и разные способы их достижения. Другое дело, что цель функционирования правового механизма в целом задается именно такой его частью, как права человека.

С этой точки зрения международное частное право является правовой отраслью, служащей правам человека, а также находящей и воплощающей пути и средства достижения тех целей, которые провозглашают права человека.

Однако не следует из этого делать вывод о каком-то юридическом или дисциплинарном приоритете прав человека над международным частным правом.

Права человека и международное частное право друг друга дополняют и взаимовыгодно друг другу содействуют.

Соблюдение и реализация конкретных прав человека применительно к международному гражданскому и торговому обороту обусловливают возникновение правоотношений, регулируемых, в том числе, международным частным правом. В свою очередь, именно при помощи институтов международного частного права происходит реализация, соблюдение и защита прав человека в международном гражданском и торговом обороте.

Необходимо подчеркнуть и следующий нюанс применительно к отечественным реалиям: коль скоро так случилось, что в современной России проблематика прав человека в большей степени локализована в сфере вненационального регулирования, а международное частное право преимущественно сосредоточено в национальной сфере, то тем самым, в плане нахождения надлежащего баланса между двумя указанными сферами, можно говорить об их взаимном дополнении друг друга и о создании предпосылок для общего повышения качества правового регулирования: применительно к отдельным правам человека конкретное регулирование в сфере международного частного права поднимается до международного уровня, а во многом носящее еще абстрактный характер регулирование отдельных прав человека в международной сфере получает более конкретное внутринациональное наполнение.

Наконец, выделим еще два очень принципиальных момента. Во-первых, сфера прав человека за последние десятилетия действительно глобализуется, не замыкается в рамках отдельных национальных правовых систем. В таких условиях принципиальную важность приобретает необходимость ее взаимодействия с теми областями права, которые также специализируются на правоотношениях, выходящих за рамки отдельных национальных правовых систем. Среди них международное частное право занимает одну из главенствующих позиций.

Во-вторых, частное право, или цивилистика, является на сегодня самой широкой, детально разработанной и социально значимой юридической сферой, "которая самым ближайшим образом касается статуса и прав человека в реальной, практической жизни и которая в силу этого подводит, притом с опережением, к передовым идеям в трактовке этой темы".[8] Данные слова полностью применимы и к международному частному праву, как в силу частноправовой природы предмета его регулирования, так и в силу его вненациональных устремлений.

Однако в чем же еще проявляется взаимовыгодное взаимодействие прав человека и международного частного права?

Общее влияние прав человека на международное частное право

Прежде всего, представляется, что повышение роли прав человека во второй половине XX в. оказало серьезное влияние на перенос в международном частном праве акцента с коллизионного регулирования на материально-правовое, а также на процессуальное. Как известно, коллизионный метод, при всех своих плюсах, достаточно сложен, содержит немало исключений из принципов своего действия, не способствует предсказуемости в отношении результатов разрешения споров и не способен разрешить противоречие между национальным характером применимого регулирования и природой правоотношений, выходящих за пределы одной правовой системы. Ввиду этого коллизионный метод не может являться полностью адекватным механизмом защиты прав субъектов международного гражданского и торгового оборота. Материально-правовое регулирование такими серьезными минусами уже не обладает, что обусловливает перспективность использования именно его, как с точки зрения стимулирования международного гражданского и торгового оборота, так и с точки зрения прав человека. В итоге, современное международное частное право уже не может восприниматься как преимущественно коллизионное, тем более в свете проблематики прав человека.

Кроме того, процесс унификации материально-правового регулирования в международном частном праве тесно связан с повышением значимости роли такого регулирования. И пусть успехи унификации мате-риального регулирования еще не очень велики, однако без них ситуация

[8] **Алексеев С.С.** Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Изд. НОРМА, 2001. С. 655-656.

была бы гораздо более нетерпимой.

Повышение роли прав человека способствовало унификации не только материально-правового регулирования в международном частном праве, но также коллизионного и процессуального.

В самом деле, признание в числе основных прав права на уважение собственности (ст. 1 Протокола № 1 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 20 марта 1952 г.[9]), права на владение имуществом и защиту от произвольного лишения своего имущества (ст. 17 Всеобщей декларации прав человека),[10] права пользования и владения собственностью (ст. 21 Американской конвенции о правах человека от 22 ноября 1969 г.[11]) не могло не повлечь на международном уровне повышение внимания к коллизионному регулированию права собственности, к другим вещным и обязательственным правам, а также не могло не вести к разработке и принятию унифицированных документов коллизионного содержания, направленных на защиту таких прав.[12] Аналогичным образом, признание в числе основных прав права на справедливое судебное разбирательство (ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод от 4 ноября 1950 г.[13]; ст. 14 Международного пакта о гражданских и политических правах от 19 декабря 1966 г.[14]) не могло не повлечь принятия международного унифицированного регулирования по различным аспектам гражданского процесса.[15]

Как известно, отличия "в коллизионном праве различных стран являются факторами, создающими дезорганизацию международного оборота",[16] неуверенность и дисгармонию в защите субъектов права, одним из проявлений которых являются "хромающие" отношения, т.е. отношения, которые получают правовую защиту в одной стране и лишены ее в другой.[17] В свете прав человека такие "хромающие" отношения не могут являться желательными, а бороться с ними можно только при помощи унификации правового регулирования. Это означает, что разрешение проблемы "хромающих" отношений посредством унификации, соответствует целям сферы прав человека, а последняя, в свою очередь, способствует такому разрешению.

[9] Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 2. Ст. 163.

[10] Российская газета. 1998. 10 декабря.

[11] Международные акты о правах человека. Сборник документов. 2-е изд. М.: Изд. НОРМА, 2002. С. 867-886.

[12] См., например, Гаагскую конвенцию от 15 апреля 1958 г. о праве, применимом к переходу собственности в международной купле-продаже движимых материальных объектов; Гаагскую конвенцию от 14 марта 1978 г. о праве, применимом к режимам брачного имущества; Гаагскую конвенцию от 1 июля 1985 г. о праве применимом к трастам и об их признании.

[13] Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 2. Ст. 163. С. 705.

[14] Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

[15] См., например, Гаагскую конвенцию от 25 октября 1980 г. о международном доступе к правосудию, Гаагскую конвенцию от 19 октября 1996 г. о юрисдикции, применимом праве, признании и приведении в исполнение решений и сотрудничестве в отношении ответственности родителей и мер по защите детей.

[16] **Лунц Л.А.** Курс международного частного права. Общая часть. М.: Юрид. литература, 1973. С. 277.

[17] Там же. С. 276-279.

Далее, представляется, что повышение роли прав человека помогло утверждению в международном частном праве в последние десятилетия коллизионного принципа "наиболее тесной связи". В самом деле, конечной целью международного частного права в коллизионном и процессуальном аспектах является воплощение принципа *lex propria in foro proprio* (надлежащий закон в надлежащем суде). Природа же прав человека как отрасли права не может не вести к тому, что в сферу ее интересов с течением времени должно подпадать все большее количество субъективных правомочий. Вследствие этого конечная цель прав человека должна пониматься не узко (как обеспечение применимости к субъектам права определенных и конкретных стандартов), а более широко, в том числе, как создание условий для защиты субъективных прав, приобретенных за границей, равно как и создание предпосылок для справедливого распространения на субъектов права надлежащих правовых норм. В таких условиях обоснованность тезиса, приведенного в начале настоящего абзаца, очевидна.

Нельзя не отметить и то, что повышение роли прав человека оказало влияние на повышение значимости двусторонних коллизионных норм в международном частном праве. Как известно, защита приобретенных за границей прав и создание надлежащего правового режима для правоотношений с иностранным элементом возможны только при допущении широкого применения двусторонних коллизионных норм. Наблюдается очевидная закономерность: в тоталитарных странах коллизионные нормы либо вообще отсутствуют, либо среди них преобладающее значение имеют односторонние коллизионные нормы. Напротив, в странах, которые исходят из приоритета прав человека, коллизионное регулирование основывается именно на двусторонних нормах. Думается, что повышение роли прав человека и активно идущий с конца 70-х годов XX в. третий этап национальных кодификаций в современном международном частном праве,[18] в которых преобладают двусторонние коллизионные нормы, являются процессами, во многом между собой связанными.

При этом, принцип коллизионной односторонности также не утрачивает своего значения, однако меняет форму своего закрепления в позитивном праве и находит выражение уже через институт сверхимперативных норм.[19] Подчеркнем, что речь идет не просто об обычных императивных нормах, но сверхимперативных, применение которых должно иметь место

[18] **Муранов А.И., Жильцов А.Н.** Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // Международное частное право. Иностранное законодательство. М.: Статут, 2001. С. 31-32, 42.

[19] Там же. С. 38-39.

только в особых случаях,[20] что также можно считать проявлением необходимости соблюдения прав человека. Любопытно отметить и то, что влияние прав человека можно усматривать не только в том, что сверхимперативные нормы не подлежат чрезмерному применению в ущерб обращению к иностранному праву, признаваемому компетентным регулировать и защищать субъективные права: институт сверхимперативных норм *lex fori* также нередко преследует цель защиты собственных субъектов *lex fori*, а институт сверхимперативных норм *lex extraneae* в ряде случаев может защищать интересы субъектов права третьей страны.

Далее, рост значения прав человека оказал влияние на международное частное право за счет того, что в деятельности международных организаций, занимающихся международным частным правом, вопросы прав человека стали играть все более важную роль. Достаточно упомянуть о том, что Гаагская конференция по международному частному праву разработала следующие документы: Конвенцию о гражданско-правовых аспектах международного похищения детей (25 октября 1980 г.), Конвенцию о международном доступе к правосудию (25 октября 1980 г.), Конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении межгосударственного усыновления (удочерения) (29 мая 1993 г.),[21] Конвенцию о международной защите совершеннолетних лиц (13 января 2000 г.). В свете п. 1 ст. 27 Всеобщей декларации прав человека 1948 г. и Международного пакта об экономических, социальных и культурных правах 1966 г.[22] несомненную связь с проблематикой прав человека имеет Конвенция о похищенных или незаконно вывезенных культурных ценностях (Рим, 1995 г.),[23] разработанная Международным институтом по унификации частного права (ЮНИДРУА).

С другой стороны, вопросам международного частного права немалое внимание уделяют те международные организации, в деятельности которых вопросы прав человека являются одними из приоритетных, в частности Совет Европы и Организация американских государств.[24] Упомянем заключенные в рамках Совета Европы Конвенцию о гражданско-правовой ответственности за коррупцию (Страсбург, 4 ноября 1999 г.) и Европейскую конвенцию об информации относительно иностранного законодательства (Лондон, 7 июня 1968 г.).[25] В рамках Организации американских государств состоялось уже шесть Межамериканских специализированных конференций по международному частному праву (последняя из которых была проведена в феврале 2002 г.), принявших большое количество конвенций.

Кроме того, поскольку права человека имеют тесную связь с международным публичным правом, то повышение значимости прав человека способствует более эффективному взаимодействию в России международного публичного права и международного частного права, что действительно необходимо, учитывая имевшее место в СССР (во многом и поныне сохраняющееся) их отчуждение друг от друга.

Далее, теория и практика применения (как на национальном, так и на наднациональном уровне) норм по правам человека к частноправовым отношениям не может не интересовать сравнительное правоведение и не может не влиять на него, тогда как последнее имеет теснейшие связи с международным частным правом. Тем самым права человека также влияют на международное частное право, пусть и не прямым образом.

Применительно к России нельзя не отметить еще один нюанс: повышение роли прав человека, в России более локализуемых в международной сфере регулирования, существенно способствовало росту внимания к международным договорам России, в том числе по вопросам международного частного права. Особенно важно то, что это имело место не только в профессиональной среде юристов, но и на более широком уровне. Значение данного обстоятельства не следует недооценивать: в российском международном частном праве, как, впрочем, и в других правовых отраслях, положение дел с международными договорами (в том числе с их регулированием, опубликованием, систематизацией, информацией об их статусе) является не просто проблематичным, но даже ниже всякой критики. Ситуация вряд ли может быть исправлена быстро, вследствие чего привлечение внимания на более широком уровне к международным договорам России не может не быть оценено положительно. Более того, рост внимания к международным договорам России приведет, возможно, к повышению интереса к некоторым документам международного уровня ненормативного характера, играющим в сфере международного частного права немалое значение. Возможно, что следствием этого будет повышение интереса к вопросам *lex mercatoria*, освещение которых в российском праве избыточным назвать никак нельзя.

Наконец, скажем и еще об одном важном моменте, который вполне очевиден, но о котором многие юристы забывают: в том случае, когда все обычные и традиционные средства правовой защиты в какой-либо отрас

[20] **Жильцов А.Н.** Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы): Канд. дис. М., 1998; **Жильцов А.Н.** Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. 1997. № 23/24. С. 37-48; **Садиков О.Н.** Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. № 2. С. 71-84.

[21] Распоряжением Президента РФ от 26 июня 2000 г. № 241-рп МИДу РФ было поручено подписать данную Конвенцию от имени Российской Федерации. Текст см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 2000. № 27. Ст. 2844.

[22] Ведомости Верховного Совета СССР. 1976. № 17. Ст. 291.

[23] Распоряжением Президента РФ от 29 июня 1996 г. № 350-рп МИДу РФ было поручено подписать данную Конвенцию от имени Российской Федерации. Текст см.: Собрание законодательства Российской Федерации. 1996. № 27. Ст. 3260.

[24] Достаточно посмотреть на официальных Интернет-сайтах этих организаций (http://conventions.coe.int/Treaty/EN/cadreprincipal.htm и www.oas.org) перечни заключенных в их рамках международных договоров, чтобы убедиться в справедливости сказанного.

[25] Бюллетень международных договоров. 2000. № 1.

ли юриспруденции исчерпаны полностью и безуспешно, единственным способом защитить нарушенные права может явиться только обращение к сфере прав человека. Международное частное право – не исключение, и это является одним из важнейший аспектов общего воздействия сферы прав человека на международное частное право.

Влияние сферы прав человека на конкретные нормы и институты международного частного права

Примеры влияния сферы прав человека на конкретные нормы и институты международного частного права еще не очень многочисленны (что вполне закономерно, учитывая, что эти две отрасли права активно взаимодействуют только на протяжении последних десятилетий), но даже и они весьма иллюстративны.

Сфера прав человека уже непосредственно обусловила изменение законодательства и судебной практики многих стран в области коллизионного регулирования.

Например, в Греции в 1983 г. Законом № 1329/1983 были значительно изменены статьи 15-22 и 30 ГК 1940 г., регулирующие вопросы брака и семьи,[26] причем изменения состояли в отказе от предпочтения личного закона мужа и отца и были продиктованы необходимостью соблюдения принципа равенства полов. Ратификация Японией Конвенции ООН 1979 г. о ликвидации всех форм дискриминации в отношении женщин обусловила внесение в 1989 г. изменений в Закон о применении законов 1898 г.,[27] который ранее отдавал предпочтение национальному закону мужа. Аналогичные изменения в ГК Испании[28] были внесены в 1990 г. Законом 11/1990 о реформе Гражданского кодекса в отношении применения принципа недискриминации по признаку пола. "Новый австрийский закон о МЧП был сформулирован таким образом, что его определили как "нейтральный к признаку пола".[29] Принятие в 1995 г. в Италии Закона "Реформа итальянской системы международного частного права"[30] было вызвано, в том числе, стремлением привести регулирование вопросов международного частного права в соответствие с требованиями Конституционного суда, признавшего в 1987 г. ряд положений предыдущего законодательства неконституционными по причине неравного отношения к мужчинам и женщинам.[31] В судебной практике Германии коллизионная привязка к праву гражданства мужа также была признана противоречащей Основному закону (Конституции)

[26] Международное частное право. Иностранное законодательство / Под ред. Жильцова А.Н., Муранова А.И. М.: Статут, 2001. С. 288-292.

[27] Там же. С. 736-744.

[28] Там же. С. 306-320.

[29] Международное частное право. Современные проблемы. М.: ТЕИС, 1994. С. 26.

[30] Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 322-340.

[31] International Legal Materials. 1996. № 3. P. 760.

Германии.[32]

Нет никаких сомнений в том, что сфера прав человека также способствовала изменению законодательства в области материального регулирования правоотношений с иностранным элементом, особенно применительно к статусу и правам иностранных физических и юридических лиц,[33] иностранным инвестициям,[34] гражданско-правовым аспектам валютных отношений,[35] правам на интеллектуальную собственность,[36] брачно-семейным отношениям,[37] трудовым отношениям.[38] Представляется, что развитие института трансграничного банкротства также было в определенной степени обусловлено влиянием сферы прав человека,[39] направленным на защиту собственности как кредиторов, так и должников.

Наднациональные органы по разрешению споров о правах человека также оказывают серьезное воздействие на внутринациональное законодательство отдельных стран.[40]

[32] Международное частное право. Современные проблемы. С. 26.

[33] **Гридин В.А.** Международные пакты о правах человека и закон СССР о правовом положении иностранных граждан в СССР // Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983. С. 298-302.

[34] См., например, преамбулу Договора между Российской Федерацией и Соединенными Штатами Америки о поощрении и взаимной защите капиталовложений (Вашингтон, 17 июня 1992 г.). Текст см.: Международно-правовые основы иностранных инвестиций в России. Сборник нормативных актов и документов. М.: Юрид. литература, 1995. С. 133-152.

[35] Один из самых очевидных примеров – либерализация валютного регулирования в России после 1991 г., когда некоторые права человека хоть в какой-то мере стали реальными. В течение последних лет процесс либерализации такого регулирования шел одновременно с процессом укрепления и развития в России сферы прав человека.

[36] См., например, преамбулу заключенной в рамках Совета Европы Европейской конвенции по вопросам авторского права и смежных прав в рамках трансграничного спутникового вещания (Страсбург, 11 мая 1994 г.).

[37] Нельзя считать случайным совпадением то, что унификация правовых норм в отношении брака и семьи активно идет именно в последние десятилетия. В самом деле, в этом нет ничего удивительного, если учитывать то, что брак и семья тесно связаны с правами женщин и детей, защите которых в сфере права человека уделяется особое место.

[38] **Киселев И.А.** Сравнительное и международное трудовое право. Учебник для вузов. М.: Изд. "Дело", 1999. С. 447-585; **Фабрициус Ф.** Права человека и европейская политика. Политико-правовое положение трудящихся в Европейском Сообществе. М.: Изд. Московского университета, 1995. Нельзя не вспомнить и о множестве конвенций Международной организации труда.

[39] См., например, преамбулу заключенной в рамках Совета Европы Европейской конвенции о некоторых международных аспектах банкротства (Стамбул, 5 июня 1990 г.).

[40] См. некоторые примеры, пусть и не всегда имеющие прямое отношение к международному частному праву, в следующих работах: **Глотов С.А., Петренко Е.Г.** Права человека и их защита в Европейском суде. М.: Институт Национальной

Аналогичное влияние испытали и институты международного гражданского процесса. В частности, на защиту права на правосудие специально направлены ст. 17 Конвенции по вопросам гражданского процесса (Гаага, 1 марта 1954 г.),[41] посвященная институту *cautio judicatum solvi*,[42] ст. 20, касающаяся оказания иностранцам бесплатной правовой помощи,[43] и ст. 26 по поводу тюремного заключения иностранных лиц за долги как средство исполнения или как предупредительная мера по гражданским или торговым делам.[44] Регулирование института *cautio judicatum solvi* содержится и в п. 2 ст. 16 "Право обращения в суд" Конвенции о статусе беженцев (Женева, 28 июля 1951 г.).[45]

Сфера прав человека существенно повлияла также и на некоторые вопросы, связанные с третейским разбирательством и международным

стратегии реформ, 2000. С. 110-131; **Дженис М., Кэй Р., Брэдли Э.** Европейское право в области прав человека. Практика и комментарии. М., Будапешт: Изд. "Права человека", Институт по Конституционной и Законодательной Политике (COLPI), 1997. С. 499-545.

[41] Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1996. № 12.

[42] "От граждан одного из Договаривающихся государств, имеющих место жительства в одном из этих государств и выступающих в судах другого из этих государств в качестве истцов или третьих лиц, не может быть потребовано никакого залога или обеспечения в какой бы то ни было форме на основании того, что они являются иностранцами или не имеют постоянного или временного места жительства в данной стране.

Это же правило применяется в отношении любых платежей, которые могли бы быть потребованы от истцов или третьих лиц в обеспечение судебных издержек.

Все конвенции, в которых Договаривающиеся государства могли бы обусловить освобождение своих граждан от *cautio judicatum solvi* или от уплаты судебных издержек, независимо от постоянного места жительства, сохранят свою силу".

[43] "По гражданским и торговым делам граждане каждого из Договаривающихся государств будут пользоваться во всех других Договаривающихся государствах бесплатной правовой помощью, как собственные граждане этих последних государств в соответствии с законодательством государства, где требуется бесплатная правовая помощь.

В государствах, в которых оказывается правовая помощь по административным делам, положения предшествующего абзаца применяются также к этим делам, рассматриваемым компетентными судами".

[44] "Тюремное заключение за долги как средство исполнения или как предупредительная мера по гражданским или торговым делам не может быть применено к иностранцам, являющимся гражданами одного из Договаривающихся государств, в тех случаях, когда оно не применяется к местным гражданам. Факт, который может быть использован гражданином, имеющим местожительство в данной стране, в качестве мотива для своего освобождения из тюремного заключения за долги, равным образом будет свидетельствовать в пользу гражданина Договаривающегося государства, даже если такой факт имел место за границей".

[45] Международные акты о правах человека. Сборник документов. 2-е издание. М.: Изд. НОРМА, 2002. С. 455-467.

коммерческим арбитражем.[46]

Сфера прав человека позволяет увидеть новые грани следующих институтов и понятий международного частного права:

1) публичный порядок. Несмотря на всю неопределенность данного института, его границы могут быть во многом очерчены более четко при помощи сферы прав человека. Во многом этот момент остается в современном международном частном праве России недооцененным. Соответственно, следует всегда исходить из презумпции того, что последствия применения нормы компетентного иностранного закона или последствия приведения в исполнение или признания иностранного судебного или арбитражного решения будут противоречить публичному порядку России, если только они расходятся с правами и свободами человека, закрепленными в Конституции РФ или международных договорах России. В связи со сказанным нельзя не привести и ныне действующую ст. 6 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению,[47] согласно которой "Какая-либо правовая норма другого государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с существенными принципами германского права. Она в особенности не применяется, если это применение несовместимо с основными правами";

2) традиционный институт "обхода закона" в коллизионном регулировании. Представляется, что сфера прав человека в чем-то способствовала тому, что данный институт уже не играет в современном коллизионном регулировании серьезного значения. В самом деле, суть традиционной теории "обхода закона", стремящейся излишне назойливо контролировать субъектов права, выяснять мотивы их действий и препятствовать им в совершении законных действий, мало совместима с принципами прав человека;

3) институт иммунитета иностранного государства и международных организаций. Представляется, что негибкий принцип абсолютного иммунитета иностранного государства и международных организаций может при определенных условиях входить в противоречие, в частности, с таким основополагающим правом, как право на правосудие. Проблема привлечения к ответственности иностранного государства – нарушителя прав человека в последние годы стала очень актуальной.[48] В сфере российского права большой интерес в связи с этим представляет определение Конституционного Суда РФ от 2 ноября 2000 г. "По жалобе гражданки Калашниковой Марины Сергеевны на нарушение ее конституционных прав статьей 435 ГПК РСФСР",[49] которое заслуживает отдельного анализа вне

[46] См. также: **Муранов А.И.** Международный коммерческий арбитраж в актах Конституционного Суда Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2002. № 2.

[47] Международное частное право. Иностранное законодательство. С. 270-286.

[48] **Brohmer J.** State Immunity and the Violation of Human Rights. Boston, L., 1997.

[49] Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2001. № 2.

рамок настоящей статьи;

4) альтернативные коллизионные нормы и коллизионный принцип *lex benignitatis*. Одной из важных черт, часто проявляющейся в современных кодификациях по международному частному праву или же в судебной практике, является использование принципа *lex benignitatis*: при решении вопроса о применимом праве суды должны или стремятся руководствоваться тем законом, который является более благоприятным для статуса лица или действительности правоотношения. В итоге, в зависимости от обстоятельств, может применяться либо иностранный закон, либо *lex fori*. Руководствуясь соображениями, например, *favor negotii*, *favor matrimonii*, *favor infantis*, *favor testamenti*, суды тем самым способствуют защите прав субъектов международного гражданского и торгового оборота. Альтернативные коллизионные нормы в этом процессе могут сыграть важную роль, позволяя выбрать тот или иной указываемый в них закон в качестве *lex benignitatis*;

5) интерперсональные коллизии. С одной стороны, такие коллизии наиболее распространены в странах Востока и Африки, в которых западные концепции прав человека и международного частного права не имеют широкого распространения. С другой стороны, связь таких коллизий с правами человека достаточно очевидна, что позволяет говорить о необходимости более глубокого изучения такой связи;

6) *comitas gentium*. Права человека позволяют придать смыслу данного понятия новый оттенок, учитывая глобализацию прав человека и тенденцию отказа признавать ситуацию с правами человека внутренним делом отдельных государств: проявление государствами по отношению друг к другу "международной вежливости" допустимо считать зависящим уже не от их усмотрения, а базирующимся на необходимости соблюдения прав человека;

7) институт территориального и экстерриториального применения *lex fori* и *lex extraneae*. Данный институт является очень мощным средством реализации государством своей правовой политики применительно к иностранным лицам и правоотношениям с иностранным элементом. При этом, он может использоваться как в целях защиты прав человека, так и вести к их несоблюдению;

8) институт коллизионной взаимности. В самом деле, намерение не обеспечивать применение к иностранному субъекту или правоотношению с иностранным элементом того национального права, которое государство считает, по общему правилу, наиболее надлежащим, не всегда соответствовало бы стандартам прав человека, если бы ставилось в зависимость от того, что полагает по поводу аналогичного коллизионного вопроса иностранное государство;

9) институт взаимности в материальном регулировании, как формальной, так и материальной. Данный институт, как и три последующих, являются очень важными для определения статуса иностранных физических и юридических лиц в сфере действия *lex fori*;

10) институт реторсий;

11) институт национального режима;

12) институт наибольшего благоприятствования;

13) принцип недискриминации применительно к иностранным физическим и юридическим лицам;

14) институт отсылки к законам непризнанного государства. В самом деле, намерение не обеспечивать применение к иностранному субъекту или правоотношению с иностранным элементом того национального права, которое государство считает, по общему правилу, наиболее надлежащим, не всегда соответствовало бы стандартам прав человека, если бы ставилось в зависимость от того, признается ли *de jure* иностранное государство, право которого по общему правилу должно быть признано компетентным.

Наконец, сфера прав человека оказывает сильнейшее влияние, что вполне естественно, на судебную практику, в том числе в России. Выше уже говорилось о том, что в некоторых развитых западных странах конституционные суды признавали нарушающими принципы прав человека коллизионные нормы, отдающие предпочтение национальному закону мужа или отца. В российском праве подобные случаи места не имели, однако Конституционный Суд РФ уже многократно обращался к сфере прав человека при решении вопросов, связанных с правоотношениями с иностранным элементом. Можно, в частности, упомянуть его Постановление от 17 февраля 1998 г. № 6-П "По делу о проверке конституционности положения части второй статьи 31 Закона СССР от 24 июня 1981 года "О правовом положении иностранных граждан в СССР" в связи с жалобой Яхья Дашти Гафура",[50] имеющее отношение, пусть и не прямое, к международному частному праву. Нельзя не сказать и о Постановлении Конституционного Суда РФ от 20 июля 1999 г. № 12-П "По проверке конституционности отдельных положений, а также порядка принятия Федерального закона "О культурных ценностях, перемещенных в СССР в результате Второй мировой войны и находящихся на территории РФ", в котором было установлено: "Из статьи 62 (часть 3) Конституции Российской Федерации и статей 2 (абзац 4 пункта 1) и 7 ГК Российской Федерации вытекает, что ограничения права собственности иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц могут устанавливаться международным договором или федеральным законом. При этом как сама возможность ограничений федеральным законом данного права, так и их характер определяются законодателем не произвольно, а в соответствии с Конституцией Российской Федерации, согласно статье 55 (часть 3) которой права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства".

[50] Собрание законодательства Российской Федерации. 1998. № 9. Ст. 1142.

Верховный Суд РФ также указывал судам на необходимость соблюдения прав человека при разрешении споров, в частности, в Постановлении Пленума Верховного Суда РФ от 31 октября 1995 г. № 8 "О некоторых вопросах применения судами Конституции Российской Федерации при осуществлении правосудия".[51]

Что же касается Высшего Арбитражного Суда РФ, то какие-либо его акты применительно к конкретным спорам по вопросам международного частного права и прав человека также еще не принимались. Однако им было принято Информационное письмо от 20 декабря 1999 г. № С1-7/СМП-1341 "Об основных положениях, применяемых Европейским судом по правам человека при защите имущественных прав и права на правосудие".[52] Из него следует, хотя и достаточно косвенно, необходимость учета государственными арбитражными судами практики Европейского суда по правам человека. "Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации" также приступил к публикации выдержек из решений Европейского суда по правам человека.[53]

Влияние международного частного права на права человека

Нормы и институты международного частного права являются тем механизмом, при помощи которого происходит реальное воплощение, соблюдение и защита прав человека. Возникающие при этом результаты, а также выявляемые в процессе действия этого механизма сложности и способы их решения способствуют совершенствованию прав человека в целом.

Нельзя не отметить и тот факт, что за последние полвека число документов международного уровня, посвященных иностранцам, лицам без гражданства и правоотношениям с иностранным элементом (не только частноправовым), заметно выросло. В этом процессе не последнюю роль сыграло и международное частное право, в развитии которого со второй половины XX в. также наблюдается подъем.

Далее, особенности субъектов международного частного права (т.е. иностранных лиц в широком смысле этого слова) и обусловленные ими особенности регулирования в очень большой степени способствовали прогрессу прав человека.

Необходимость в приемлемом регулировании сложнейших правоотношений, возникающих в международном гражданском и торговом обороте, ведет к выработке новых, детально разработанных и оригинальных юридических приемов и конструкций, которые неизбежно влияют на другие отрасли права, способствуя их развитию и содействуя тем самым более адекватной защите конкретных субъективных прав. И даже если малая часть таких новых подходов будет усвоена сферой прав человека, то уже только за счет этого она будет существенно обогащена. Повторим еще раз: частное право, или цивилистика, является сегодня самой широкой, детально разработанной и социально значимой юридической сферой, "которая самым ближайшим образом касается статуса и прав человека в реальной, практической жизни и которая в силу этого подводит, притом с опережением, к передовым идеям в трактовке этой темы".[54] Данные слова полностью применимы и к международному частному праву, как в силу частноправовой природы предмета его регулирования, так и в силу его вненациональных устремлений.

Более того, нельзя не провести параллели между развитием *jus gentium* и процессом унификации в современном международном частном праве, а также концепцией *lex mercatoria*, с которой многие связывают будущее регулирования международного торгового оборота. Подобно тому, как создание и развитие *jus gentium* в римском праве было ответом на необходимость надлежащего урегулирования статуса иностранцев и правоотношений с их участием, так и унификация и концепция *lex mercatoria* являются попыткой найти адекватные способы урегулирования современных проблем, но только уже не на внутринациональном, а на международном уровне. Именно поэтому *jus gentium* может служить в этом плане своего рода образцом для дальнейшего развития правового регулирования современной международной торговли.[55] А как было показано выше, права человека тесно связаны с унификацией в современном международном частном праве, и влияние одного на другое здесь совсем не одностороннее.

Далее, само существование международного частного права вызвано объективно задаваемым противопоставлением собственных субъектов права и иностранных лиц, внутринациональных правоотношений – правоотношениям с иностранным элементом. Такое противопоставление вызывает необходимость создания особого регулирования для иностранных лиц и правоотношений с иностранным элементом. Такая необходимость возникает не только в частноправовой или частно-процессуальной сфере, она равным образом существует и в сфере прав человека. Но коль скоро одной из самых развитых областей регулирования применительно к иностранным лицам и правоотношениям с иностранным элементом (если только не самой развитой) является международное частное право, то оно не может не влиять на создание и развитие других областей такого регулирования, в том числе, в сфере прав человека. Одним из наглядных примеров такого влияния является "Декларация о правах человека в отно-

[51] Бюллетень Верховного Суда Российской Федерации. 1996. № 2.

[52] Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 2.

[53] См., например: Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 1999. №№ 4,5,7,9 и 11; 2000. №№ 4 и 10; 2001. №№ 2,7 и 9.

[54] **Алексеев С.С.** Самое святое, что есть у Бога на земле. Иммануил Кант и проблемы права в современную эпоху. М.: Изд. НОРМА, 1998. С. 256.

[55] **Алексеев С.С.** Восхождение к праву. Поиски и решения. М.: Изд. НОРМА, 2001. С. 655-656.

щении лиц, не являющихся гражданами страны, в которой они проживают", провозглашенная резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 40/144 от 13 декабря 1985 г.[56]

Только что приведенный пример свидетельствует также и о том, что противопоставление собственных субъектов права и иностранных лиц, внутринациональных правоотношений правоотношениям с иностранным элементом неизбежно ведет к существованию двух стандартов в сфере прав человека, первый из которых рассчитан на собственных граждан и внутринациональные правоотношения, а второй – на иностранных лиц и правоотношения с иностранным элементом. Вполне понятно, что эти стандарты между собой не совпадают, а качественный уровень первого гораздо выше уровня второго. Усматривать в этом создание каких-то предпосылок для автоматического нарушения прав иностранных лиц и несоблюдения принципа равенства не следует: различия в объектах регулирования требуют принятия несовпадающих правил. Важнее другое: выделение двух стандартов прав человека в целом должно способствовать общему уровню развития и первого, и второго, а также прав человека в целом. В самом деле, второй стандарт с течением времени в условиях развития производительных сил и общества должен скорее стремиться к повышению собственного уровня, а не к его снижению, т.е. иностранные лица могут пользоваться все большими правами или же уже предоставленные им права могут расширяться. Результат будет одним из двух: либо второй стандарт достигнет уровня первого, или же возникнет необходимость повышения уровня для первого стандарта. Истории известны и другие примеры, когда второй стандарт превосходил первый,[57] однако и в таких ситуациях общий уровень защиты прав субъектов в конечном итоге повышался.

Имеются примеры и того, как специфика правоотношений с иностранным элементом обусловила включение в число прав человека особых прав. Так, в целях защиты права иностранцев на правосудие в Протокол № 7 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Страсбург, 22 ноября 1984 г.)[58] была внесена детализирующая это право статья 1 "Процедурные гарантии в случае высылки иностранцев".[59] В Протокол № 4 к Конвенции о защите прав человека и основных свобод "Об обеспечении некоторых иных прав и свобод помимо тех, которые уже включены в Конвенцию и Протокол № 1 к ней" (Страсбург, 16 сентября 1963 г.)[60] была включена ст. 4 "Запрещение коллективной высылки иностранцев", гласящая, что "Коллективная высылка иностранцев запрещена". Все эти правила имеют тесную связь с правоотношениями в сфере международного частного права.

[56] **Luther L. McDougal III.** "Private" International Law: Ius Gentium Versus Choice of Law Rules or Approaches // The American Journal of Comparative Law. 1990. № 3.

[57] Действующее международное право. В трех томах. Том 1. М.: Изд. Московского независимого института международного права, 1996. С. 255-259.

[58] **Карро Д., Жюйар П.** Международное экономическое право. М.: Междунар. отношения, 2002. С. 322.

[59] Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 2. Ст. 163.

[60] Собрание законодательства Российской Федерации. 2001. № 2. Ст. 163.

При этом не вызывает сомнения и то, что именно достижения международного частного права в таких, в частности, сферах, как статус иностранных физических лиц, иностранные инвестиции, права на интеллектуальную собственность, право наследования, брачно-семейные отношения, трудовые отношения, оказание правовой помощи, во многом способствовали развитию сферы прав человека, если и не столько в плане утверждения в ней каких-либо начал, то, по меньшей мере, в плане оттачивания и понимания ее правил, наполнения ее конкретным содержанием.

Следует отметить, что конкретика международного частного права в определенной степени способствует изживанию из сферы прав человека абстрактности и лозунговости, которые в немалой степени для нее характерны. Только через активное взаимодействие с другими, более "приземленными", юридическими областями сфера прав человека сможет обрести реальное наполнение и практическую эффективность, сможет противостоять уже наблюдаемым в последнее время негативным процессам, способным превратить права человека в набор деклараций и социальных заклинаний. Конкретика международного частного права также способна во многом способствовать развитию соответствующих прав человека "первого" и "второго поколений". Современная сфера прав человека (особенно в России) нуждается не столько в упрочении позиций "третьего" и "четвертого поколений" прав человека, сколько в реальной защите прав "первого" и "второго поколений", с которыми международное частное право наиболее связано.

Наконец, ни одна из областей международной сферы регулирования, включая права человека, не может избежать сложностей, связанных с единообразным толкованием (как на международном, так и национальном уровне) используемых в этой области понятий и правил. В самом деле, гигантский труд по их разработке может быть во многом сведен на нет отказом единообразно их толковать и применять. А поскольку на современном этапе правового развития именно международное частное право и тесно связанная с ним частноправовая компаративистика обладают наибольшим опытом по сбору информации о различных правовых подходах, применительно к различным способам квалификации понятий и норм, выработке единообразия в такой квалификации, то именно они могут активно содействовать сфере прав человека в данном плане и влиять на нее.

Существующие в современном российском праве достижения и сложности применительно к взаимодействию прав человека и международного частного права

Говорить о каких-либо достижениях в российском праве по вопросам, относящимся одновременно как к правам человека, так и к международ-

ному частному праву, можно только применительно к очень квалифицированным актам Конституционного Суда РФ. Другие российские государственные суды (включая Верховный Суд РФ и Высший Арбитражный Суд РФ) в своей практике активно и детально эти вопросы еще не рассматривали.

Предъявлять какие-либо требования к законодательной власти в рассматриваемом аспекте было бы наивно: это не ее дело. Что же касается теоретических изысканий в данной области, то они только начинаются. При этом надлежит признать, что доктрина российского международного частного права не уделяет им должного внимания. По меньшей мере, ни в одном из учебников по международному частному праву, выпущенных в последние годы, вопросы взаимодействия прав человека и международного частного права специально и подробно не рассматривались.

Одной из самых очевидных проблем является слабое распространение информации о международных документах, посвященных как правам человека, так и международному частному праву, равно как и серьезные сложности с доступом к таким документам. То же самое можно сказать и применительно к соответствующим иностранным нормативным источникам. В результате подавляющее большинство российских юристов не только не представляют себе реальной картины того, как могут и должны взаимодействовать права человека и международное частное право, но даже и не имеют возможности найти без особых сложностей информацию об этом.

Еще менее распространены и еще менее доступны в России сведения о практике иностранных конституционных и иных судебных органов по вопросам, затрагивающим как права человека, так и международное частное право. Между тем, в развитых странах такая практика весьма богата и может представлять интерес для российской юриспруденции не только с научной точки зрения.

Подробная информация о решениях наднациональных судебных органов, занимающихся защитой прав человека, и тексты таких решений стали доступными в России совсем недавно, причем это верно только применительно к решениям Европейского суда по правам человека.[61] В основном они публикуются в "Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации" и "Журнале российского права", а также в отдельных монографиях или сборниках.

Соответственно, сложные, живые и важные вопросы теории и практики применения на национальном и наднациональном уровне норм по правам человека к частноправовым вопросам с иностранным элементом во многом остаются для большинства российских юристов абстракцией и

[61] В этой связи необходимо выделить следующее издание: Европейский суд по правам человека. Избранные решения. В двух томах. М.: Изд. НОРМА, Институт европейского права МГИМО(У) МИД РФ, COLPI, Совет Европы, INTERIGHTS, 2000.

безжизненными конструкциями. Не могут выглядеть иначе и многие вопросы международного частного права в их связи со сферой прав человека, хотя именно последняя существенно повлияла на первые и выявила, по меньше мере, новые их аспекты или даже представила их в новом свете. Негативные последствия такого положения вещей для науки и правоприменительной практики вполне очевидны.

В условиях российской действительности, ввиду недостатков регулирования правоотношений с иностранным элементом и предоставления иностранным лицам высокого уровня защиты их прав (в виде распространения на них национального режима с изъятиями, которые могут быть установлены только федеральными законами и международными договорами России), достаточно широкое распространение получило искусственное привлечение в судебные споры иностранных субъектов в качестве истцов или третьих лиц. Автор настоящей работы сам был свидетелем нескольких случаев, когда российские лица, сами проигравшие дело в каком-либо суде, посредством использования иностранного лица пытались добиться в другом суде выгодных для них результатов, причем в ряде случаев инициаторам таких действий, являвшимся крупнейшими российскими коммерческими организациями, в этом помогали некоторые российские федеральные органы (другие же органы, включая Генеральную прокуратуру РФ, открыто предпочитали бездействие), чиновники которых руководствовались сиюминутной выгодой и, очевидно, не только таковой. В этих ситуациях речь также шла о якобы нарушенных фундаментальных правах и свободах иностранных лиц, гарантированных им Конституцией РФ. Вполне понятно, что в таких случаях, учитывая конкретные обстоятельства, налицо было злоупотребление правами, которое российскими судами должно пресекаться: им не следует игнорировать факты, указывающие на то, что субъект, утверждающий о нарушении его конституционно защищаемых прав, на самом деле является марионеткой в руках других лиц. Впрочем, *ab abusu ad usum non valet consequentia* (злоупотребление при пользовании не довод против самого пользования), а допущенные злоупотребления необходимо рассматривать в качестве уроков, могущих послужить совершенствованию российского права. Отметим лишь еще тот момент, что только что рассмотренные случаи не имеют ничего общего с традиционной теорией "обхода закона" в международном частном праве.

В заключение нельзя не сказать несколько слов также о неправильных ссылках на права человека, но используемых уже не частными лицами, а некоторыми судьями государственных арбитражных судов, включая Высший Арбитражный Суд РФ, в отношении третейского разбирательства, которое в аспекте международного частного права выступает международным коммерческим арбитражем. Дело в том, что в последние годы в системе государственных арбитражных судов нередко, к большому сожалению, открыто или завуалированным образом пытаются дискредитировать саму идею третейского разбирательства, а нижестоящие суды

при этом принимают подобные заявления как руководство к действию и выносят незаконные решения.[62] Вполне понятно, что в данном случае имеет место борьба за юрисдикционную власть и за как можно более полный неоправданный контроль государственных судов над альтернативными способами разрешения частноправовых споров. К сожалению, одно из направлений активности государственных арбитражных судов состоит в использовании ссылок на такое фундаментальное право человека, как право на правосудие: "Одно из предложений экспертов Совета Европы касается третейской оговорки. Суть в том, чтобы независимо от наличия третейской оговорки в договоре и от того, рассматривается ли дело в третейском суде, дать сторонам возможность в любой момент обратиться в государственный суд. Действующий АПК РФ этого не позволяет: если в договоре имеется третейская оговорка и с ней не согласна лишь одна сторона, дорога в государственный суд закрыта.

Несовершенство данной нормы очевидно: нередко к нам обращаются представители одной из сторон, ранее согласившиеся на третейскую оговорку, с просьбой рассмотреть дело в государственном суде. Они объясняют изменение своей позиции тем, что в свое время не до конца продумали все "за" и "против", связанные с третейской оговоркой. Мы же в таких случаях вынуждены отказывать.

Эксперты Совета Европы полагают, что помещение подобной нормы в АПК было ошибкой, поскольку, согласно нашей Конституции, никто не может быть лишен возможности защищать свои права в государственном суде. Конституция любого государства гарантирует судебную защиту каждому лицу. Поэтому добровольность решения о передаче дела в третейский суд должна быть соблюдена до конца. И если после внесения третейской оговорки в договор кто-то передумал, то в этой части договор может быть нарушен в одностороннем порядке.

Такой подход для нас пока непривычен, и я не знаю, как отнесется к такому предложению Государственная Дума, но мы сочли его разумным и внесли такое положение в проект".[63] Иногда такую позицию предлагается рассматривать не так жестко, а только в качестве одного из возможных вариантов: "Если одна из сторон возражает против рассмотрения спора в третейском суде, несмотря на действительное третейское соглашение, третейский суд автоматически теряет компетенцию по рассмотрению спора... Считается, что в противном случае, когда государственный суд

[62] **Суханов Е.А.** Об одном решении арбитражного суда // Третейский суд. 2000. № 5. С. 45-50; Решение Арбитражного суда Краснодарского края // Третейский суд. 2000. № 5. С. 51-55; **Виноградова Е.А.** О судебно-арбитражной практике рассмотрения исков о расторжении соглашений о передаче споров на рассмотрение третейских судов // Третейский суд. 2000. № 6. С. 12-14; Постановление Арбитражного суда Краснодарского края // Третейский суд. 2000. № 6. С. 16-22.

[63] Интервью с первым заместителем Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ, доктором юридических наук, профессором М.К. Юковым // Законодательство. 2000. № 7. С. 4.

отказывается рассматривать спор при наличии третейского соглашения, нарушаются права данной стороны на правосудие".[64]

Однако даже такая более "мягкая" позиция не может считаться обоснованной ни с точки зрения Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), ни с точки зрения российского права.[65] Ссылки же на мнение экспертов Совета Европы выглядят непонятно: и Европейская Комиссия, и Европейский Суд в своей деятельности исходили и исходят из того, что в случае с правомерным и свободным избранием сторонами третейского разбирательства для разрешения их спора отсутствует нарушение ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод.[66]

Наконец, на настоящий момент известно уже три акта Конституционного Суда РФ, в которых анализируются вопросы, связанные с международным коммерческим арбитражем: определение Конституционного Суда РФ от 9 декабря 1999 г. № 191-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества "Очаковский молочный завод" на нарушение конституционных прав граждан статьями 34 и 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже";[67] определение Конституционного Суда РФ от 26 октября 2000 г. № 214-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ОАО АКБ "Сберегательный банк Российской Федерации" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже";[68] определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2001 г. № 204-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Акционерной компании "Алроса" и запроса Верховного Суда Республики Саха (Якутия) о проверке конституционности пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже".[69]

В указанных определениях Конституционный Суд РФ четко выразил мнение, согласно которому выбор сторонами спора процедуры третейского разбирательства не имеет ничего общего с нарушением

[64] Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2000. № 10. С. 85.

[65] **Комаров А.С.** Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. 2001. № 4. С. 87-94.

[66] См., например: решение Европейской комиссии по правам человека от 5 марта 1962 г. по делу № 1197/61 (Yearbook of the European Convention on Human Rights 5. Pp. 89, 95), решение Европейской комиссии по правам человека от 4 марта 1987 г. по делу № 10881/84 (European Commission of Human Rights. Decisions and Reports. 51. Strasbourg, April 1987. P. 83-103), решение Европейской комиссии по правам человека от 27 ноября 1996 г. по делу № 28101/95 (European Commission of Human Rights. Decisions and Reports. 87-A. Strasbourg, December 1996. P. 112-117).

[67] Вопросы правоприменения. Судебно-арбитражная практика Московского региона. 2001. № 6.

[68] Там же.

[69] Вестник Конституционного Суда Российской Федерации. 2002. № 1.

права на правосудие.[70]

Итак, вопросы взаимодействия прав человека и международного частного права в российской юриспруденции нуждаются не только в дальнейшем научном анализе, но и в серьезной разработке в практическом плане.

ГРАЖДАНСКО-ПРАВОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ С ИНОСТРАННЫМ ЭЛЕМЕНТОМ И УНИФИКАЦИЯ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

© Матвеева Т.В.

Международные договоры являются результатом согласования воли различных государств, принимающих в них участие. Объективными предпосылками заключения международных договоров являются факторы экономического и юридического характера, как-то: широкое распространение каких-либо отношений в международном экономическом обороте, в результате чего появляется необходимость унификации данных отношений с помощью международного договора; множественность правовых систем и неспособность урегулирования правоотношений с иностранным элементом с помощью иных средств унификации; потребность в наличии общего режима в определенной сфере отношений и т.д.

Г.М. Вельяминов полагает, что "роль международных договоров в так называемом международном частном праве невозможно выяснить без более четкого понимания феномена самого международного частного права, без внятного ответа на вопрос, что являет собой нормативная среда, в которой международные договоры играют ту или иную роль".[1]

Значение международного договора в различных областях международного сотрудничества неодинаково.

Конвенция по вопросам международного частного права приобретает значение основного источника международного частного права в регулировании тех отношений с иностранным элементом, в которых она не только охватывает широкий круг вопросов, но и при регулировании которых достигается ее цель, задачи, эффект ради которого она заключалась. Значение же конкретного международного договора в регулировании отношений с иностранным элементом объясняется многими причинами и зависит от большого количества факторов.

Одни конвенции получают широкое распространение и пользуются успехом среди сторон внешнеэкономических сделок, другие претерпева-

[70] См. также: **Муранов А.И.** Международный коммерческий арбитраж в актах Конституционного Суда Российской Федерации // Московский журнал международного права. 2002. № 2.

[1] **Вельяминов Г.М.** Международные договоры в "международном частном праве" и его понятие. // Государство и право. 2002. № 8. С. 1.

ют неудачи ввиду различных сложностей, связанных, например, с отражением в них интересов одной правовой системы, государств только одной группы, неурегулированностью в них определенных вопросов, подлежащих унификации, с вступлением в силу и т.д.

Так, например, недостатком Гаагских конвенций 1964 г. (о Единообразном законе о заключении договора международной купли-продажи товаров и о Единообразном законе о международной купле-продаже товаров), обусловившим отсутствие широкого их признания, явилось то, что эти конвенции представляли результат деятельности только западных государств, что отмечалось в представленном в 1970 г. на рассмотрение ЮНСИТРАЛ анализе мнений отдельных стран о Гаагских конвенциях 1964 г.[2]

В настоящее время Россия участвует в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Конвенции ООН о международном финансовом лизинге 1988 г., в области интеллектуальной собственности – в Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений 1886 г., Всемирной конвенции об авторском праве 1952 г., Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г., Парижской конвенции по охране промышленной собственности 1883 г. и множестве других.

Участие в многосторонних конвенциях неизбежно влекло приведение национального законодательства в соответствие с требованиями этих конвенций, а зачастую – совершенствование законодательства на национальном уровне в форме принятия новых законов (например, Закон РФ "Об авторском праве и смежных правах" 1993 г.) или внесение дополнений и изменений в действующие законы являлось предпосылкой присоединения РФ к международным конвенциям.

В настоящий период социально-экономического развития России, ее участие в вышеперечисленных конвенциях не является достаточным. В связи с намерением России защищать права своего населения во все более разных областях и на все более высоком уровне актуальным является ее присоединение к более совершенным международным стандартам.

Неоднократно подтверждалась принципиальная готовность РФ присоединиться к Международной конвенции по охране интересов артистов - исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. (Римская конвенция).

20 декабря 2002 г. Правительство РФ приняло постановление № 908 о присоединении к этой конвенции. В приложении к постановлению сделано заявление о применении определенных оговорок в отношении отдельных положений этой конвенции.

Желательной перспективой для РФ является участие России в Соглашении по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности (далее – ТРИПС), обеспечивающим защиту всех традиционных видов прав на интеллектуальную собственность.

[2] Документ A/CN.9/31.

передоверие, в перечне отсутствует. К этому можно добавить, что указание в пункте 2 данной статьи на то, что с прекращением доверенности прекращается и действие передоверия, подтверждает вторичность полномочий субститута и вместе с тем независимость полномочий поверенного, осуществившего передоверие. При передоверии не происходит ни цессии, ни перевода долга, что облегчает возможность, в частности, использовать субституцию для передачи субституту части принадлежащих поверенному полномочий.

Таким образом, в результате субституции у доверителя появляются два поверенных, что, разумеется, расширяет возможности использования представительства для доверителя.

Из всего этого следует некоторая условность самих терминов "передоверие" и "замена", поскольку, строго говоря, поверенный не передает своих прав субституту, а лишь наделяет его имеющимся у него правом, сохраняя одновременно это же право за собой.

М.И.БРАГИНСКИЙ,
главный научный сотрудник
Института законодательства
и сравнительного правоведения
при Правительстве
Российской Федерации,
доктор юридических наук, профессор

ОСНОВОПОЛАГАЮЩИЕ ПРИНЦИПЫ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА

В современном мире конституции отдельных государств практически прямо не касаются регулирования вопросов арбитража (третейского суда)[1]. Вместе с тем эта форма альтернативного судопроизводства признается во всех странах, имеющих развитую правовую систему, обеспечивающую нормальное функционирование рыночной экономики. То обстоятельство, что французская Конституция 1791 года, закрепившая завоеванные революцией права и свободы личности, существующие в демократическом обществе, предусмотрела, что закон не может лишить граждан права решать свои споры путем арбитража, дает основание сделать вывод, что в современных условиях это положение стало настолько очевидным, что не было нужды отдельно говорить об этом в основном законе современного демократического государства. Это также подтверждается тем, что третейский суд на протяжении многих веков признавался наряду с государственной юстицией законным способом разрешения конфликтов. Третейский суд был известен и на Руси с древнейших времен. Кроме того, вряд ли можно опровергнуть мнение, что третейский суд предшествовал государственному.

Если все же говорить о современных конституционных истоках третейского судопроизводства, то в правовой теории и практике преобладающей считается позиция, заключающаяся в том, что легитимность этой процедуры основана на праве свободы действий граждан и их частной автономии, конституционно закрепленных в том или ином виде[2].

Обращаясь к действующей Конститу-

[1] В настоящей статье эти термины будут использоваться как взаимозаменяемые, поскольку за пределами границ бывшего СССР термины "арбитраж", "арбитражный суд" используются только в отношении процедуры, которая в российском законодательстве обозначается термином "третейский суд".

[2] *Schütze R.A.* Privatesirung Richterlicher Tätigkeit: Ersetzung Staatlicher Gerichte durch Private Schiedsgerichte. Zeitschrift der Vergleichende Rechtswissenschaft. 99. Band. August 2000. S. 242.

ции Российской Федерации, в данном контексте можно было бы назвать, во-первых, статью 34 (ч.1), которая предусматривает, что каждый имеет право на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Кроме этого, статья 45 (ч. 1) устанавливает, что каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. В данной связи следует вспомнить, что третейский суд отнесен Гражданским кодексом Российской Федерации к числу видов судебной защиты прав (ст. 11) и порядок осуществления третейского разбирательства регулируется специальным законодательством (Законом Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" 1993 года и Временным положением о третейском суде для разрешения экономических споров 1992 года[3]).

До начала 90-х годов в силу отсутствия экономических и правовых предпосылок третейский суд не получил необходимого развития, за исключением внешнеэкономической сферы, где международный коммерческий арбитраж был практически единственным способом разрешения споров, возникавших с иностранными контрагентами. На сегодняшний день практика применения отечественного законодательства о третейском суде еще не вполне достаточна для того, чтобы восполнить пробелы, а порой и нечеткость в регулировании весьма сложного механизма действия третейского суда, что безусловно создает трудности в его развитии. Это проявилось особенно заметно, когда третейское разбирательство стало получать все большее распространение в хозяйственной практике, по всей стране появилось множество постоянно действующих третейских судов, принявших на себя разрешение немалого числа экономических споров.

Развитие третейского суда как альтернативы государственному суду практически во всех странах рассматривается как положительное явление, способствующее, в частности, значительному облегчению бремени, лежащего на государственном правосудии в сфере разрешения конфликтов, возникающих между участниками хозяйственного оборота. Кроме этого, в сфере внешнеэкономических отношений международный арбитраж рассматривается как важный элемент, эффективно способствующий развитию международного сотрудничества. В этой связи чрезвычайно важным для любого государства представляется создание условий для обеспечения надлежащего применения существующего в этой области национального законодательства, которое должно быть основано на правильном понимании правовой природы и роли третейского суда как составной части национальной правовой системы.

Как уже было отмечено, отечественное законодательство о третейском суде, судебная практика и правовая доктрина, за некоторым исключением, пока еще не всегда, к сожалению, дают ответы на вопросы, возникающие сегодня в современной российской правоприменительной практике. Часто причина этого кроется в том, что недостаточно ясными представляются вопросы, связанные с основополагающими идеями и понятиями, на которые должен опираться фундамент правового регулирования третейского суда в современном демократическом обществе. Иными словами, существует достаточно острая потребность в разрешении правовых проблем, которые по своему содержанию очевидно затрагивают конституционные начала правовой системы государства. Думается, что полезную роль в решении этой проблемы как в теории, так и на практи-

[3] В настоящее время на рассмотрении Государственной Думы Федерального Собрания Российской Федерации находится законопроект о третейских судах, который прошел первое чтение.

ке должны играть международные правовые стандарты, существующие в этой области, а также анализ и учет опыта разработки и применения соответствующего законодательства в других странах.

Одним из важнейших источников общепризнанных на международном уровне норм, которые должны обеспечивать соблюдение государством фундаментальных прав и свобод личности, в том числе и в сфере отправления правосудия, является Конвенция о защите прав человека и основных свобод от 4 апреля 1950 г. (ее часто называют Европейская конвенция по правам человека), а также решения Европейской комиссии и Европейского суда по правам человека, образованных в целях обеспечения исполнения обязательств, вытекающих из названной Конвенции. Решения Комиссии и Суда имеют большое значение для надлежащего соблюдения государствами положений Конвенции, и, кроме того, безусловно, эти решения дают четкие ориентиры для определения государствами своей политики по тем или иным принципиальным вопросам соблюдения прав и основных свобод человека.

Как известно, участницей Европейской конвенции совсем недавно стала также Российская Федерация, для которой нормы, содержащиеся в Конвенции, приобрели обязательный характер. Решения Европейской комиссии и Европейского суда по правам человека также приобрели для России прецедентное значение.

На протяжении последних лет Комиссия и Суд по правам человека несколько раз имели повод высказать свое мнение также по вопросам, имеющим непосредственное отношение к третейскому суду, в частности по вопросам взаимоотношений государства и третейского суда.

Отправным моментом в анализе связанных с этой темой вопросов были, как правило, положения статьи 6 (п. 1) Европейской конвенции по правам человека, которая, в частности, гласит: "Каждый человек имеет право при определении его гражданских прав и обязанностей или при рассмотрении любого уголовного обвинения, предъявляемого ему, на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона".

В целом в принятых Комиссией по правам человека решениях совершенно однозначно признается легитимность третейского суда в рамках приведенного выше положения Конвенции. Вместе с тем устанавливаются также и определенные правовые рамки, в которых может существовать третейский суд.

Уже в 1962 году Комиссия признала, что Европейская конвенция по правам человека не препятствует сторонам отказаться от прав, предоставляемых Конвенцией. Было признано, что соглашение о третейском суде (арбитражное соглашение) представляет собой форму отказа от определенных прав, предусмотренных Конвенцией. Было также указано, что если арбитражное соглашение было совершено под давлением, то оно будет находиться в противоречии с Конвенцией, а также то, что арбитры должны принимать во внимание дух Конвенции[4]. Следует отметить, что в некоторых странах, например в ФРГ, это положение также было признано на уровне верховной судебной власти[5].

На этом фоне явным диссонансом звучит мнение экспертов Совета Европы, на которое имеется ссылка в российской юридической литературе и суть которого сводится к тому, что соглашение о третейском суде может рассматриваться как не соответствующее конституционному положению о праве на судебную защиту и, следовательно, соглашение о третейском суде может быть нарушe-

[4] Решение 1197/61 от 05.03.62, Yearbook of the European Convention on Human Rights 5, 95. (*Heller K.* Constitutional Limits of Arbitration, in Stockholm Arbitration Report 2000:1.)

[5] *Trappe J.* The Arbitration Proceedings – Fundamental Principles and Rights of the Parties // Journal of International Arbitration. September 1998. Vol. 15. No. 3. P. 94.

но одной из сторон без всяких на то правовых оснований, лишь только потому, что она "передумала"[6].

Справедливости ради надо сказать, что в зарубежной юридической литературе присутствует точка зрения, обращающая внимание на то, что заключение соглашения о третейском суде не может рассматриваться как **полный** отказ от предоставляемых Конвенцией фундаментальных прав, однако следует отметить, что ни Европейская комиссия по правам человека в относящихся к этому вопросу решениях, ни правовая доктрина не проясняют, где же находятся границы допустимого отказа от конвенционных прав[7]. Рациональность такого подхода не вызывает сомнения, поскольку не любое, а только юридически действительное соглашение о третейском суде может рассматриваться как правомерный отказ от фундаментальных прав, гарантируемых конституцией и подтверждаемых Конвенцией. Если же такое соглашение, например, не было добровольным, то есть нарушало другое конституционное право личности, то очевидно, что оно не может рассматриваться как правомерный отказ от конституционных или конвенционных прав. Поэтому утверждение, что "если одна из сторон возражает против рассмотрения спора в третейском суде, несмотря на действительное третейское соглашение, третейский суд автоматически теряет компетенцию по рассмотрению спора"[8], представляется юридически необоснованным.

Одновременно следует подчеркнуть, что в современных условиях подавляющее большинство государств выступают в пользу арбитража (третейского суда) и закрепляют в нормах своего законодательства положения, вытекающие из указанных выше фундаментальных начал, определяющих юридическую допустимость третейского суда[9]. Это достигается приданием важных процессуальных последствий факту заключения соглашения о третейском суде, которые состоят в том, что государственные суды должны действовать в такой ситуации в поддержку действительного третейского соглашения. Конкретным подтверждением такого подхода является, в частности, Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, который со всей очевидностью выражает общепринятую на международном уровне позицию. Положения, имеющие аналогичное содержание, закреплены также в принятых в последнее время в ряде стран законах об арбитраже (Великобритания – 1996 год, ФРГ – 1998 год, Швеция – 1999 год).

В российском законодательстве, в частности, эти традиционные для отечественного права положения о правовых последствиях соглашения о третейском суде закреплены в статье 87 АПК РФ, статье 219 ГПК РФ, статье 8 Закона "О международном коммерческом арбитраже". Кроме того, положения, связанные с признанием арбитражных соглашений, вытекают из международных договоров, в которых участвует Российская Федерация, в частности Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений (Нью-Йорк, 1958) и Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже (Женева, 1961). Очевидно, что позиция законодателя при принятии нового регулирования, относящегося к третейскому суду, должна определяться в конце концов тем, есть или нет у него заинтересованность в дальнейшем развитии третейского суда как элемента национальной правовой системы.

---

[6] См.: Законодательство. 2000. № 7. С. 4.

[7] См.: *Heller K.* Op. cit. P. 15.

[8] См.: *Нешатаева Т.Н., Старженецкий В.В.* Третейские и государственные суды. Проблема прав на правосудие // Вестник ВАС РФ. 2000. № 10. С. 85.

[9] Commercial Justice. Document prepared by the Legal Affairs Directorate (MM8 (95) Doc. le.). Council of Europe. Strasbourg. 7 march 1995. P. 35.

Важное положение, которое также относится к основополагающим понятиям третейского судопроизводства, было сформулировано в другом решении Комиссии по правам человека, принятом в 1982 году. В этом решении также нашла отражение ее позиция и по ряду более специальных вопросов деятельности третейского суда в конкретной сфере предпринимательской деятельности[10]. Основополагающий для понятия юридического содержания третейского судопроизводства и в известной мере отражающий суть третейского суда принцип, отмеченный в решении Комиссии, сводится к тому, что назначение арбитров (третейских судей) сторонами – и поэтому близкие отношения между ними – не противоречит статье 6 Конвенции, если применяемая процедура назначения арбитров дает сторонам равные права и положение. В этом же решении Комиссия отметила, что ограниченный контроль арбитражного решения со стороны государственных судов также не противоречит статье 6 Европейской конвенции по правам человека.

Другое решение Комиссии, принятое в 1991 году, определяет цели и объем контроля в отношении решения третейского суда, который может осуществляться государственным судом[11]. Комиссией было подчеркнуто, что, признавая и разрешая принудительное исполнение арбитражного решения, государственный суд осуществляет контроль и гарантирует, что процедура арбитражного разбирательства была справедливой и корректной и она была проведена с соблюдением фундаментальных прав сторон. Кроме того, указанное решение Комиссии стало основой для следующих выводов по вопросу о демаркации границы между государством и третейским судом, или, иными словами, о пределах, в которых может существовать в государстве третейское судопроизводство:

третейский суд приобретает юридическую значимость как продукт свободы воли сторон, только если стороны требуют, чтобы их третейское соглашение или решение третейского суда было признано государством, как это было сказано выше;

заключение соглашения о третейском суде должно рассматриваться как (частичный) отказ от прав, предусмотренных Конвенцией;

государство, в принципе, не несет ответственности за действия третейского суда;

государству, однако, дается право наделять решение третейского суда принудительной исполнительной силой, если государственные суды также выясняют, были ли соблюдены третейским судом принципы справедливости (*fairness*). Это, однако, не означает контроль за тем, были ли соблюдены арбитрами все те гарантии, которые требуются от государственных судей, например публичность судебного разбирательства, но должно проверяться, соблюдаются ли минимальные стандарты справедливости.

Представляется необходимым подчеркнуть, что таким образом формулируется один из главных критериев для признания третейского суда допустимым элементом правовой системы государства и, следовательно, его соответствия международным требованиям соблюдения фундаментальных прав и свобод личности, а именно критерий необходимости обеспечения в процессе третейского судопроизводства **минимальных стандартов справедливости**. Таким образом, те процессуальные нормы, которые действуют в системе государственных судов различного вида и которые, в принципе, должны соответствовать максимальным критериям справедливости, не могут рассматриваться как основа для оценки легитимности конкретных

[10] Решения 8588 и 8589 от 12.10.82 (*Heller K.* Op. cit. P. 12).

[11] Решение 18479/91 от 12.12.91 (*Heller K.* Op. cit. P. 13–14).

правил третейского разбирательства.

Безусловно, что указанному критерию отвечают принятые на международном уровне документы, относящиеся к международному коммерческому арбитражу, в частности Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ), Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже, а также ряд других аналогичных по своему содержанию актов, принятых, в частности, на региональном уровне. Таким образом, отсутствуют основания, например, для вывода, что третейское разбирательство в соответствии с Законом Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" вряд ли может быть признано противоречащим Конституции Российской Федерации или Европейской конвенции о правах человека, в частности когда речь идет об осуществлении права на правосудие. Это обстоятельство следует иметь в виду и при принятии нового российского закона о третейском суде для разрешения споров внутри страны, а также иных законодательных актов, связанных с регулированием деятельности третейского суда.

Другим важным вопросом, относящимся к фундаментальной проблеме соотношения государственной власти, с одной стороны, и прав граждан и предприятий передавать свои споры на разрешение третейского суда, с другой стороны, является вопрос о том, разрешение каких споров государство оставляет исключительно за государственными судами и не признает третейское судопроизводство путем отказа в признании и принудительном исполнении решений третейских судов, если были нарушены эти правила. Иными словами, существует также проблема допустимости соглашений о третейском разбирательстве, которую часто называют проблемой "арбитрабельности". В российском законодательстве о третейском суде (международном коммерческом арбитраже) ей уделено крайне мало внимания. Вместе с тем в практике уже сейчас возникает немало вопросов, относящихся к этой проблеме.

В данной связи представляет интерес решение Европейского суда по правам человека от 9 декабря 1994 г.[12]. Один из выводов, который можно сделать из этого решения, заключается в том, что государство, признав путем принятия законодательного акта недействительными арбитражные соглашения, на основе которых были разрешены имущественные споры, нарушило баланс между требованиями публичных интересов и защитой фундаментальных прав личности.

Таким образом, можно констатировать, что определение государством "арбитрабельности" должно осуществляться с учетом фундаментального характера права на использование третейского суда как способа защиты имущественных прав. Естественно, этот вывод касается не только издаваемого государством законодательства. Более острым этот вопрос становится, когда в законодательстве отсутствует прямое указание на то, какие споры либо по субъектам, либо по существу не могут быть предметом третейского разбирательства, и решение этой проблемы переносится в сферу судебной деятельности.

Помимо необходимости учета вышеназванного положения о соблюдении фундаментальных прав личности при решении вопроса, подлежит ли рассмотрению третейским судом тот или иной спор, представляется также, что положение статьи 11 ГК РФ дает основание считать, что любой спор, вытекающий из гражданско-правовых отношений, может быть решен в порядке третейского разбирательства, если он прямо не изъят законом из юрисдикции третейского суда. В этой связи представляется по меньшей мере сомнительным предложение о применении при решении вопроса о допустимости соглашения

[12] Извлечение из этого решения опубликовано в Вестнике ВАС РФ № 10 за 2000 год, с. 92–97.

о третейском разбирательстве критерия "общественной ценности" спора, поскольку такой подход допускает высокую степень субъективности, тем более что он будет применяться задним числом, то есть после того, как спор уже возник или даже уже разрешен[13].

При анализе международных документов, касающихся третейского разбирательства, обращает на себя внимание то, что акцент во всех случаях определения фундаментальных вопросов взаимоотношений государства и третейского суда в международно-правовых документах ставится на государственном контроле **процедуры** третейского разбирательства. Думается, что такая позиция международного сообщества объясняется, помимо прочего, тем, что иной подход в законодательстве и практике к этому вопросу, в частности допустимость судебного контроля по существу решения, принятого третейским судом, был бы несовместим с природой третейского суда и стал бы препятствием для его развития.

Однако правовые последствия деятельности третейского суда могут быть ограничены или вовсе исключены также и в случае, когда в отношении имевшей место процедуры третейского разбирательства нет никаких претензий. Вместе с тем государство может отказать в придании юридической силы третейскому решению, если его исполнение приведет к результатам, несовместимым с публичным порядком, существующим в данном государстве. Такой подход применяется не только в отношении решений третейского суда, но и во всех случаях, когда государство имеет дело с последствиями действия на его территории юридических актов, принятых органом, не относящимся к системе органов государственной власти данного государства, или основанных на применении иностранного права.

В соответствии с российским законодательством несоответствие публичному порядку может стать основанием для отказа в признании и принудительном исполнении только решения международного третейского суда, независимо от того, вынесено это решение в России или за рубежом (статьи 34–36 Закона о международном коммерческом арбитраже). Данная проблема не является актуальной для деятельности в России третейского суда по спорам, не носящим международный характер, поскольку Временное положение о третейском суде по хозяйственным спорам 1992 года устанавливает тотальный контроль государства за деятельностью третейского суда.

Говоря о международном арбитраже, необходимо упомянуть, что государство, в частности, в гражданско-правовых отношениях допускает применение норм иностранного права, то есть таких правил поведения, которые не обязательно соответствуют российским нормам. Однако если применение этих норм на территории Российской Федерации, например при признании или приведении в исполнение международного арбитражного решения, будет означать признание фактического положения, которое не может быть совместимо с фундаментальными основами установленного в государстве правопорядка, то есть противоречить публичному порядку, то государство вправе отказаться санкционировать такое положение. Важно подчеркнуть, что решающим в выяснении этого вопроса является не факт несоответствия иностранных и российских норм, а те правовые последствия, которые будет иметь применение на практике арбитражного решения, основанного на их применении. Указанные положения зафиксированы в действующем российском законодательстве (ст. 36 Закона о международном коммерческом арбитраже) и международных договорах,

[13] См.: *Морозова Ю.Г.* Отказ в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: основания публичного характера // Вестник ВАС РФ. 2000. № 7. С. 144.

в которых участвует Российская Федерация (в частности, статья V, 2b, Нью-Йоркской конвенции 1958 года).

Вместе с тем существует достаточно сложная и актуальная проблема применения указанных положений на практике. В связи с высказываемыми различными мнениями о том, чем конкретно должен руководствоваться суд, решая указанную проблему применения нормы о публичном порядке, следует подчеркнуть, что во всех случаях это должны быть положения, составляющие **правовую основу государства**, – нормы, либо прямо сформулированные, как, например, положения главы 2 (права и свободы человека и гражданина) Конституции Российской Федерации, либо вытекающие из этих правовых основ. Но в любом случае это не должна быть оценка таких обстоятельств, как, например, "социально-экономические факторы"[14], которая, как правило, носит локальный, временный и субъективный характер и не имеет ничего общего с правовыми основами государства. Нельзя не согласиться с мнением, что при ином подходе к этой проблеме международный арбитраж в России может столкнуться с незавидными перспективами[15].

Имеется и еще один аспект данного вопроса. Исходя из того, что главная цель любого международно-правового документа состоит в унификации подходов к решению аналогичных проблем в разных странах, государства – участники международной конвенции должны стремиться к ее единообразному применению. В имеющейся за рубежом многочисленной литературе по вопросу применения Нью-Йоркской конвенции практически всегда подчеркивается мысль о том, что применение нормы о публичном порядке может иметь место лишь в исключительных случаях и, кроме того, применяемые критерии публичного порядка должны носить международный характер. Это должны быть критерии, которые государство применяет к оценке отношений, имеющих международный элемент, а не к оценке отношений, имеющих чисто внутренний характер. Показательно, что существующая в разных странах судебная практика по признанию и приведению в исполнение иностранных арбитражных решений дает значительно больше примеров, когда суды отказывали применять норму о публичном порядке, по сравнению со случаями, когда они приходили к выводу, что те обстоятельства, которые выдвигала заинтересованная сторона как основание для применения нормы о публичном порядке, оправдывают ее применение.

Очевидно, что российская судебная практика по этим вопросам должна также принимать во внимание указанные выше правовые моменты и стремиться к тому, чтобы судебные решения, связанные с применением международных правовых актов, по своему содержанию отвечали также и международным стандартам.

А. С. КОМАРОВ,
доктор юридических наук, профессор,
председатель
Международного коммерческого
арбитражного суда
при Торгово-промышленной палате
Российской Федерации,
член Совета при Президенте
Российской Федерации по вопросам
совершенствования правосудия

[14] См.: *Морозова Ю.Г.* Указ. статья. С. 146.

[15] См., напр.: *Тимохов Ю.А.* О некоторых случаях судебного вмешательства в сфере международного коммерческого арбитража. Международное частное право. Современная практика. М., 2000. С. 279.

ПРЕЦЕДЕНТЫ ЕВРОПЕЙСКОГО СУДА

ТРЕТЕЙСКИЕ И ГОСУДАРСТВЕННЫЕ СУДЫ. ПРОБЛЕМА ПРАВ НА ПРАВОСУДИЕ

Уважаемые читатели, данная публикация посвящена одной из сложных проблем, которая возникает перед арбитражными судами Российской Федерации в современной практике. Это проблема соотношения компетенции третейских и государственных судов.

В компетенцию третейских и государственных судов входит разрешение экономических споров. И государственные, и третейские суды выносят решения, затрагивающие гражданские права физических и юридических лиц[1]. Поэтому неизбежно встает вопрос о соотношении компетенции этих судов.

Проблема осложняется и тем, что на государственные суды действующим законодательством возложена функция судебного контроля за деятельностью третейских судов. Реализация этой контрольной функции на практике часто вызывает множество вопросов и споров об объеме и границах судебного контроля. Вопрос выглядит особенно острым на фоне отсутствия четких законодательных норм, а также многочисленных злоупотреблений, связанных с пороком воли лиц, заключающих арбитражное соглашение (обход закона, ущемление интересов слабой стороны).

Как следует поступать государственным судам, если при наличии третейской оговорки в договоре сторона обращается за разрешением спора в государственный суд? Когда государственные суды должны, а когда не должны вмешиваться в деятельность третейского суда? Ограничивается ли судебный контроль проверкой соблюдения процессуальных гарантий сторон в ходе третейского разбирательства или необходимо также проверять правильное применение третейским судом норм материального права?

Существует несколько точек зрения на проблему соотношения компетенции государственных и третейских судов. Согласно одной точке зрения третейские суды могут разрешать частные споры только при явно выраженном согласии обеих сторон. Если одна из сторон возражает против рассмотрения спора в третейском суде, несмотря на действительное третейское соглашение, третейский суд автоматически теряет компетенцию по рассмотрению спора[2]. Считается, что в противном случае, когда государственный суд отказывается рассматривать спор при наличии третейского соглашения, нарушаются права данной стороны на правосудие.

[1] Сразу следует оговориться, что третейские суды могут рассматривать только частные споры. Поэтому в дальнейшем речь пойдет только о тех случаях, когда третейские суды рассматривают частноправовые споры.

[2] Такая точка зрения была высказана М.К. Юковым. См.: Законодательство. 2000. № 7. С. 4.

Согласно другой точке зрения при наличии третейского соглашения государственные суды вообще не могут вмешиваться в деятельность третейских судов, за исключением случаев исполнения уже вынесенного решения третейского суда[3]. Государственные суды должны отказываться от компетенции при наличии третейского соглашения, прекращать производство по делу во всех случаях, не проверяя действительность третейской оговорки, поскольку этот вопрос относится к компетенции третейского суда.

Представляется, что, как и во многих иных спорных ситуациях, истина находится на золотой середине между публичными и частными интересами и позволяет разрешить коммерческие конфликты альтернативными способами. Чрезмерное вмешательство государства в частные отношения сторон может привести к нарушению процессуальных и материальных прав, гарантированных Европейской конвенцией о правах и свободах человека (как это следует из публикуемого ниже решения Европейского суда), нанести вред интересам участников экономического оборота[4]. И наоборот, невнимание государственных органов к защите прав каждого на правосудие или к соблюдению публичного порядка при осуществлении деятельности третейских судов и вынесении ими своих решений может повлечь за собой негативные последствия[5].

На наш взгляд, наиболее оптимальным, учитывающим интересы обеих сторон в споре и разумное соотношение между деятельностью третейских и государственных судов, является сбалансированный подход, заключающийся в ограниченной контрольной функции государственных судов, рассматривающих споры по поводу соблюдения важнейших прав сторон при разбирательстве дела в третейском суде. В данной статье мы постараемся кратко раскрыть основное содержание этого подхода.

Для удобства изложения мы рассмотрим несколько стадий, на которых реализуется контрольная функция государственных судов:

1. Начальная стадия. Определение компетенции.

2. Стадия разбирательства дела в третейском суде.

3. Стадия оспаривания и исполнения решения третейского суда.

НАЧАЛЬНАЯ СТАДИЯ

Согласно статье 3 Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров 1992 года соглашение о передаче спора третейскому суду – это соглашение сторон о передаче третейскому суду конкретного спора, споров определенных категорий или всех споров, которые возникли или могли возникнуть между ними в связи с каким-либо правоотношением. Соглашение может быть заключено в виде оговорки в договоре или в виде отдельного соглашения. Аналогичное определение содержится и в статье 7 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" 1993 года (далее – Закон о МКА). Третейское соглашение (или, как его иногда еще называют, – арбитражное соглашение) – это основа компетенции третейского суда. Оно является автономным, то есть независимым от судьбы главного договора[6].

[3] См.: *Минаков А.И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М.,1985.

[4] См. об этом подробнее: *Нешатаева Т.Н., Старженецкий В.В.* Соблюдение баланса публичного и частного интереса // Вестник ВАС РФ. 2000. № 4. С. 110–118.

[5] Президиум Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации неоднократно обращал внимание судов на данную проблему (см., например, постановления Президиума № 3004/95, 4776/96, 5644/96, 4264/97, 2046/97, 3836/98, 6084/99).

[6] См. подробнее: *Лебедев С.Н.* Международный коммерческий арбитраж: компетенция арбитров и соглашение сторон. М., 1988. С. 42–105.

Заключая арбитражное соглашение, как и любой другой гражданский договор, стороны принимают на себя определенные обязательства. Принимая решение о рассмотрении возможных споров в третейском суде, стороны несут и связанные с этим риски. В частности, связанные с некомпетентностью арбитров и ограниченной возможностью обжалования решения третейского суда.

"Специфичность арбитражного соглашения состоит в том, что, являясь гражданско-правовой сделкой, оно имеет процессуальные последствия"[7]. Именно вокруг этих процессуальных последствий и идут основные споры в среде юристов. Дело в том, что, по мнению многих видных представителей отечественной правовой доктрины, арбитражная оговорка обладает дерогационным эффектом, то есть исключает компетенцию государственных судов в отношении спора. Не отрицая сам дерогационный эффект, мы полагаем, что его действие является ограниченным, а не абсолютным. Приведем несколько примеров.

Каждая из сторон может обратиться как с иском о признании недействительной арбитражной оговорки, так и с иском по существу спора в государственный суд. В случае обращения стороны с иском о недействительности третейского соглашения государственный суд обязан рассмотреть дело и вынести решение, которое будет обязательным для сторон в споре. Необходимо также сказать, что по спорам о действительности арбитражной оговорки государственный суд всегда обязан принимать иск к своему производству независимо от стадии третейского разбирательства, так как по данным спорам единственным компетентным судом, выносящим окончательное и обязательное решение о действительности соглашения, является государственный суд.

В случае если сторона обращается с иском по существу спора, несмотря на наличие третейской оговорки, арбитражные суды Российской Федерации не должны отказываться от своей компетенции лишь в силу того, что имеется третейское соглашение. В этом случае государственный арбитражный суд должен начинать производство по делу, рассматривать спор по существу при отсутствии возражений другой стороны. Однако если другая сторона возражает против рассмотрения спора в арбитражном суде, то вступает в силу правило статьи 87 АПК РФ, когда суд при условии действительности третейского соглашения обязан оставить иск без рассмотрения. Следует отметить, что в соответствии с АПК РФ ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда должно быть подано ответчиком не позднее первого заявления по существу спора[8]. В дальнейшем возможность передачи данного спора в третейский суд будет утрачена[9].

В связи с последним примером, когда государственный суд оставляет иск без рассмотрения, возникает резонный вопрос: не нарушаются ли права стороны на правосудие, ведь она лишается доступа в суд?

На наш взгляд, теоретически права лица на правосудие в данном случае не нарушаются, так как лицо не лишается права на доступ в суд по конкретному спору вообще, а может впоследствии

---

[7] *Комаров В.В.* Международный коммерческий арбитраж. – Х.: Основа, 1995. С. 37.

[8] Такое правило содержится и в международном договоре Российской Федерации – Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 года (ст. 6). См. также раздел III постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 11.06.99 № 8 "О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса" (Вестник ВАС РФ. 1999. № 8. С. 8) и комментарии к этому постановлению (Вестник ВАС РФ. 1999. № 8. С. 100–103; № 9. С. 57–61).

[9] Данный вопрос был предметом недавнего рассмотрения Президиумом ВАС РФ (см. постановление № 6084/99 от 21.03.2000 // Вестник ВАС РФ. 2000. № 6. С. 68–69).

обжаловать решение третейского суда по этому спору в государственном суде, если, по мнению этой стороны, оно является неправосудным, если третейский суд не обладал компетенцией по рассмотрению спора или допустил другие нарушения законодательства. Таким образом, судебный контроль на данной стадии ограничивается, но присутствует в полном объеме на стадии исполнения третейского решения или его обжалования.

Однако на практике ввиду несовершенства российского законодательства о третейских судах права лица на правосудие серьезно ущемляются. Это происходит потому, что лицо не может эффективно обжаловать решение третейского суда. В отношении внутренних третейских судов процедуры обжалования ни Временным положением о третейском суде для разрешения экономических споров 1992 года, ни Положением о третейском суде 1964 года вообще не предусмотрено. В отношении международных коммерческих арбитражей возможность обжалования (оспаривания) предусмотрена Законом о международном коммерческом арбитраже 1993 года. Но данный Закон умалчивает о государственных арбитражных судах, через которые может происходить обжалование решений международных третейских судов, хотя именно арбитражные суды в соответствии с установленными законами правилами о подведомственности являются компетентными судами по рассмотрению экономических споров в Российской Федерации.

Возможно, эти пробелы следует устранить путем изменения действующего Арбитражного процессуального кодекса.

СТАДИЯ РАССМОТРЕНИЯ ДЕЛА В ТРЕТЕЙСКОМ СУДЕ

Когда третейский суд уже сформирован и начинает рассматривать спор по существу, проблема обращения в государственный суд также может быть актуальной.

Например, на основании ранее заключенного третейского соглашения был созван третейский суд для разрешения спора. В ходе разбирательства одна из сторон передумала и обратилась в государственный суд с просьбой о рассмотрении дела по существу. Следует ли государственному суду игнорировать ранее заключенный сторонами договор о передаче спора в третейский суд, игнорировать начавшееся третейское разбирательство?

Представляется, что, поскольку у суда нет достаточных оснований для вмешательства, он не должен вмешиваться в осуществление третейского разбирательства, а дать возможность третейскому суду закончить рассмотрение спора и вынести окончательное решение. Если имеется действительное соглашение лиц о передаче конкретного спора на разрешение третейского суда, согласно арбитражно-процессуальному законодательству арбитражный суд должен оставить иск без рассмотрения (ст. 87 АПК РФ). При этом "и международная конвенция, и национальный закон предоставляют суду право оценить действительность арбитражного соглашения"[10]. В том случае, когда арбитражный суд найдет, что возможность обращения к третейскому суду утрачена, то есть когда третейское соглашение не может быть исполнено, утратило силу, когда объект спора не может быть предметом третейского разбирательства или соглашение недействительно по другим основаниям, то он продолжает производство по делу.

Вместе с тем в мировой практике был выработан и иной подход к тому, как надлежит поступать государственному суду в случае обращения к нему стороны за разрешением спора по существу при наличии третейской оговорки. Законодательства некоторых стран и между-

[10] *Шебанова Н.А.* Некоторые вопросы рассмотрения споров с участием иностранных лиц в арбитражных судах Российской Федерации // Вестник ВАС РФ. 2000. № 5. С. 83.

народные конвенции[11] предусматривают, что в данном случае суд откладывает или приостанавливает производство по делу до проведения третейского разбирательства. Такое решение представляется более логичным, так как суд дает возможность третейскому суду провести и завершить разбирательство по делу и в то же время сохраняется доступ лица к правосудию: государственный суд не отказывается принимать заявление лица, а просто откладывает вынесение своего окончательного решения.

В ходе третейского разбирательства может возникнуть необходимость обращения в государственный суд и по поводу самой третейской процедуры, действий арбитров. Анализируя действующее законодательство, можно сделать вывод о том, что права стороны на защиту своих прав могут быть серьезно нарушены в ходе третейского разбирательства без какой-либо возможности восстановления этих прав через суд, что и происходит на практике. Представим случай, когда третейский судья заинтересован в исходе производства. Может ли сторона, заявившая об отводе арбитра и не получившая его, обратиться в государственный суд за защитой своих прав на стадии третейского разбирательства? Ни в отношении внутренних третейских судов, ни в отношении международных коммерческих арбитражей такой возможности законодательством не предусмотрено. Обжаловать решение третейского суда или отказать в его исполнении по такому основанию, как пристрастность арбитра, также нельзя. Получается, что решение третейского суда, вынесенное заинтересованным лицом, будет вполне легитимным и будет подлежать принудительному исполнению.

Помимо вышеназванного достаточным основанием для вмешательства может стать необоснованное затягивание процесса третейским судом, бездействие арбитров[12]. Эти основания дают государственному суду право вмешаться в деятельность третейского суда, так как они затрагивают основные принципы права стороны на защиту своих имущественных прав. Государственный суд призван в данном случае помочь стороне защитить свои процессуальные права в ходе третейского разбирательства.

Государственный суд не только контролирует деятельность третейских судов, но и способствует их эффективному функционированию. Так, в соответствии с международной практикой государственные суды могут способствовать рассмотрению дела в третейском суде тем, что исполняют просьбы сторон или третейского суда о принятии обеспечительных мер. В российском законодательстве, к сожалению, такой возможности не предусмотрено.

Таким образом, полностью исключать взаимодействие государственных и третейских судов и на этой стадии судопроизводства не представляется возможным.

СТАДИЯ ОСПАРИВАНИЯ И ИСПОЛНЕНИЯ РЕШЕНИЯ ТРЕТЕЙСКОГО СУДА

Функция судебного контроля на данном этапе весьма важна. Государственный суд проверяет легитимность вынесенного третейским судом решения и делает вывод о соблюдении важнейших гарантий стороны в ходе третейско-

[11] См., например, Европейскую конвенцию о внешнеторговом арбитраже 1961 года, ст. 6; Кодекс США, разд. 9, ст. 3 (US Code: Title 9, section 3).

[12] Данные основания для вмешательства государственного суда обозначены в законодательствах многих стран, например в германском – в десятой книге Гражданско-процессуального кодекса Германии (10te Buch der Zivilprozessordnung), в шведском – в Законе о третейских судах Швеции 1999 года (Swedish Arbitration Act 1999), а также содержатся в Типовом законе ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже (текст закона ЮНСИТРАЛ см.: *Виноградова Е.А.* Третейский суд. Законодательство, практика, комментарии. М: ИНФРА-М, 1997. С. 615–629).

го разбирательства. Сторона, которая считает, что третейский суд нарушил ее право на защиту, может обратиться в государственный суд и защитить свои права. Требования лица, которое не могло обратиться в государственный суд на предыдущих стадиях, будут в полной мере рассмотрены государственным судом.

В отношении внутренних третейских судов действующее российское законодательство[13] не предусматривает института отмены или обжалования решения третейского суда. Судебный контроль реализуется через процедуру разрешения принудительного исполнения решения третейского суда. Так, в соответствии со статьей 26 Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров арбитражный суд вправе отказать в выдаче приказа на исполнение решения третейского суда в следующих случаях:

1. Соглашение сторон о рассмотрении спора в третейском суде не достигнуто.

2. Состав третейского суда или процедура рассмотрения спора не соответствовали соглашению сторон о рассмотрении спора в третейском суде.

3. Сторона, против которой было вынесено решение, была ненадлежащим образом извещена о дне третейского разбирательства или по иным причинам не могла представить свои объяснения.

4. Спор возник в сфере управления и не подлежал рассмотрению в третейском суде.

5. Решение третейского суда не соответствует законодательству или принято по неисследованным материалам.

В случае с международным коммерческим арбитражем судебный контроль реализуется как через механизм отмены арбитражного решения, так и через механизм отказа в признании или приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Отмена арбитражного решения предусмотрена статьей 34 Закона о МКА, а отказ в признании и приведении в исполнение арбитражного решения – международными договорами Российской Федерации (в частности, Нью-Йоркской конвенцией о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 года) и статьей 36 Закона о МКА.

Так, в соответствии с Законом о МКА основаниями для отмены арбитражного решения или для отказа в приведении в исполнение иностранного арбитражного решения являются[14]:

1. Недействительность арбитражного соглашения.

2. Ненадлежащее уведомление о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве.

3. Вынесение решения по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением.

4. Несоответствие состава третейского суда или арбитражной процедуры соглашению сторон.

5. Случай, когда объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства.

6. Противоречие арбитражного решения публичному порядку Российской Федерации.

Следует отметить, что в случае с международным коммерческим арбитражем усмотрение государственных судов ограничено положениями Закона о МКА и международных договоров. Арбитражное решение не может пересматриваться по существу, как в случае с решениями внутренних третейских судов.

Таким образом, для нормальной совместной работы государственных и третейских судов жизненно важным

[13] Положение о третейском суде (приложение № 3 к ГПК РСФСР) и Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров 1992 года.

[14] Проблеме признания и исполнения решений иностранных третейских судов посвящены несколько публикаций в "Вестнике Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации": специальное приложение к № 3 за 1999 год "Признание и исполнение иностранных судебных решений по экономическим спорам"; статья Морозовой Ю.Г. в № 7 за 2000 год (с. 142–147).

является механизм контроля за соблюдением прав сторон в третейском разбирательстве, позволяющий учитывать и частные, и публичные интересы. Преобладание публичного или частного интереса может привести к нарушению прав одной из сторон при такой форме разрешения споров, как третейский суд. На наш взгляд, сбалансированным механизмом является ограниченный контроль государственных судов в отношении третейских судов, означающий право государственного суда по заявлению стороны рассмотреть и вынести решение о принципиальных вопросах третейского разбирательства, затрагивающих исходные положения права на защиту гражданских прав. Данный механизм включает следующие основные элементы:

а) проверка государственными судами действительности арбитражного соглашения;

б) надзор государственных судов за соблюдением процессуальных прав сторон, равенства сторон в ходе третейского разбирательства;

в) возможность оспаривания решения третейского суда в государственном суде;

г) процедура признания и исполнения решений иностранных третейских судов в Российской Федерации.

Действие подобного механизма призвано обеспечить, с одной стороны, право каждого на доступ к правосудию, а с другой – реализовать возможность урегулирования частных коммерческих споров внесудебным способом. Эффективность этого механизма зависит от сбалансированности частного и публичного начала в судопроизводстве любой страны. Перевес в пользу какого-либо из этих начал несомненно приведет к сбою в правовой системе: к нарушению права на правосудие или к чрезмерному вмешательству государства в частные интересы.

* * *

Предлагаем вашему вниманию извлечение из решения Европейского суда по правам человека, в котором предметом рассмотрения стало вмешательство государства в судебное разбирательство об исполнении решения третейского суда. Это решение отражает точку зрения Европейского суда о разрешении третейскими судами экономических споров. Европейский суд допускает участие третейских судов в разрешении споров. Суммы, присуждаемые третейскими судами, являются имуществом в смысле статьи 1 Протокола № 1 к Европейской конвенции по правам человека.

На примере данного решения вы можете увидеть, как права одной из сторон в третейском разбирательстве были грубо нарушены государством, которое пыталось полностью игнорировать третейский суд и его решение, преследуя цель публичного порядка – защиту государственной собственности. Обращают на себя внимание и суммы, присужденные Европейским судом стороне, чьи права были нарушены.

Т.Н. НЕШАТАЕВА,
судья, доктор юридических наук, профессор, руководитель сектора международного частного права Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации

В.В. СТАРЖЕНЕЦКИЙ,
консультант сектора международного частного права

МЕЖДУНАРОДНОЕ И ВНУТРИГОСУДАРСТВЕННОЕ ПРАВО

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ В АКТАХ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ*

*Муранов А.И.***

В рамках российской правовой системы последним юридическим средством после того, как свое мнение по конкретному делу высказали высшие судебные инстанции, является обращение в Конституционный Суд РФ с требованием проверить соответствие Конституции РФ примененных в таком деле федеральных законов и иных нормативных актов. Согласно части 3 статьи 79 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации"[1] *"Решения судов и иных органов, основанные на актах, признанных неконституционными, не подлежат исполнению и должны быть пересмотрены в установленных федеральным законом случаях"*.

В связи с этим неудивительно, что субъекты правового оборота обращаются в Конституционный Суд РФ не только по поводу конституционности публично-правовых материальных нормативных актов, но

* Определения Конституционного суда Российской Федерации по данному вопросу см. в рубрике «Документы».

** Муранов Александр Игоревич – к.ю.н., доцент кафедры международного частного и гражданского права МГИМО (У) МИД России, адвокатская фирма "Монастырский, Зюба, Семенов & Партнёры" (www.muranov.ru).

[1] Собрание законодательства Российской Федерации. – 1994. – № 13. – Ст. 1447. Укажем особо, что при написании настоящей статьи и цитировании нормативных актов использовались электронные справочные правовые системы "Гарант" и "Консультант Плюс".

также и частноправовых, равно как и гражданско-процессуальных. Конституционный Суд РФ уже неоднократно высказывал свое мнение по поводу конституционности отдельных положений ГК РФ[2], а также ГПК РСФСФ 1964 г.[3] и АПК РФ 1995 г.[4].

Соответственно, в российских условиях рано или поздно должен был встать и вопрос о конституционности положений Закона РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 "О международном коммерческом арбитраже"[5]. Это тем более верно, если учесть, что данный Закон посвящен специфическому правовому институту, история широкого распространения которого в современном российском праве не насчитывает еще и десяти лет.

Например, одной из ярких особенностей международного коммерческого арбитража является то, что его решения могут быть отменены или не приведены в исполнение только по ограниченному списку оснований, большинство из которых относится к тому же к процессуальной сфере[6]. При этом неправильное применение правовых норм при

[2] Определение Конституционного Суда РФ от 7 октября 1999 г. № 137-О "По жалобе гражданина Коржа Сергея Аркадьевича на нарушение его конституционных прав положениями статьи 333 ГК Российской Федерации и статей 325 и 432 ГПК РСФСР" (Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 46. – Ст. 5610); Постановление Конституционного Суда РФ от 23 декабря 1997 г. № 21-П "По делу о проверке конституционности пункта 2 статьи 855 Гражданского кодекса Российской Федерации и части шестой статьи 15 Закона Российской Федерации "Об основах налоговой системы в Российской Федерации" в связи с запросом Президиума Верховного Суда Российской Федерации" (Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 52. – Ст. 5930); Постановление Конституционного Суда РФ от 25 января 2001 г. № 1-П "По делу о проверке конституционности положения пункта 2 статьи 1070 Гражданского кодекса Российской Федерации в связи с жалобами граждан И.В. Богданова, А.Б. Зернова, С.И. Кальянова и Н.В. Труханова" (Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 7. – Ст. 700).

[3] См., например, Постановление Конституционного Суда РФ от 14 апреля 1999 г. № 6-П "По делу о проверке конституционности положений части первой статьи 325 Гражданского процессуального кодекса РСФСР в связи с жалобами граждан Б.Л. Дрибинского и А.А. Майстрова" (Собрание законодательства Российской Федерации. – 1999. – № 16. – Ст. 2080).

[4] См., например, Постановление Конституционного Суда РФ от 3 февраля 1998 г. № 5-П "По делу о проверке конституционности статей 180, 181, пункта 3 части 1 статьи 187 и статьи 192 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации" (Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 6. – Ст. 784).

[5] Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1993. – № 32. – Ст. 1240.

[6] Так, пункт 2 статьи 34 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" устанавливает: *"Арбитражное решение может быть отменено судом, указанным в пункте 2 статьи 6, лишь в случае, если:*

вынесении международным коммерческим арбитражем решения или неправильная оценка им обстоятельств дела могут являться основанием для отмены этого решения или отказа приводить его в исполнение только в том случае, если они окажутся настолько серьезными, что будет иметь место противоречие публичному порядку России. Между тем решение внутреннего третейского суда не подлежит приведению в исполнение и тогда, когда этим судом совершена ошибка в применении норм права или оценке фактов[7].

Наконец, необходимо сказать и о том, что Закон РФ "О международном коммерческом арбитраже" выглядит на фоне остальных российс-

1) сторона, заявляющая ходатайство об отмене, представит доказательства того, что: одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7 была в какой-то мере недееспособна, или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону Российской Федерации;

или

она не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве, или по другим причинам не могла представить свои объяснения;

или

решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то может быть отменена только та часть арбитражного решения, которая содержит постановления по вопросам, не охватываемым арбитражным соглашением;

или

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению настоящего Закона, от которого стороны не могут отступать, либо в отсутствие такого соглашения не соответствовали настоящему Закону, либо

2) суд определит, что:

объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или

арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации".

[7] *"При выдаче исполнительного листа судья проверяет, не противоречит ли решение третейского суда закону..."* (статья 18 Положения о третейском суде – приложения № 3 к ГПК РСФСР 1964 г.); *"Если при рассмотрении заявления о выдаче приказа на принудительное исполнение решения третейского суда будет установлено, что решение не соответствует законодательству либо принято по неисследованным материалам, арбитражный суд возвращает дело на новое рассмотрение в третейский суд, принявший решение"* (статья 26 "Временного положения о третейском суде для разрешения экономических споров", утвержденного Постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 г. № 3115-1 (в редакции Федерального закона от 16 ноября 1997 г. № 144-ФЗ. – Ведомости Съезда народных депутатов Российской Федерации и Верховного Совета Российской Федерации. – 1992. – № 30. – Ст. 1790; Собрание законодательства Российской Федерации. – 1997. – № 47. – Ст. 5341).).

ких нормативных актов достаточно необычно, поскольку он был принят на основе Типового закона ЮНСИТРАЛ о международном торговом арбитраже 1985 г., причем большинство положений первого повторяют текст второго, изначально разрабатывавшегося на английском языке.

Отмеченные моменты являются достаточными для того, чтобы в России применительно к международному коммерческому арбитражу не только в частноправовом обороте, но и в судебной практике возникало множество вопросов и проблем.

Ситуация осложняется также и тем, что ввиду слабой укорененности третейского разбирательства в России государственные суды (особенно арбитражные) в стремлении обеспечить наличие у себя максимума юрисдикционной власти, предпринимают прямо или завуалировано действия, направленные на дискредитацию третейского разбирательства[8], к коему относится и международный коммерческий арбитраж.

На настоящий момент известно уже три акта Конституционного Суда РФ, в которых анализируются вопросы, связанные с международным коммерческим арбитражем: определение Конституционного Суда РФ от 9 декабря 1999 г. № 191-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества "Очаковский молочный завод" на нарушение конституционных прав граждан статьями 34 и 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже"[9]; определение Конституционного Суда РФ от 26 октября

[8] См., например: "Интервью с первым заместителем Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ, доктором юридических наук, профессором М.К. Юковым" // Законодательство. – 2000. – № 7. – С. 4; *Суханов Е.А.* Об одном решении арбитражного суда // Третейский суд. – 2000. – № 5. – С. 45-50); Решение Арбитражного суда Краснодарского края // Третейский суд. – 2000. – № 5. – С. 51-55; *Виноградова Е.А.* О судебно-арбитражной практике рассмотрения исков о расторжении соглашений о передаче споров на рассмотрение третейских судов // Третейский суд. – 2000. – № 6. – С. 12-14; Постановление Арбитражного суда Краснодарского края // Третейский суд. – 2000. – № 6. – С. 16-22. См. также постановление Федерального арбитражного суда Северо-Кавказского округа от 12 января 2001 г. по делу № Ф08-3989/2000 (Не опубликовано. Содержится в электронной базе данных "КонсультантАрбитраж: Северо-Кавказский округ").

[9] Это определение Конституционного Суда РФ на момент написания настоящей статьи официально еще не опубликовано. Впервые в литературе его текст был приведен Карабельниковым Б.Р. в книге "Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений. Научно-практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года" (М. – 2001. – С. 358-360). С ним также можно ознакомиться в электронной справочной правовой системе "Гарант".

2000 г. № 214-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ОАО АКБ "Сберегательный банк Российской Федерации" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже"[10]; определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2001 г. № 204-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Акционерной компании "Алроса" и запроса Верховного Суда Республики Саха (Якутия) о проверке конституционности пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже"[11]. Тексты данных определений Конституционного Суда РФ приведены в настоящем журнале в разделе "Документы".

На момент написания настоящей статьи ни один из этих актов официально еще не опубликован, а информация об их содержании широкой известности не получила, ввиду чего их рассмотрение имеет тем большие актуальность и интерес[12]. Более того, анализ соотношения институтов третейского разбирательства (включая международный коммерческий арбитраж) с некоторыми институтами конституционного права является для российской юриспруденции давно насущной задачей и способен обогатить каждую из упомянутых отраслей регулирования. В российской литературе такой анализ уже был начат[13],

[10] Это определение Конституционного Суда РФ на момент написания настоящей статьи официально еще не опубликовано. Впервые в литературе его текст был приведен Карабельниковым Б.Р. в его уже упомянутой книге (С. 364-366). С ним также можно ознакомиться в электронной справочной правовой системе "Гарант".

[11] Это определение Конституционного Суда РФ на момент написания настоящей статьи официально еще не опубликовано. С ним можно ознакомиться в электронных справочных правовых системах "Гарант" и "КонсультантПлюс".

[12] Нельзя не сказать и о том, что Конституционным Судом РФ было принято еще два определения по вопросам, связанным с третейскими судами: от 13 апреля 2000 г. № 45-О "Об отказе в принятии к рассмотрению обращения Независимого арбитражного (третейского) суда при Торгово-промышленной палате Ставропольского края о проверке конституционности статьи 333 ГК Российской Федерации" и от 21 июля 2000 г. № 123-О "Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества "Сибтеплоизоляция" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 87 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации". Эти определения на момент написания настоящей статьи официально опубликованы не были. Впервые в литературе их текст был приведен Карабельниковым Б.Р. в его уже упомянутой книге (С. 360-364). Эти определения также важны и интересны, но поскольку они посвящены не международному коммерческому арбитражу, далее специально анализироваться они не будут.

[13] *Комаров А.С.* Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2001. – № 4. – С. 87-94.

в том числе на основе иностранного опыта[14]. Настоящая статья также призвана внести вклад в разработку данной проблематики.

Итак, что же обращает на себя внимание в упомянутых определениях Конституционного Суда РФ?

1. Конституционный Суд РФ не рассматривал вопрос о конституционности положений Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", поскольку во всех трех случаях он отказал в принятии к рассмотрению жалоб как не отвечающих критерию допустимости обращений в Конституционный Суд РФ.

Несоблюдение критерия допустимости выразилось в том, что из обстоятельств дела, по мнению Конституционного Суда РФ, не следовало, что применением оспариваемого Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" были затронуты конституционные права и свободы заявителей[15].

В определении от 15 мая 2001 г. № 204-О Конституционный Суд РФ в дополнение к несоблюдению критерия допустимости также указал на то, что отказ в принятии к рассмотрению жалобы вызван тем, что разрешение поставленного вопроса ему неподведомственно.

Тем не менее, в своих определениях Конституционный Суд РФ сделал достаточно важные выводы, имеющие существенное значение для международного коммерческого арбитража в России.

2. В определении от 9 декабря 1999 г. № 191-О Конституционный Суд РФ указал на то, что осознанный выбор субъектом права в качестве способа разрешения споров с его участием процедуры разбирательства в порядке международного коммерческого арбитража не может считаться нарушением конституционного права на судебную защиту, провозглашаемого пунктом 1 статьи 46 Конституции РФ[16]: *"Из представленных ОАО "Очаковский молочный завод" материалов следует, что в его жалобе речь идет не о нарушенном, по мнению заявителя, праве на судебную защиту (оно им уже реализовано), а о праве на свободу договора в части выбора процедуры разрешения спора, возникшего из заключенного с другой стороной контракта. При заключении контракта заявитель, имея право и возможность разрешить спор в государственном арбитражном суде, не воспользовался этим правом, а подписал арбитражное соглашение (оговорку) о передаче споров на рассмотрение Международного коммерческого арбитражного суда. Тем самым он согласился подчиниться правилам разрешения споров, которые установлены для Международного коммерческого арбитражного суда. Поэтому в данном случае нет оснований для вывода о нарушении примененным законом конституционного права на судебную защиту".*

Аналогичный вывод был сделан и в определении от 26 октября 2000 г. № 214-О: *"Из жалобы и приложенных к ней материалов следует, что заявитель при заключении контракта не воспользовался правом предусмотреть в нем возможность разрешения возникающих споров в порядке арбитражного судопроизводства, а подписал арбитражное соглашение (оговорку) об их передаче на рассмотрение арбитража (третейского суда) в соответствии с Законом Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже". Тем самым он, реализовав свое право на свободу договора, добровольно избрал именно этот способ разрешения споров и согласился подчиниться правилам, которые установлены для Международного коммерческого арбитражного суда.*

Таким образом, в данном случае нет оснований для вывода о нарушении примененной в деле заявителя нормой конституционного права на судебную защиту, – это право было им реализовано при обращении в суд общей юрисдикции с ходатайством об отмене арбитражного решения".

То же самое вытекает и из определения от 15 мая 2001 г. № 204-О.

3. Из имеющихся в определении от 9 декабря 1999 г. № 191-О слов *"праве на судебную защиту (оно им уже реализовано)"* косвенно следует, что ОАО "Очаковский молочный завод" обращалось в суд общей юрисдикции с ходатайством об отмене решения международного коммерческого арбитража.

Соответственно, установление в статье 34 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" ограниченного перечня оснований для отмены решения не может считаться нарушением конституционного права на судебную защиту.

[14] *Heller Kurt* Constitutional Limits of Arbitration. – Stockholm Arbitration Report. – Volume 2000:1. – P. 7-21. См. также: *Heller Kurt* Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit. – Wien. – Manzsche Verlags- und Universitätsbuchhandlung. – 1996.

[15] Статья 97 Федерального конституционного закона от 21 июля 1994 г. № 1-ФКЗ "О Конституционном Суде Российской Федерации" предусматривает: *"Жалоба на нарушение законом конституционных прав и свобод допустима, если:*
1) закон затрагивает конституционные права и свободы граждан;
2) закон применен или подлежит применению в конкретном деле, рассмотрение которого завершено или начато в суде или ином органе, применяющем закон".

[16] *"Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод".*

Этот вывод еще более четко следует из определения от 26 октября 2000 г. № 214-О: *"Таким образом, в данном случае нет оснований для вывода о нарушении примененной в деле заявителя нормой конституционного права на судебную защиту, – это право было им реализовано при обращении в суд общей юрисдикции с ходатайством об отмене арбитражного решения"*.

4. Из совокупного анализа рассматриваемых определений следует, что отсутствие нарушения конституционного права заявителей на судебную защиту обусловливается четырьмя обстоятельствами:

А) действием принципа свободы договора и использованием его заявителями, добровольно избравшими процедуру международного коммерческого арбитража в условиях, когда у них имелось право не обращаться к ней, а предпочесть юрисдикцию государственных судов (соответствующие выдержки из определений уже были приведены выше). Ввиду такого добровольного выбора ими данной процедуры говорить о нарушении их прав на судебную защиту, по мнению Конституционного Суда РФ, не следует;

Б) наличием у заявителей обязанности по соблюдению правил процедуры международного коммерческого арбитража, добровольно избранной ими: *"Тем самым он согласился подчиниться правилам разрешения споров, которые установлены для Международного коммерческого арбитражного суда"* (определение от 9 декабря 1999 г. № 191-О); *"При заключении контрактов с арбитражными соглашениями (оговорками) субъекты гражданско-правовых отношений, реализуя право на свободу договора, добровольно отказываются от разрешения споров государственным судом, самостоятельно назначая арбитраж и арбитров, и принимают на себя обязательства подчиняться правилам, регулирующим порядок оспаривания и исполнения арбитражных решений"* (определение от 15 мая 2001 г. № 204-О).

Соответственно, является юридически необоснованным взгляд, на возможность существования которого указывают работники Высшего Арбитражного Суда РФ и согласно которому *"Если одна из сторон возражает против рассмотрения спора в третейском суде, несмотря на действительное третейское соглашение, третейский суд автоматически теряет компетенцию по рассмотрению спора... Считается, что в противном случае, когда государственный суд отказывается рассматривать спор при наличии третейского соглашения, нарушаются права данной стороны на правосудие"*[17].

В) установлением в Законе РФ "О международном коммерческом арбитраже" как процедуры оспаривания в государственном суде арбитражного решения путем подачи ходатайства о его отмене, так и процедуры признания и приведения в исполнение арбитражного решения: *"Между тем не только ходатайство об отмене, но и ходатайство о признании и исполнении арбитражного решения как способы реализации заинтересованными лицами права на судебную защиту могут повлечь аннулирование решения"*; *"В то же время эта процедура* [признания и приведения в исполнение арбитражного решения], *возбуждаемая по ходатайству взыскателя при неудовлетворении ходатайства должника об отмене арбитражного решения, по существу, также предоставляет последнему дополнительные возможности по отстаиванию своих интересов"* (определение от 15 мая 2001 г. № 204-О);

Г) возможностью обжалования определений государственных судов, выносимых в результате рассмотрения ходатайства об отмене арбитражного решения, а также ходатайства о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, равно как и возможностью проверки законности и обоснованности принятых судебных актов в порядке надзора: *"Закрепленные в указанных статьях Конституции Российской Федерации права во всяком случае обеспечиваются в отношении участников разрешенного МКАС спора равным образом судами общей юрисдикции краевого, областного и приравненных к ним звеньев судебной системы – при рассмотрении как ходатайства об отмене арбитражного решения, так и ходатайства о признании и приведении его в исполнение, а также путем проверки законности и обоснованности принятых судебных решений вышестоящими судебными инстанциями"* (определение от 15 мая 2001 г. № 204-О).

Соответственно, любое лицо, заключающее арбитражное соглашение или включающее в договор арбитражную оговорку о компетенции международного коммерческого арбитража, впоследствии не может утверждать о нарушении его конституционного права на судебную защиту (с учетом сказанного в подпункте (г) следующего пункта).

5. Из рассматриваемых определений Конституционного Суда РФ также следует, что нормы статьи 3 ГПК РСФСР 1964 г. и статьи 4 АПК

[17] *Нешатаева Т.Н., Старженецкий В.В.* Третейские и государственный суды. Проблема прав на правосудие // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2000. – № 10. – С. 85.

РФ 1995 г., согласно которым *"Отказ от права на обращение в суд недействителен"*, должны толковаться ограничительно, т.е. как не распространяющиеся на те случаи, в которых стороны частноправовых отношений выбирают в качестве способа разрешения их споров третейский суд, включая международный коммерческий арбитраж. Соответственно, они должны пониматься как относящиеся только к следующим случаям: **а)** лицо вообще и в целом отказывается от права на обращение не только в государственный суд, но также и в третейский суд; **б)** лицо вообще и в целом отказывается от права на обращение в государственный суд с ходатайством об отмене третейского решения или же с ходатайством о признании и приведении в исполнение третейского решения; **в)** лицо вообще и в целом отказывается от права на обращение в государственный суд по тем публично-правовым или иным спорам, которые не могут рассматриваться в третейском порядке, но при этом сохраняет за собой право обращения в третейский суд: такой отказ действительно не может считаться имеющим силу, поскольку третейский суд в силу закона подобные споры рассматривать не может; **г)** лицо заключает пророгационное соглашение или третейское соглашение о передаче споров с его участием на рассмотрение такого находящегося за рубежом государственного суда или третейского суда, насчет которого уже *a priori* известно, что его решение не может быть исполнено в России в принципе.

В связи с вышесказанным можно отметить еще один любопытный нюанс: хотя в целом в ГПК РСФСР 1964 г. и АПК РФ 1995 г. под понятием *"суд"* понимается, соответственно, исключительно государственный суд общей юрисдикции и государственный арбитражный суд, в статье 3 ГПК РСФСР 1964 г. и статье 4 АПК РФ 1995 г. под этим понятием надлежит понимать также и третейский суд (решения которого могут быть признаны и исполнены в России), подобно тому, как это сделано в пункте 1 статьи 11 ГК РФ (*"Защиту нарушенных или оспоренных гражданских прав осуществляет в соответствии с подведомственностью дел, установленной процессуальным законодательством, суд, арбитражный суд или третейский суд (далее – суд)"*). Это как раз тот случай, когда квалификация понятия, используемого в частном праве, должна применяться и для толкования термина, используемого в публичном регулировании. Такая необходимость продиктована тесно связанными между собой природой частного права и сущностью третейского разбирательства, равно как и принципом свободы договора, а оправдывается данная необходимость тем, что в российском нормативном регулировании эти только что отмеченные природа, сущность и принцип не всегда учитываются.

6. Подчеркнем еще раз следующий момент: из сказанного в предыдущем пункте следует, что отказ вообще и в целом от права на обращение в третейский суд, включая международный коммерческий арбитраж, по частноправовым спорам не может являться действительным. Единственное исключение из этого принципа: отказ вообще и в целом от права на обращение в такой находящийся за рубежом третейский суд, насчет которого уже *a priori* известно, что его решение не может быть исполнено в России в принципе.

7. Кроме того, не могут считаться нарушающими конституционное право на судебную защиту или направленными на поощрение отказа от права на обращение в суд следующие процессуальные нормы в тех их частях, которые упоминают о третейских судах:

статья 8 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" (*"1. Суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено.*

2. В случае предъявления иска, указанного в пункте 1 настоящей статьи, арбитражное разбирательство может быть тем не менее начато или продолжено и арбитражное решение вынесено, пока пререкания о подсудности ожидают разрешения в суде"). **Однако отметим, что в данной норме с точки зрения российского процессуального регулирования содержится терминологическая неточность: суд должен не прекращать производство по делу, а оставлять иск без рассмотрения. Как известно, в случае прекращения производства по делу вторичное обращение в суд по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям не допускается (статья 86 АПК РФ 1995 г., статья 220 ГПК РСФСР 1964 г.);**

статья 85 АПК РФ 1995 г. (*"Арбитражный суд прекращает производство по делу: ...*

3) если имеется вступившее в законную силу принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, когда арбитраж-

ный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, возвратил дело на новое рассмотрение в третейский суд, принявший решение, но рассмотрение дела в том же третейском суде оказалось невозможным; ...");

статья 87 АПК РФ 1995 г. (*"Арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения:*

1) если в производстве суда общей юрисдикции, арбитражного суда, третейского суда имеется дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;

2) если имеется соглашение лиц, участвующих в деле, о передаче данного спора на разрешение третейского суда и возможность обращения к третейскому суду не утрачена и если ответчик, возражающий против рассмотрения дела в арбитражном суде, не позднее своего первого заявления по существу спора заявит ходатайство о передаче спора на разрешение третейского суда;..."). Отметим особо, что Конституционный Суд РФ в своем уже упоминавшемся выше определении от 21 июля 2000 г. № 123-О пришел к выводу о том, что данная статья не может рассматриваться как нарушающая конституционное право на судебную защиту;

статья 107 АПК РФ 1995 г. (*"1. Судья отказывает в принятии искового заявления: ...*

3) если в производстве суда общей юрисдикции, арбитражного суда, третейского суда имеется дело по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям;

4) если имеется вступившее в законную силу принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям решение третейского суда, за исключением случаев, когда арбитражный суд отказал в выдаче исполнительного листа на принудительное исполнение решения третейского суда, возвратил дело на новое рассмотрение в третейский суд, принявший решение, но рассмотрение дела в том же третейском суде оказалось невозможным");

положения в ГПК РСФСР 1964 г., аналогичные вышеприведенным.

8. Из определений от 9 декабря 1999 г. № 191-О и от 26 октября 2000 г. № 214-О следует, что выбор субъектом права в качестве способа разрешения споров с его участием процедуры разбирательства в порядке международного коммерческого арбитража не может считаться нарушением не только его конституционного права на судебную защиту, провозглашаемого пунктом 1 статьи 46 Конституции РФ[18],

[18] *"Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод".*

но также и права на частную собственность и ее защиту, устанавливаемого пунктами 1 и 3 статьи 35 Конституции РФ[19].

Является вполне очевидным, что отсутствие нарушения права на частную собственность и ее защиту обусловливается теми же четырьмя обстоятельствами, которые уже были указаны выше в пункте 4.

Нельзя не отметить и то, что Конституционный Суд РФ в определении от 26 октября 2000 г. № 214-О совершенно правильно указал: *"Ссылка же на нарушение пунктом 2 статьи 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" права частной собственности (статья 35 Конституции Российской Федерации) не может быть принята Конституционным Судом Российской Федерации во внимание как необоснованная, поскольку это право оспариваемой нормой никоим образом не затрагивается".* Действительно, статья 34 указанного Закона (уже приводилась выше) право частной собственности прямо не затрагивает.

Однако нельзя не вспомнить статью 35[20] и пункт 1 статьи 36[21] данного Закона, о которых такое сказать уже нельзя. В определении от 26 октября 2000 г. № 214-О эти статьи не упомянуты, т.к. заявитель их конституционность, вероятно, не оспаривал. Вместе с тем, заявитель,

[19] *"1. Право частной собственности охраняется законом. ...*
3. Никто не может быть лишен своего имущества иначе как по решению суда. ...".

[20] *"1. Арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение с учетом положений настоящей статьи и статьи 36.*
2. Сторона, основывающаяся на арбитражном решении или ходатайствующая о приведении его в исполнение, должна представить должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию такового, а также подлинное арбитражное соглашение, указанное в статье 7, или должным образом заверенную копию такового. Если арбитражное решение или соглашение изложены на иностранном языке, сторона должна представить должным образом заверенный перевод этих документов на русский язык".

[21] *"В признании или приведении в исполнение арбитражного решения, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, может быть отказано лишь:*
1) по просьбе стороны, против которой оно направлено, если эта сторона представит компетентному суду, в котором испрашивается признание или приведение в исполнение, доказательства того, что:
одна из сторон в арбитражном соглашении, указанном в статье 7, была в какой-либо мере недееспособна; или это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону страны, где решение было вынесено; или
сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; или

очевидно, полагал, что он лишается собственности на основании решения международного коммерческого арбитража, тогда как согласно пункту 3 статьи 35 Конституции РФ это могло иметь место только по решению государственного суда.

На самом же деле никакого нарушения права на защиту частной собственности в случае с вынесением международным коммерческим арбитражем решения по поводу такой собственности места иметь не может. Во-первых, согласившись добровольно на применение процедуры международного коммерческого арбитража, лицо по своей воле соглашается и обязуется выполнить вынесенное в итоге решение. Если оно его исполняет добровольно, то говорить о нарушении права на защиту частной собственности невозможно. Во-вторых, если лицо не согласно с вынесенным решением, оно может оспаривать его или возражать против приведения его в исполнение. В любом случае принудительное лишение этого лица его собственности будет возможно только на основании определения государственного суда общей юрисдикции о приведении в исполнение решения международного коммерческого арбитража: *"Процедура признания и приведения в исполнение арбитражного решения является в то же время необходимой предпосылкой выдачи исполнительного листа, на основании которого в силу пункта 1 статьи 7 Федерального закона "Об исполнительном производстве" и осуществляется принудительное исполнение арбитражного решения. В то же время эта процедура, возбуждаемая по ходатайству взыскателя при неудовлетворении ходатайства должника об отмене арбитражного решения, по существу, также*

решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения, с тем, однако, что если постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, могут быть отделены от тех, которые не охватываются таким соглашением, то та часть арбитражного решения, которой содержатся постановления по вопросам, охватываемым арбитражным соглашением, может быть признана и приведена в исполнение; или

состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон или в отсутствие такового не соответствовали закону той страны, где имел место арбитраж; или решение еще не стало обязательным для сторон, или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было вынесено; либо

2) если суд найдет, что:

объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или

признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречат публичному порядку Российской Федерации".

предоставляет последнему дополнительные возможности по отстаиванию своих интересов" (определение от 15 мая 2001 г. № 204-О).

Тот факт, что никакого при этом нарушения права на судебную защиту места не имеет, подтверждается уже сказанным выше.

9. Следует особо отметить, что в рассматриваемых определениях Конституционного Суда РФ речь идет только о международном коммерческом арбитраже, действующем в России, а именно о Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ, а не об иностранных международных коммерческих арбитражах. Более того, в определении от 15 мая 2001 г. № 204-О Конституционный Суд РФ прямо указал, что заявители подвергают сомнению конституционность Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" лишь в части, касающейся решений арбитражей, находящихся на территории России.

Тем не менее, вытекающие из определений Конституционного Суда РФ выводы, упомянутые в предыдущих пунктах 2-8, должны быть распространены и на международный коммерческий арбитраж, имеющий или имевший место за границей. Это следует как из положений Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", так и из сохранения международным коммерческим арбитражем своей природы независимо от его локализации, и этому ничто в определениях Конституционного Суда РФ и действующем законодательстве России не препятствует.

Кроме того, такие выводы, упомянутые в предыдущих пунктах 2-8, должны быть распространены *mutatis mutandis* и на разбирательство споров во внутренних третейских судах, действующих в России.

10. Далее, в определении от 15 мая 2001 г. № 204-О Конституционный Суд РФ высказался по очень важному вопросу, уже несколько лет занимающему умы не только специалистов в сфере международного гражданского процесса, но и сотрудников Высшего Арбитражного Суда РФ и Верховного Суда РФ. Речь идет о том, какие суды являются компетентными рассматривать ходатайства о приведении в исполнение решений международного коммерческого арбитража: государственные арбитражные суды или же суды общей юрисдикции? Этот вопрос дискутируется в научной литературе уже достаточно давно[22].

[22] *Муранов А.И.* Исполнение иностранных судебных и арбитражных решений: компетенция российских судов. – М. – Юстицинформ. – 2002; *Муранов А.И.* Проблема определения суда, компетентного рассматривать вопрос о приведении в исполнение в Российской Федерации иностранных решений по коммерческим спорам // Московский журнал международного права. – 2000. – № 1. – С. 316-380; *Карабельников Б.Р.* Признание и приведение в исполнение иностранных арбитражных решений. Научно-

Безусловно, определение Конституционного Суда РФ от 15 мая 2001 г. № 204-О посвящено не анализу вопроса о соотношении компетенции судов общей юрисдикции и государственных арбитражных судов приводить в исполнение решения международного коммерческого арбитража. Тем не менее, сделанные в нем выводы свидетельствуют о том, что *de lege lata* такой компетенцией обладают именно суды общей юрисдикции: *"При наличии такого регулирования однородность подсудных судам вышестоящего звена судебной системы вопросов, разрешаемых по ходатайствам об отмене арбитражного решения и по ходатайствам о признании и обращении арбитражного решения к исполнению, предопределяет отнесение последних к компетенции судов того же уровня, а именно Верховных Судов республик в составе Российской Федерации, краевых, областных, городских судов, судов автономных областей и автономного округа по месту арбитража. Это соответствует общим принципам определения подсудности дел вышестоящим судам, исходя из целей предоставления равных судебных гарантий в рамках аналогичных процессуальных отношений"*. Отсюда также следует, что компетенцией приводить в исполнение в России решения иностранных государственных судов по частноправовым вопросам обладают именно суды общей юрисдикции той же самой инстанции.

Таким образом, в определении от 15 мая 2001 г. № 204-О Конституционный Суд РФ также дал толкование понятия *"компетентный суд"*, содержащегося в пункте 1 статьи 35 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" и допускающего различную интерпретацию. Как известно, в принятых за последние шесть лет нормативных актах России, непосредственно связанных как с приведением в исполнение решений российского и иностранного международного коммерческого арбитража, так и с исполнительным производством, весьма важный вопрос о суде, компетентном разрешать исполнение упомянутых решений, в "лучших" традициях отечественного регулирования обходится молчанием. Ни в статьях 35 и 36 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", ни в каких-либо других российских нормативных актах ничего не говорится о том, какой именно суд является компетентным разрешать исполнение решений международных коммерческих арбитражей.

практический комментарий к Нью-Йоркской конвенции 1958 года. – М. – 2001. – С. 118-123; *Попондопуло В.Ф., Скородумов Е.А.* Исполнение решений третейских судов и возникающие в связи с этим проблемы // Третейский суд при Санкт-Петербургской торгово-промышленной палате. – СПб. – 2001. – С. 71-73.

Указав на то, что вопросы, разрешаемые по ходатайствам о признании и обращении арбитражного решения к исполнению, относятся к компетенции судов Верховных Судов республик в составе РФ, краевых, областных, городских судов, судов автономных областей и автономного округа, Конституционный Суд РФ заметил: *"Следовательно, понятие "компетентный суд" в данном случае определяется однозначно, а положение пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" во взаимосвязи с другими его нормами и без какой-либо дополнительной, необходимой с точки зрения заявителя, конкретизации правового регулирования в области обращения к исполнению арбитражных решений не может расцениваться как нарушающее статьи 46 и 47 (часть 1) Конституции Российской Федерации"*.

Тем самым содержащаяся в пункте 1 статьи 35 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" неопределенность была устранена. Это также является примером того, каким образом суды при рассмотрении дел должны толковать неясности, содержащиеся в нормативном регулировании, не уклоняясь от данной своей обязанности.

11. Соответственно, из определения от 15 мая 2001 г. № 204-О также следует, что пункт 1 статьи 35 Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже" не может считаться несоответствующим Конституции РФ, а именно пунктам 1 ее статей 46[23] и 47[24], ввиду чего являются неосновательными ссылки на то, что пункт 1 статьи 35 этого Закона исключает действие общих правил ГПК РСФСР 1964 г., согласно которым дела по рассмотрению ходатайств о признании и приведении арбитражных решений в исполнение должны были бы быть подсудны судам первой инстанции по месту нахождения ответчика.

12. В определении от 15 мая 2001 г. № 204-О Конституционный Суд РФ сделал еще одно очень важное указание, согласно которому вопросы, разрешаемые по ходатайствам о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, относятся к компетенции судов Верховных Судов республик в составе РФ, краевых, областных, городских судов, судов автономных областей и автономного округа **по месту международного коммерческого арбитража**: *"При наличии такого регулирования однородность подсудных судам вышестоящего звена судебной системы вопросов, разрешаемых по ходатайствам об отмене*

[23] *"Каждому гарантируется судебная защита его прав и свобод"*.

[24] *"Никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом"*.

арбитражного решения и по ходатайствам о признании и обращении арбитражного решения к исполнению, предопределяет отнесение последних к компетенции судов того же уровня, а именно Верховных Судов республик в составе Российской Федерации, краевых, областных, городских судов, судов автономных областей и автономного округа по месту арбитража. Это соответствует общим принципам определения подсудности дел вышестоящим судам, исходя из целей предоставления равных судебных гарантий в рамках аналогичных процессуальных отношений".

Однако нельзя не учитывать, что такое указание относится исключительно к ходатайствам о признании и приведении в исполнение арбитражного решения, вынесенного в России. Представляется, что высказанная в этом отношении Конституционным Судом РФ аргументация является правильной и весьма основательной. Что же касается ходатайств о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, то применительно к ним необходимо руководствоваться пунктами 2 и 11 продолжающего действовать в России Указа Президиума Верховного Совета СССР от 21 июня 1988 г. № 9131-XI "О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей"[25], т.е. признавать компетенцию по рассмотрению таких ходатайств за судами Верховных Судов республик в составе РФ, краевых, областных, городских судов, судов автономных областей и автономного округа по месту жительства (нахождения) должника, а если должник не имеет места жительства (нахождения) в СССР либо место жительства (нахождения) должника неизвестно, – по месту нахождения его имущества.

В заключение отметим, что анализ вопросов международного коммерческого арбитража, осуществленный Конституционным Судом РФ

[25] *"2. Вопрос о разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда рассматривается по ходатайству взыскателя Верховным Судом союзной республики (в республиках, не имеющих областного деления), Верховным Судом автономной республики, краевым, областным, городским судом, судом автономной области и судом автономного округа по месту жительства (нахождения) должника, а если должник не имеет места жительства (нахождения) в СССР либо место жительства (нахождения) должника неизвестно, – по месту нахождения его имущества"; "11. Положения статей 2-10 настоящего Указа, за исключением части второй статьи 3, пунктов 1-4 и 6 части второй статьи 5 и части седьмой статьи 10, применяются также к иностранным арбитражным решениям, признание и исполнение которых предусмотрены соответствующим международным договором СССР"* (Ведомости Верховного Совета СССР. – 1988. – № 26. – Ст. 427).

в своих трех определениях, с юридической точки зрения безупречен и полностью соответствует тенденциям права международной торговли, нашедшим отражение в документах международного уровня. И хотя Конституционный Суд РФ к международно-правовым актам и стандартам в своих определениях не обращался, является понятным, что это было вызвано, вероятно, тем, что обращения заявителей касались исключительно российских, а не иностранных международных коммерческих арбитражей.

В этой связи нельзя не упомянуть Конвенцию о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.)[26], заключенную в рамках Совета Европы и действующую для России, пункт 1 статьи 6 "Право на справедливое судебное разбирательство" которой предусматривает: *"Каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях или при предъявлении ему любого уголовного обвинения имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основании закона. Судебное решение объявляется публично, однако пресса и публика могут не допускаться на судебные заседания в течение всего процесса или его части по соображениям морали, общественного порядка или национальной безопасности в демократическом обществе, а также когда того требуют интересы несовершеннолетних или для защиты частной жизни сторон, или – в той мере, в какой это, по мнению суда, строго необходимо – при особых обстоятельствах, когда гласность нарушала бы интересы правосудия"*. Нельзя также не сказать и о том, что Европейский Суд по правам человека и Европейская Комиссия по правам человека в своей деятельности неоднократно обращались к вопросам, связанным с третейским разбирательством. Поскольку Федеральным законом от 30 марта 1998 г. № 54-ФЗ "О ратификации Конвенции о защите прав человека и основных свобод и Протоколов к ней"[27] Российская Федерация признала юрисдикцию Европейского Суда по правам человека обязательной по вопросам толкования и применения Конвенции, то ввиду этого применительно к третейскому разбирательству, включая международный коммерческий арбитраж, возникает вопрос о соотношении статьи 6 указанной Конвенции и использованных Европейским Судом и Евро-

[26] Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 2. – Ст. 163; Бюллетень международных договоров. – 2001. – № 3.

[27] Собрание законодательства Российской Федерации. – 1998. – № 14. – Ст. 1514.

пейской Комиссией подходов с российскими регулированием и правоприменительной практикой. В российской литературе анализ этого вопроса уже был начат[28], и он, без сомнения, должен быть продолжен, хотя и за пределами настоящей статьи. Отметим лишь, что и Европейская Комиссия, и Европейский Суд в своей деятельности исходили и исходят из того, что в случае с правомерным и свободным избранием сторонами третейского разбирательства никакое нарушение статьи 6 указанной Конвенции места не имеет. Ввиду этого являются весьма непонятными следующие прозвучавшие из уст первого заместителя Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ слова: *"Одно из предложений экспертов Совета Европы касается **третейской оговорки**. Суть в том, чтобы независимо от наличия третейской оговорки в договоре и от того, рассматривается ли дело в третейском суде, дать сторонам возможность в любой момент обратиться в государственный суд. Действующий АПК РФ этого не позволяет: если в договоре имеется третейская оговорка и с ней не согласна лишь одна сторона, дорога в государственный суд закрыта.*

Несовершенство данной нормы очевидно: нередко к нам обращаются представители одной из сторон, ранее согласившиеся на третейскую оговорку, с просьбой рассмотреть дело в государственном суде. Они объясняют изменение своей позиции тем, что в свое время не до конца продумали все "за" и "против", связанные с третейской оговоркой. Мы же в таких случаях вынуждены отказывать.

Эксперты Совета Европы полагают, что помещение подобной нормы в АПК было ошибкой, поскольку, согласно нашей Конституции, никто не может быть лишен возможности защищать свои права в государственном суде. Конституция любого государства гарантирует судебную защиту каждому лицу. Поэтому добровольность решения о передаче дела в третейский суд должна быть соблюдена до конца. И если после внесения третейской оговорки в договор кто-то передумал, то в этой части договор может быть нарушен в одностороннем порядке.

Такой подход для нас пока непривычен, и я не знаю, как отнесется к такому предложению Государственная Дума, но мы сочли его разумным и внесли такое положение в проект"[29]. Подобная позиция юридически обоснованной не является ни с точки зрения Конвенции о защите прав человека и основных свобод (Рим, 4 ноября 1950 г.), ни с точки зрения российского права. Интересно и то, что заявление М.К. Юкова о том, что *"мы сочли его разумным и внесли такое положение в проект"* не соответствует действительности: в проекте АПК РФ, внесенном в Государственную Думу Федерального Собрания РФ Высшим Арбитражным Судом РФ на основании Постановления Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 31 июля 2000 г. № 6[30], ничего подобного нет. Автор приведенных выше слов не учел и то, что в современном российском праве принцип соблюдения третейского соглашения все-таки закреплен, пусть и только применительно к третейским записям, заключенным по определенным спорам только с участием граждан: статья 9 приложения № 3 к ГПК РСФСР 1964 г. "Положение о третейском суде" устанавливает, что *"Граждане, заключившие договор о передаче спора на рассмотрение третейского суда, не вправе отказаться от него до истечение срока, предусмотренного третейской записью, кроме случаев, указанных в статье 6 настоящего Положения"*. Очевидно, что это правило вполне может использоваться по аналогии и государственными арбитражными судами. Что же касается статьи 6 упомянутого "Положения о третейском суде" (*"Перемена судей до окончания рассмотрения дела не допускается. Сторона вправе отказаться от соглашения, если докажет, что кто-либо из судей заинтересован в исходе дела и что об этом обстоятельстве ей не было известно при заключении договора"*), то вполне понятно, что принцип добросовестности сторон и третейских судей незыблем и при отсутствии таковой третейское соглашение может оспариваться в судебном порядке, но не подвергаться сомнению односторонними внесудебными действиями одной из сторон.

В заключение отметим, что, хотя факт обращения Конституционного Суда РФ к вопросам международного коммерческого арбитража и заслуживает всяческого внимания, все-таки представляется, что во многом такое обращение было обусловлено неоправданными причинами, вызванными непониманием природы и специфики международного коммерческого арбитража. Конституционный Суд РФ сделал все от него зависящее для того, чтобы такое непонимание устранить. Хо-

[28] *Комаров А.С.* Основополагающие принципы третейского суда // Вестник Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – 2001. – № 4. – С. 87-94.

[29] Интервью с первым заместителем Председателя Высшего Арбитражного Суда РФ, доктором юридических наук, профессором М.К. Юковым // Законодательство. – 2000. – № 7. – С. 4. Обращают на себя внимание слова *"договор может быть нарушен в одностороннем порядке"*: это, конечно же, оговорка, но достаточно знаменательная.

[30] Постановлением Государственной Думы РФ от 11 апреля 2001 г. № 1345-III ГД проект этого кодекса принят в первом чтении (Собрание законодательства Российской Федерации. – 2001. – № 17. – Ст. 1656). С текстом этого проекта можно ознакомиться в электронной справочной правовой системе "Гарант".

телось бы надеяться, что в последующем российскими субъектами правового оборота и судебными органами будет даваться адекватная оценка положениям Закона РФ "О международном коммерческом арбитраже", которые хотя и несвободны от некоторых недостатков, но в то же время на надлежащем уровне и правильно закрепляют признанные на международном уровне правила применительно к широко распространенному и эффективному способу разрешения споров в международном торговом обороте. Наличие и корректное применение таких правил в российском регулировании крайне важно хотя бы потому, что только посредством их использования российское право будет предоставлять надлежащие средства защиты всем участникам международного торгового оборота и не будет отставать в этом плане от остальных правовых систем.

ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

об отказе в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества "Очаковский молочный завод" на нарушение конституционных прав граждан статьями 34 и 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже"

город Москва *9 декабря 1999 года*

Конституционный Суд Российской Федерации в составе заместителя Председателя Т.Г. Морщаковой, судей Н.В. Витрука, Г.А. Гаджиева, Ю.М. Данилова, Л.М. Жарковой, Г.А. Жилина, В.Д. Зорькина, А.Л. Кононова, В.О. Лучина, Ю.Д. Рудкина, Н.В. Селезнева, А.Я. Сливы, В.Г Стрекозова, О.И. Тиунова, О.С. Хохряковой, Б.С. Эбзеева,

рассмотрев в пленарном заседании вопрос о соответствии жалобы открытого акционерного общества "Очаковский молочный завод" требованиям Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации",

установил:

1. ОАО "Очаковский молочный завод" обратилось в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой, в которой просит проверить конституционность статей 34 и 35 Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 года "О международном коммерческом арбитраже", допускающих, по его мнению, обжалование решений Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации не во всех случаях, а лишь в тех, которые указаны в данном Законе. Тем самым, считает заявитель, ограничивается право граждан – акционеров общества на судебную защиту, закрепленное в статье 46 Конституции Российской Федерации.

Секретариат Конституционного Суда Российской Федерации в пределах своих полномочий на основании части второй статьи 40 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" уведомлял ОАО "Очаковский молочный завод" о несоответствии его жалобы требованиям названного Закона. Однако в своей очередной жалобе заявитель настаивает на принятии Конституционным Судом Российской Федерации решения по данному вопросу.

2. Обжалуемые заявителем нормы Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" предусматривают возможность оспаривания решения Международного коммерческого арбитражного суда путем подачи об этом ходатайства в суд общей юрисдикции, наделенный правом отмены его решений по основаниям, предусмотренным статьей 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже". Согласно статье 34 Закона оспаривание в суде арбитражного решения может быть произведено в следующих случаях: во-первых, если сторона, заявляющая ходатайство об отмене решения, представит доказательства того, что арбитражное соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону Российской Федерации, либо того, что решение содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения; во-вторых, если суд определит, что объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации или арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации. Статья 35 Закона предусматривает основные правила признания и приведения в исполнение арбитражного решения.

Из представленных ОАО "Очаковский молочный завод" материалов следует, что в его жалобе речь идет не о нарушенном, по мнению заявителя, праве на судебную защиту (оно им уже реализовано), а о праве на свободу договора в части выбора процедуры разрешения спора, возникшего из заключенного с другой стороной контракта. При заключении контракта заявитель, имея право и возможность разрешить спор в государственном арбитражном суде, не воспользовался этим правом, а подписал арбитражное соглашение (оговорку) о передаче споров на рассмотрение Международного коммерческого арбитражного суда. Тем самым он согласился подчиниться правилам разрешения споров, которые установлены для Международного коммерческого арбитражного суда. Поэтому в данном случае нет оснований для вывода о нарушении примененным законом конституционного права на судебную защиту.

Согласно статье 125 (часть 4) Конституции Российской Федерации, статьям 3, 96 и 97 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" Конституционный Суд Российской Федерации принимает к своему рассмотрению жалобы на нарушение конституционных прав и свобод законом, примененным или подлежащим применению в конкретном деле, при этом жалоба признается допустимой лишь в том случае, если закон затрагивает конституционные права и свободы граждан. Жалоба ОАО "Очаковский молочный завод", таким образом, не может быть принята им к рассмотрению.

Исходя из изложенного и руководствуясь частью второй статьи 40, пунктом 2 части первой статьи 43 и частью первой статьи 79 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", Конституционный Суд Российской Федерации

определил:

1. Отказать в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества "Очаковский молочный завод" как не отвечающей критерию допустимости обращений в соответствии с требованиями Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации".

2. Определение Конституционного Суда Российской Федерации по данной жалобе окончательно и обжалованию не подлежит.

Заместитель Председателя Конституционного
Суда Российской Федерации Т.Г. Морщакова

Судья-секретарь Конституционного
Суда Российской Федерации Н.В. Селезнев

№ 191-О

ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

об отказе в принятии к рассмотрению жалобы ОАО АКБ "Сберегательный банк Российской Федерации" на нарушение конституционных прав и свобод пунктом 2 статьи 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже"

город Москва *26 октября 2000 года*

Конституционный Суд Российской Федерации в составе заместителя Председателя Т.Г. Морщаковой, судей Н.С. Бондаря, Г.А. Гаджиева, Ю.М. Данилова, Л.М. Жарковой, Г.А. Жилина, В.Д. Зорькина, А.Л. Кононова, В.О. Лучина, Ю.Д. Рудкина, Н.В. Селезнева, А.Я. Сливы, В.Г. Стрекозова, О.И. Тиунова, О.С. Хохряковой, Б.С. Эбзеева, В.Г. Ярославцева,

рассмотрев в пленарном заседании вопрос о соответствии жалобы ОАО АКБ "Сберегательный банк Российской Федерации" требованиям Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации",

установил:

1. В жалобе открытого акционерного общества – акционерного коммерческого банка "Сберегательный банк Российской Федерации" оспаривается конституционность пункта 2 статьи 34 Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 года "О международном коммерческом арбитраже", определяющего основания отмены судом арбитражных решений.

По мнению заявителя, устанавливая ограниченный перечень таких оснований, оспариваемая норма не позволяет добиваться отмены арбитражного решения, принятого с нарушением норм материального права, чем нарушает права граждан – акционеров на частную собственность и на судебную защиту своих прав и свобод, закрепленные в статьях 35 (части 1 и 3) и 46 (части 1 и 2) Конституции Российской Федерации.

Секретариат Конституционного Суда Российской Федерации в пределах своих полномочий на основании части второй статьи 40 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" уведомлял заявителя о несоответствии его жалобы требованиям названного Закона, однако в своей очередной жалобе он настаивает на принятии Конституционным Судом Российской Федерации решения по данному вопросу.

2. Статья 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" предусматривает возможность оспаривания арбитражных решений, в том числе решений Международного коммерческого арбитражного суда, только путем подачи ходатайства об отмене арбитражного решения в суд общей юрисдикции, наделенный правом отмены таких решений, в случаях, предусмотренных пунктом 2 той же статьи.

Из жалобы и приложенных к ней материалов следует, что заявитель при заключении контракта не воспользовался правом предусмотреть в нем возможность разрешения возникающих споров в порядке арбитражного судопроизводства, а подписал арбитражное соглашение (оговорку) об их передаче на рассмотрение арбитража (третейского суда) в соответствии с Законом Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже". Тем самым он, реализовав свое право на свободу договора, добровольно избрал именно этот способ разрешения споров и согласился подчиниться правилам, которые установлены для Международного коммерческого арбитражного суда.

Таким образом, в данном случае нет оснований для вывода о нарушении примененной в деле заявителя нормой конституционного права на судебную защиту, – это право было им реализовано при обращении в суд общей юрисдикции с ходатайством об отмене арбитражного решения.

Ссылка же на нарушение пунктом 2 статьи 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" права частной собственности (статья 35 Конституции Российской Федерации) не может быть принята Конституционным Судом Российской Федерации во внимание как необоснованная, поскольку это право оспариваемой нормой никоим образом не затрагивается.

Согласно статьям 96 и 97 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" гражданин или объединение граждан вправе обратиться в Конституционный Суд Российской Федерации с жалобой на нарушение конституционных прав и свобод законом и такая жалоба признается допустимой, если оспариваемым законом, примененным или подлежащим применению в деле заявителя, затрагиваются его конституционные права и свободы. Следовательно, жалоба ОАО "Сберегательный банк Российской Федерации" не может быть принята Конституционным Судом Российской Федерации к рассмотрению.

Исходя из изложенного и руководствуясь частью второй статьи 40, пунктом 2 части первой статьи 43 и частью первой статьи 79 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", Конституционный Суд Российской Федерации

определил:

1. Отказать в принятии к рассмотрению жалобы открытого акционерного общества "Сберегательный банк Российской Федерации", поскольку она не отвечает требованиям Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", в соответствии с которыми жалоба может быть признана допустимой.

2. Определение Конституционного Суда Российской Федерации по данной жалобе окончательно и обжалованию не подлежит.

№ 214-О

ОПРЕДЕЛЕНИЕ КОНСТИТУЦИОННОГО СУДА РОССИЙСКОЙ ФЕДЕРАЦИИ

"Об отказе в принятии к рассмотрению жалобы Акционерной компании "Алроса" и запроса Верховного Суда Республики Саха (Якутия) о проверке конституционности пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже"

город Москва *15 мая 2001 года*

Конституционный Суд Российской Федерации в составе Председателя М.В. Баглая, судей Н.С. Бондаря, Н.В. Витрука, Г.А. Гаджиева, Ю.М. Данилова, Л.М. Жарковой, Г.А. Жилина, В.Д. Зорькина, А.Л. Кононова, В.О. Лучина, Т.Г. Морщаковой, Ю.Д. Рудкина, Н.В. Селезнева, А.Я. Сливы, В.Г. Стрекозова, О.И. Тиунова, О.С. Хохряковой, Б.С. Эбзеева, В.Г. Ярославцева,

заслушав в пленарном заседании заключение судьи Л.М. Жарковой, проводившей на основании статьи 41 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации" предварительное изучение жалобы АК "Алроса" и запроса Верховного Суда Республики Саха (Якутия),

установил:

1. В жалобе АК "Алроса" (закрытое акционерное общество) и запросе судьи Верховного Суда Республики Саха (Якутия) И.И. Николаева, на рассмотрении которого находится ходатайство фирмы "Мум Уорлд Энтерпрайзис Лтд" о признании и приведении в принудительное исполнение решения Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации (далее МКАС) от 30 сентября 1998 года о взыскании с АК "Алроса" денежных сумм, оспаривается конституционность пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже", согласно которому арбитражное решение, независимо от того, в какой стране оно было вынесено, признается обязательным и при подаче в компетентный суд письменного ходатайства приводится в исполнение с учетом положений статей 35 и 36 данного Закона.

Как следует из представленных материалов, Мирнинским городским судом Республики Саха (Якутия) по обращению взыскателя – фирмы "Мум Уорлд Энтерпрайзис Лтд", предъявленному по месту нахождения должника – АК "Алроса", 24 июня 1999 года было вынесено определение об отказе в удовлетворении ходатайства о приведении в исполнение решения МКАС от 30 сентября 1998 года.

13 октября 2000 года данное определение по протесту заместителя Председателя Верховного Суда Российской Федерации было отменено Президиумом Верховного Суда Республики Саха (Якутия), указавшим, в частности, что, по смыслу пункта 2 статьи 6 и пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" в их взаимосвязи, компетентным судом для разрешения заявленного ходатайства является Верховный Суд Республики Саха (Якутия), куда и было передано дело на новое рассмотрение.

Президиум Верховного Суда Российской Федерации постановлением от 28 июня 2000 года отказал также в удовлетворении протеста заместителя Председателя Верховного Суда Российской Федерации на вынесенные Московским городским судом и Судебной коллегией по гражданским делам Верховного Суда Российской Федерации на основании статьи 34 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" определения об отказе в удовлетворении ходатайства АК "Алроса" об отмене решения МКАС.

По мнению заявителей, пункт 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" не соответствует Конституции Российской Федерации, ее статьями 46 и 47 (часть 1), поскольку по смыслу, придаваемому ему правоприменительной практикой при разрешении дел о приведении в исполнение решений МКАС, и во взаимосвязи с пунктом 2 статьи 6 того же Закона, признающим в этих случаях для Российской Федерации "компетентным судом" краевые, областные и приравненные к ним суды, оно исключает действие общих правил Гражданского процессуального кодекса РСФСР о подсудности таких дел судам первой инстанции по месту нахождения ответчика.

2. Одной из гарантий права каждого на судебную защиту его прав и свобод (статья 46, часть 1, Конституции Российской Федерации) является предписание статьи 47 (часть 1) Конституции Российской Федерации о том, что никто не может быть лишен права на рассмотрение его дела в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом.

В силу правовой позиции, сформулированной Конституционным Судом Российской Федерации в Постановлении от 16 марта 1998 года по делу о проверке конституционности статьи 44 УПК РСФСР и статьи 123 ГКП РСФСР, подсудность дел, исходя из требований статей 46 и 47 (часть 1) Конституции Российской Федерации, должна определяться законом, закрепляющим критерии, которые в нормативной форме (в виде общего правила) предопределяли бы, в каком конкретно суде подлежит рассмотрению то или иное дело. Это позволяло бы суду (судье) и участникам процесса избегать неопределенности в данном вопросе, которую в противном случае приходилось бы устранять посредством правоприменительного решения, используя дискреционное полномочие правоприменительного органа или должностного лица, т.е. определять подсудность дела не на основании закона. Следовательно, передача дела вышестоящим судом из одного суда, которому оно подсудно, в другой суд не противоречит Конституции Российской Федерации только в том случае, если осуществляется в рамках судебной процедуры при наличии указанных в самом процессуальном законе точных оснований (обстоятельств), по которым дело не может быть рассмотрено в том суде и тем судьей, к подсудности которых оно отнесено законом, и подлежит передаче в другой суд. Произвольный же, не основанный на законе выбор суда, в котором конкретное дело подлежит рассмотрению, должен признаваться нарушением прав, закрепленных в статьях 46 и 47 (часть 1) Конституции Российской Федерации.

Данная правовая позиция Конституционного Суда Российской Федерации сохраняет свою силу.

3. При заключении контрактов с арбитражными соглашениями (оговорками) субъекты гражданско-правовых отношений, реализуя право на свободу договора, добровольно отказываются от разрешения споров государственным судом, самостоятельно назначая арбитраж и арбитров, и принимают на себя обязательства подчиняться правилам,

регулирующим порядок оспаривания и исполнения арбитражных решений.

Одно их таких правил закреплено в пункте 1 статьи 35 Закона Российской Федерации от 7 июля 1993 года "О международном коммерческом арбитраже" (конституционность которого заявители подвергают сомнению лишь в части, касающейся решений арбитражей, находящихся на территории Российской Федерации). Однако его содержание может быть выявлено с учетом взаимосвязи с другими нормами названного Закона.

В силу статей 1, 6, 34 и 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" арбитражные решения, независимо от того, в какой стране они были вынесены, признаются обязательными; могут оспариваться путем обращения в суд общей юрисдикции с ходатайством об их отмене; подлежат в случаях и порядке, указанных в данном Законе, признанию и приведению в исполнение путем подачи в компетентный суд соответствующего ходатайства с учетом положений, предусмотренных статьями 35 и 36, независимо от того, вынесено ли такое решение на территории Российской Федерации или за ее пределами.

Полномочия по рассмотрению ходатайства об отмене решения международного коммерческого арбитража, находящегося на территории Российской Федерации, прямо закреплены за Верховными Судами республик в составе Российской Федерации, краевыми, областными, городскими судами, судами автономных областей и автономного округа по месту нахождения арбитража (пункт 2 статьи 6). Что же касается признания и обращения к принудительному исполнению арбитражного решения, то законодатель ограничился общим предписанием о подаче соответствующего ходатайства в "компетентный суд" (пункт 1 статьи 35), т.е. орган судебной системы государства, имеющий соответствующие полномочия (статья 2).

Между тем не только ходатайство об отмене, но и ходатайство о признании и исполнении арбитражного решения как способы реализации заинтересованными лицами права на судебную защиту могут повлечь аннулирование решения. При этом перечни оснований для отмены арбитражного решения (пункт 2 статьи 34) и для отказа в признании или приведении его в исполнение (статья 36), по существу, совпадают – в обоих случаях суд, рассматривающий такого рода хода-

тайства, должен отменить либо не признать решение арбитража, если будут представлены доказательства того, что одна из сторон в арбитражном соглашении была в какой-либо мере недееспособна; что это соглашение недействительно по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания – по закону Российской Федерации; что заинтересованная сторона не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве или по другим причинам не могла представить свои объяснения; что решение вынесено по спору, не предусмотренному арбитражным соглашением или не подпадающему под его условия, или содержит постановления по вопросам, выходящим за пределы арбитражного соглашения; что состав третейского суда или арбитражная процедура не соответствовали соглашению сторон, если только такое соглашение не противоречит любому положению данного Закона, от которого стороны не могут отступать, либо в отсутствие такого соглашения не соответствовали данному Закону; что, как определено судом, объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону Российской Федерации; или, наконец, что арбитражное решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Дополнительно к названным основаниям, по которым арбитражное решение может быть отменено, суд может отказать в признании или приведении в исполнение арбитражного решения лишь в случаях, если решение еще не стало обязательным для сторон, или было отменено, или его исполнение было приостановлено судом страны, в которой или в соответствии с законом которой оно было вынесено (абзац пятый подпункта 1 пункта 1 статьи 36).

Процедура признания и приведения в исполнение арбитражного решения является в то же время необходимой предпосылкой выдачи исполнительного листа, на основании которого в силу пункта 1 статьи 7 Федерального закона "Об исполнительном производстве" и осуществляется принудительное исполнение арбитражного решения. В то же время эта процедура, возбуждаемая по ходатайству взыскателя при неудовлетворении ходатайства должника об отмене арбитражного решения, по существу, также предоставляет последнему дополнительные возможности по отстаиванию своих интересов.

При наличии такого регулирования однородность подсудных судам вышестоящего звена судебной системы вопросов, разрешаемых по ходатайствам об отмене арбитражного решения и по ходатайствам о

признании и обращении арбитражного решения к исполнению, предопределяет отнесение последних к компетенции судов того же уровня, а именно Верховных Судов республик в составе Российской Федерации, краевых, областных, городских судов, судов автономных областей и автономного округа по месту арбитража. Это соответствует общим принципам определения подсудности дел вышестоящим судам, исходя из целей предоставления равных судебных гарантий в рамках аналогичных процессуальных отношений.

Следовательно, понятие "компетентный суд" в данном случае определяется однозначно, а положение пункта 1 статьи 35 Закона Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже" во взаимосвязи с другими его нормами и без какой-либо дополнительной, необходимой с точки зрения заявителя, конкретизации правового регулирования в области обращения к исполнению арбитражных решений не может расцениваться как нарушающее статьи 46 и 47 (часть 1) Конституции Российской Федерации.

Закрепленные в указанных статьях Конституции Российской Федерации права во всяком случае обеспечиваются в отношении участников разрешенного МКАС спора равным образом судами общей юрисдикции краевого, областного и приравненных к ним звеньев судебной системы – при рассмотрении как ходатайства об отмене арбитражного решения, так и ходатайства о признании и приведении его в исполнение, а также путем проверки законности и обоснованности принятых судебных решений вышестоящими судебными инстанциями.

Таким образом, жалоба АК "Алроса" и запрос Верховного Суда Республики Саха (Якутия) не могут быть признаны отвечающими установленным Федеральным конституционным законом "О Конституционном Суде Российской Федерации" критериям допустимости обращений.

4. Доводы, приводимые в жалобе АК "Алроса" в обоснование своей позиции, свидетельствуют о том, что ею, по существу, оспариваются правоприменительные решения по конкретному делу, правильность выбора судом нормы о подсудности, содержащейся в Законе Российской Федерации "О международном коммерческом арбитраже", при наличии общих правил о подсудности, закрепленных в Гражданском процессуальном кодексе РСФСР.

Однако проверка законности и обоснованности решений судов общей юрисдикции, в том числе правильности выбора подлежащих при-

менению норм при разрешении коллизии между ними, не входит в компетенцию Конституционного Суда Российской Федерации, установленную статьей 125 Конституции Российской Федерации и статьей 3 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации". Такого рода вопросы подлежат разрешению вышестоящими судами общей юрисдикции.

Исходя из изложенного и руководствуясь пунктами 1 и 2 части первой статьи 43 и частью первой статьи 79 Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", Конституционный Суд Российской Федерации

определил:

1. Отказать в принятии к рассмотрению жалобы акционерной компании "Алроса" и запроса Верховного Суда Республики Саха (Якутия), поскольку они не отвечают требованиям Федерального конституционного закона "О Конституционном Суде Российской Федерации", в соответствии с которыми такие обращения могут быть признаны допустимыми, и поскольку разрешение поставленного вопроса Конституционному Суду Российской Федерации неподведомственно.

2. Определение Конституционного Суда Российской Федерации по данным обращениям окончательно и обжалованию не подлежит.

3. Настоящее Определение подлежит опубликованию в "Вестнике Конституционного Суда Российской Федерации".

Председатель Конституционного
Суда Российской Федерации
М.В. Баглай

Судья-секретарь
Конституционного Суда
Российской Федерации
Ю.М. Данилов

№ 204-О

CONSTITUTIONAL LIMITS OF ARBITRATION



by Dr. Kurt Heller, partner, Bruckhaus Westrick Heller Löber, Vienna; Justice of the Austrian Constitutional Court

A few months ago the head of the legal department of a major client, who was experienced in arbitration cases, sought my advice on how to get rid of an arbitration case. I tried to convince him that this particular dispute should - because of its international character - typically be handled by an arbitral tribunal rather than a state court. Furthermore, I tried to explain to him that the arbitrators on the tribunal were quite experienced so he could expect a fair hearing and a favourable result since the client had a strong case. The in-house counsel responded that his past (good) experience with arbitration was with cases of minor importance but that in the present case, where a very high amount was at stake, he had difficulties explaining to his management and the supervisory board why he - having proposed a contract including an arbitration clause – had "exposed the company to the unpredictability of an arbitral award".

I was not convinced by the client's argument. However, a few days later I read an article by a prominent New York arbitrator, who - in a totally different context - used words similar to those of my client. He wrote [1] that

> because of its unpredictability, arbitration should be avoided, especially in large cases where the stakes are high.

I thought about the client's point of view and the arbitrator's opinion. For both, and probably for every businessman who may be involved in a dispute that he cannot settle amicably, the predictability of a decision in a given case is of high value.

Then I thought about the trend towards de-nationalisation of arbitration. Those who support de-nationalisation have various demands:

- the applicable substantive law should not be the law of a particular state (*lex mercatoria*, equity, rules which an *amiable compositeur* holds to be fair, etc.);

- no interference by state courts in arbitration (no challenge of awards before state courts);
- preliminary measures (injunctions etc.) to be taken by arbitral tribunals rather than by state courts.

Some tribunals have already expressed their view about the independence of their award from any domestic law by stating that an arbitral tribunal has no *lex fori* [2]. Would such an opinion on the independence of arbitration from domestic law not support the fear that the high value of predictability is lost in arbitration? And, on a more basic level, is it really true that in arbitration cases there is no *lex fori*?

Arbitrators may, in a given case, believe it to be correct and fair that they apply any law they deem to be fit for the case before them and they may not feel bound by any procedural rules. However, this is an illusion. The *lex fori*, namely the application of the law of a particular state or of an international treaty, becomes evident when any of the parties seeks the assistance of a state court either during the arbitral proceeding (e.g. by applying for an injunction against the other party or even against the tribunal or by filing a law suit for a declaratory judgment that the tribunal is not competent) or after the issuance of the award (e.g. exequatur proceeding, a claim for setting aside an award, enforcement of the award). Since it is the duty of arbitrators to avoid any behaviour which may allow a state court to render any of their acts invalid, they have to take into account any such state or treaty rules. It is then a matter of taste whether to name such rules *lex fori* or otherwise. More importantly, the parties may have confidence in an arbitration simply because they can be assured that the arbitrators are bound by at least a certain minimum standard of rules. Consequently, de-nationalisation of arbitration may be an interesting playground for legal writings, but arbitration without any control by state courts would ultimately be counterproductive to arbitration. Anyone who is familiar with arbitration can tell of careless arbitrators or arbitrators who obviously favoured a particular party but where partiality could not be proven. Arbitrators (largely being paid more or less on a lump sum basis) not subject to any controls would most likely tend to be less prudent about the proper establishment of the facts and the law of a case.

I do not want to be misunderstood: I would strongly oppose any parallel control of arbitration by state courts and I would not like to see state courts behaving like courts of appeal. However, I find it inevitable that arbitral tribunals shall be bound by certain minimum standards and that the parties may have an enforceable right to demand that those standards be followed. Any attempt at de-nationalisation that would place the enforceability of these standards into question would jeopardise the reputation of arbitration and would also be unrealistic.

I believe that certain constitutional principles, in particular the fundamental rights that are common to democratic societies, are an important factor in defining that minimum standard. At first this seems to be a very theoretical approach. The following shall outline the practical consequences and will also clarify that this approach is the same as that already taken by courts and the European Commission on Human Rights.

1. IS ARBITRATION ADMISSIBLE UNDER STATE CONSTITUTIONS?

At first glance this question may appear strange since all states have their own arbitration laws and nobody seems to have ever put the admissibility of arbitration into question.

1.1. Party Autonomy

Almost all state constitutions are silent about arbitration. One could, therefore, be inclined to give a quick answer, namely that arbitration is the product of party autonomy and that party autonomy is an essential element of a liberal society. However, this statement does not answer the real substance of the question. In a liberal society one is, of course, allowed to do all that is not forbidden. If parties choose to have their dispute settled by arbitration, and if the losing party abides by the award, no provision of any constitution would demand that the legislator hold such behaviour illegal.

However, the issue is whether a legislator is allowed, under the constitution, to grant an arbitral award the same status as a court decision and whether he may exclude a party that has signed an arbitration clause from the benefits of using the assistance of the state courts. But party autonomy does not only consist of having the possibility of doing whatever one wants to do. Party autonomy becomes a legally relevant factor only in so far as the law stipulates that certain behaviour defined by the law has certain legal effects. Parties may draw up a document called an arbitration agreement and call a person arbitrator and may draw up another document called an award. This is not yet party autonomy. The actions of the parties and the arbitrator become acts of party autonomy only if "arbitration agreement" and "award" are legally defined terms with certain legal implications. Arbitration as an alternative to state courts comes into legal existence only when the law stipulates that an award is an enforceable instrument and that an arbitration clause excludes the jurisdiction of state courts. Party autonomy is, therefore, no justification for the admissibility of arbitration unless the constitution allows the legislator to pass laws on arbitration which makes it a form of alternative dispute resolution.

The language of the constitution of at least some European states does not seem to favour arbitration.

1.2. The "Natural" Judge

Some constitutions, such as the German or Austrian constitutions, explicitly state that "nobody may be deprived of his legal judge" [3]. The historical background is the constitutional legislator's wish to eliminate the so-called "Kabinettsjustiz" whereby a high administrative authority could set up special tribunals for cases of particular importance. Modern constitutions ensure that the jurisdiction of courts and judges is fixed in advance rather than assigning tribunals on a case-by-case basis. Article 25 of the Italian Constitution includes a provision similar to the above-mentioned provisions of the German and Austrian constitutions. It stipulates that:

> Nobody shall be deprived of his natural judge determined by the law [4].

The new draft of the Swiss Constitution provides, in Article 26, that every person involved in litigation has the right to be heard by a competent, independent and impartial court constituted in accordance with the law.

A grammatical and historical interpretation of these stipulations of the constitutions would put arbitration much in question since its judges (arbitrators) are nominated for a given case only.

One has to advance a more sophisticated interpretation and look at the purpose of the provision and the original intention of the constitutional legislator in order to overcome this hurdle. In the so-called "Kabinettsjustiz" the administrative authority took an interest in the outcome of the proceedings and wanted to give the proceedings a certain direction by appointing individuals whom it expected to rule in favour of the outcome desired by the appointing authority. The idea of a "lawful (natural) judge" has to be seen as an element of the independence of the judiciary and not as an additional constitutional principle[5]. The protection of independence in the form of pre-determination of the judge who has jurisdiction over a particular case has no meaning if the parties appoint the judges themselves based upon an agreement or if they authorise a particular person or organisation (the appointing authority) to nominate arbitrators.

Bearing in mind the purpose of the constitutional provisions, the neutrality of the appointing authority is most important. Arbitration rules of organisations that are responsible for the interests of commercial enterprises, such as chambers of commerce, are therefore well advised to limit the jurisdiction of their arbitration institutions to commercial disputes.

The Austrian Supreme Court, for instance, has ruled that an arbitration clause entered into between an employer and an employee, according to

which their disputes were to be settled by an arbitral tribunal with the chairman being appointed by the Chamber of Commerce, was invalid because the appointing authority was at the same time the legal representative of the interests of employers[6].

1.3. The Monopoly of the Judiciary

In general, constitutions give their judiciary a monopoly on deciding disputes based upon private law. Furthermore, the detailed description of the judiciary and judges in the constitution, and the absence of any reference to arbitration, makes it difficult to regard an arbitrator as equal to a judge.

The Italian Constitution, for instance, in Article 102, stipulates that the judicial function shall be exercised by judges appointed according to the law and that no extraordinary or special judges shall be appointed[7]. The Italian Constitution advances the principle of concentration of the judicial function in "one judicial system" ("unità della giurisdizione"[8]). Those who are proven to limit interpretation to the pure wording of the constitution will find it difficult not to exclude arbitration from the Italian legal system.

It is, however, hard to believe that a number of constitutional legislators in Europe wanted to prohibit arbitration, which already existed in all countries where modern constitutions were enacted. It seems obvious to me that the existence of arbitration was simply overlooked, or ignored as irrelevant, and that the constitutional legislators were only concerned about the proper functioning of the judiciary of the state. However, this does not permit the conclusion that the provisions of the constitutions are irrelevant and that a carte blanche has been given to arbitration. The German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) has, for instance, ruled[9] that the judiciary may in some cases be excluded by agreement of the parties but the core of the judicial function must be maintained in the state's hands. A "privatisation" of the judicial function would, therefore, be unconstitutional. The Austrian Constitutional Court has, to date, not rendered any decision on private arbitration, but is has, in a number of cases concerning administrative authorities that were organised like arbitral tribunals, set standards for the proper constitution of such tribunals based upon the principles of independence and impartiality[10].

2. THE RIGHT TO A FAIR HEARING

Some constitutions include in their bills of rights the constitutional right of an individual to fair treatment in civil proceedings; for example, the due process clause of the Fifth Amendment to the US Constitution. Others pro-

vide for special principles for civil proceedings such as, for instance, that hearings have to be public. Article 6 paragraph 1 of the European Convention on Human Rights provides that:

> In the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time by an independent and impartial tribunal established by law.
>
> Judgment shall be pronounced publicly but the press and public may be excluded from all or part of the trial in the interest of morals, public order or national security in a democratic society, where the interests of juveniles or the protection of the private life of the parties so require, or to the extent strictly necessary in the opinion of the court in special circumstances where publicity would prejudice the interest of justice.

Based upon this provision the European Commission of Human Rights has in several cases expressed its views on arbitration cases. Interestingly, the decisions have been widely ignored by legal commentary. The rulings of the Commission clearly allow arbitration within the framework of Article 6 but set limits to de-nationalisation.

As early as in 1962 the Commission stated that the Convention does not hinder parties from waiving the rights granted to them by the Convention. Arbitration is a form of waiver of certain rights under Article 6. However, an arbitration agreement may be in violation of the Convention if signed under pressure. Moreover, the arbitrators have to observe the spirit of Article 6[11].

In the Swedish cases of Bramelid and Malmström[12] the Commission repeated the principles of the earlier decisions but made a clear distinction between arbitration based upon an arbitration agreement and forced arbitration. The applicants before the Commission were minority shareholders of a corporation. Under Swedish law a main shareholder holding more than 90% of the shares could force the minority shareholder(s) to sell its/their shares to the main shareholder, and the minority shareholder(s) could force the main shareholder to buy them. In case of a dispute on the purchase price, the price was to be determined by a tribunal of three arbitrators, one to be appointed by the main shareholder and one to be appointed by all the minority shareholders together. If the minority shareholders could not reach agreement on their arbitrator, he was to be appointed by an authority. The Commission found a violation of Articles 6 and 13 of the Convention in the fact that minority shareholders are, in general, unable to agree upon their arbitrator so that their arbitrator is appointed by an authority on their behalf and, accordingly, does not have the same close relationship to the party as the arbitrator appointed by the main shareholder. Although this type of tribunal had the character of an authority rather than a private arbitral tribunal, the Commission expressed an interesting opinion on arbitration. It found that the fact that judges (arbitrators) are appointed by the parties and have, therefore, a closer relationship with the parties is in line with Article 6 as long as the appointment procedure gives equal rights and positions to the parties. Moreover, the limited control of awards by state courts does not violate Article 6 of the Convention.

Another decision by the Commission sheds more light on the extent of the control to be expected from state courts. An arbitration proceeding in Switzerland lasted more than nine years. The applicant complained about the length of the proceeding which - in its opinion - violated Article 6 of the Convention[13]. At first the Commission held that the proceeding before an arbitral tribunal is not an act of a Member State so that the misbehaviour of arbitrators is not, *per se*, a violation of a human right by the Member State. The signing of an arbitration agreement is - in principle - to be regarded as a renouncement of the rights granted by the Convention. The Commission, however, investigated whether or not the Swiss State may be responsible for not having interfered in order to force arbitrators to behave in accordance with the Convention. Ultimately, Switzerland was not held responsible by the Commission. The Commission referred to the so-called "Konkordat" under which parties to an arbitration proceeding were entitled to file a complaint with a court in the event of delay in the arbitration proceeding. The party, having filed the complaint with the Commission, had for many years failed to file a complaint before the Swiss courts, so the Swiss courts could not have intervened in the arbitration proceeding.

This decision shows how important it is to provide, either in arbitration law or in arbitration rules, for the possibility to remove an arbitrator from office if he is obviously delaying the procedure or is incapable of finishing the proceeding within reasonable time. Such revocation procedure must, of course, be handled with care so as not to impinge upon another principle, namely the independence of arbitrators from any authority, including the administering arbitration institution.

A decision of the Commission of 1991 clearly calls for state control over arbitration[14]:

> The Commission first observes that the applicant company has voluntarily entered into an arbitration agreement and thereby renounced its right to have its civil rights determined in court proceedings for the conduct of which the state is responsible under the Convention.
>
> This does not mean, however, that the respondent State's responsibility is completely excluded as the arbitration award has to be recognized by the German courts and be given executory effect by them. The courts thereby exercised a certain control and guarantee as to the fairness and correctness of the arbitration proceedings which they considered to have been carried out in conformity with fundamental rights and in particular with the right of the applicant company to be heard.

This decision by the Commission allows a number of conclusions, namely:

- Arbitration is legally relevant as a product of party autonomy only if the parties demand that their arbitration clause or award be recognized by the State, as mentioned above.
- The signing of an arbitration agreement is to be regarded as a (partial) waiver of rights under the Convention.
- The State is, in general, not responsible for the acts of arbitrators.
- The State is, however, only allowed to give an award executory effect if its courts also investigate whether the arbitrators have observed the principle of fairness. This does not mean that all the guarantees which are demanded from state judges are to be observed by arbitrators in the same manner, such as ensuring that hearings are public for instance, but that minimum standards of fairness are to be maintained. The right to be heard is part of that minimum standard.

On 9 December 1994, the European Court of Human Rights decided a Greek case in which arbitration was involved[15]. In this case a tribunal had awarded a company a substantial amount to be paid by the Greek state. The Greek Parliament made the enforcement of the award impossible by promulgating a law by which the arbitration clause was declared null and void. Consequently, the Greek Supreme Court had to refuse enforcement of the award. The Court held this behaviour by Greece to be inconsistent with Article 6 of the Convention. This very interesting decision, however, adds nothing further to the limits of arbitration[16].

3. WAIVER OF FUNDAMENTAL RIGHTS

3.1. General Issues

The Bramelid and Malmström cases touch on the issue of multiparty arbitration. The French Cour de Cassation in the Dutco case[17] has set very strict limits on multiparty arbitration and invokes the equality of the parties in nominating arbitrators as a basic element of arbitration. Interestingly, the Cour de Cassation gave no specific legal basis for its findings and did not even mention Article 6 of the European Convention on Human Rights. It could also have cited the Bramelid and Malmström cases. Although I believe that the result of the Dutco decision, given the particular set of facts, was correct[18], the arguments of the Cour de Cassation go too far. The French Court did not take into consideration that one may be able to waive one's rights. Since the European Commission on Human Rights and legal commentary repeatedly mention that arbitration is, in principle, consistent with the Convention because an arbitration clause is to be regarded as a partial waiver of the rights accorded by Article 6, the Cour de Cassation could not have reasonably advanced the issue of fundamental rights without dealing with the issue of their waiver.

Franz Matscher, former Justice of the European Court of Human Rights, maintains[19] that the signing of an arbitration agreement is not a complete waiver of the conventional rights. Neither the Commission, in its above-mentioned decisions, nor legal commentary explain where the limits of the waiver are. In general one has to observe that the problem of waiver of human rights has so far been poorly treated by courts and legal authors. I cannot make up for this deficiency, but I would like to provide a few guidelines that are also relevant for arbitration.

In my mind there are three elements that are of particular importance in determining the validity of the renouncement:

- voluntary waiver;
- the time of the waiver;
- the weight of a fundamental (human) right.

3.2. Voluntary Waiver

It is obvious that the waiver of a human right has to be made in the form of a clear and free expression. I would conclude that validity of the following forms of arbitration agreement would be questionable:

- implied arbitration agreements;
- entering into arbitration agreements in such a way that there is no clear proof of the parties' intention (e.g. arbitration clauses in general sales conditions unknown to one party);
- arbitration agreements entered into between parties whereby one misuses its superior standing.

The latter case is not meant to imply that any difference in the economic strength would permit the arbitration clause to be questioned. The only relevant differences are those that may give rise to concern about the proper and impartial behaviour of the arbitrator[20]. In other words, the different standing of the parties is not of concern *per se* unless such inequality has a substantial negative impact on the contents of the arbitration clause, and in particular the appointment of the arbitrators.

3.3. Time of Waiver

Of utmost importance is whether a party renounces a right in advance or at a time when it already has the opportunity to exercise it. If, for instance, a party has the right to make submissions in a proceeding, it has the choice to do so or not. In that given situation it makes no difference whether a party simply lets the opportunity pass or explicitly waives its right to make

a submission. Therefore, all waivers during an ongoing proceeding, as well as the expiry of reasonable deadlines set by a tribunal for submissions or simple inactivity of a party, are valid waivers of a fundamental right. A general waiver in advance would, however, be very questionable.

Such general waiver is sometimes made in the form of an agreement that a request for arbitration shall be deemed to be validly communicated to the defendant if addressed to a specific agent determined in the contract. If such agent was not appointed by the defendant and if the agent failed to immediately hand over the request to the defendant, an award based upon such request would - in my mind - be a clear violation of the right to be heard.

3.4. The Weight of a Human Right

A fundamental right like that provided for by Article 6 of the European Convention on Human Rights (fairness) consists of a number of individual rights. The waiver of one of these rights, like the requirement of a public hearing, by way of signing an arbitration agreement, touches a relatively unimportant aspect and is therefore valid even if made in advance[21]. However, a general waiver of the rights under Article 6 would be invalid and can therefore not be the consequence of the signing of an arbitration agreement. The hard core of Article 6, namely the observance of fairness, which includes equal standing in the appointment of arbitrators, the right to be heard and independence and impartiality of the tribunal, may not be renounced in advance. A party may, for instance, validly decide not to challenge an arbitrator who turns out to be partial but a party may not validly agree in advance that an arbitrator may be appointed who is obviously dependent, such as an employee or legal counsel of the opponent.

In my opinion multiparty arbitration in which one side consisting of two or more parties must appoint one common arbitrator is a valid waiver as long as it is based on an agreement between the parties who, when signing the arbitration agreement, are deemed to be - in principle - able and willing to agree, in the future, on a common arbitrator, as would be the case in joint ventures or similar agreements between a small number of parties. This was not so in the Bramelid and Malmström cases, where there was no arbitration agreement to which the minority shareholders were a party and where the number of minority shareholders, and the time for agreement on the common arbitrator, made it almost impossible for them to reach such agreement. The minority shareholders were, by the nature of the case, at a structural disadvantage as compared to the main shareholder.

Since, in accordance with the findings of the European Commission on Human Rights, a State may only grant executive power to an arbitral award if minimum standards of fairness have been observed by the tribunal, a party may also not validly renounce, in advance, its right to challenge an award before state courts even if such standards were not met. It may, however, validly renounce its right as soon as the award has been communicated to the parties.

In the light of the decisions in Strasbourg, it is also questionable whether arbitration laws which extensively or totally exclude the right to challenge an award are valid under the European Convention on Human Rights. For example, Article 192 paragraph 1 of the Swiss Act on Private International Law allows parties who have no domicile or residence in Switzerland to waive totally their right to challenge an award.

Similarly questionable is Article 1717 of the Belgian Code of Civil Procedure which limits the jurisdiction of Belgian courts, as regards challenges to awards, to arbitration cases where at least one party is a Belgian national or resident.

The Swiss or Belgian provisions could only comply with the European Convention on Human Rights if the general fairness of the award could at least be made an issue in the following enforcement proceeding as provided for in the second paragraph of Article 197 of the Swiss Act on Private International Law.

The above examples – and many more could be given - show the sensitivity of the issue of renouncement of fundamental rights in relation to arbitration.

4. ARBITRATION REQUIRED BY THE CONSTITUTION?

The French Constitution of 3 September 1791 provided in Chapter V, Article 5, that the legislator may not deprive the citizens of their legal right to have their disputes settled by arbitration[22]. Similar provisions are to be found in the French Constitutions of 1793 and 1795. As far as I can see, no other constitution provides for a fundamental right of citizens to have their disputes settled by arbitration if they so wish. As described above, constitutions may allow arbitration, but they do not expressly provide for arbitration.

However, under certain circumstances, the existence of arbitration may even be required under the constitution of some countries.

The legislator may or may not grant civil rights to citizens. If it grants rights it has to do it effectively. This means that granting of substantive rights has to be followed by procedural means to enforce them. This is part of the "rule of law" (Rechtsstaatsprinzip) which belongs to the fundamen-

tal principles of democratic societies. The principle of effectiveness also follows from Article 6 of the European Convention on Human Rights as long as those rights are of a "civil" nature[23]. The Austrian Constitutional Court (Verfassungsgerichtshof) has in a number of decisions emphasised the principle of effectiveness, but was reluctant to recognise an automatic identification of substantive rights and procedural claims[24].

The German Constitutional Court (Bundesverfassungsgericht) ruled that the legislator is obliged to set up a judicial system which allows citizens to enforce their legal rights.[25] In another decision this Court is even clearer:

> A fair procedure is an essential element of the rule of law. This means that those whose legal position is invoked, must have procedural rights and possibilities to reasonably repulse violations of their rights by the courts or by other parties to the proceeding[26].

No legal system is able to grant full protection of civil rights, particularly when international relations are taken into account. A state may, in a particular case, neither authorise its courts to decide it nor enforce the judgment of the foreign court which had jurisdiction in this case. In such matters the only method to fill the gap is to allow arbitration or to enforce foreign awards. In some cases arbitration may be the only remedy for making civil rights effective as required under the "rule of law". In this very limited sense, arbitration may be regarded a requirement under the constitution.[27]

5. ARBITRATION AND THE PREDOMINANCE OF COMMUNITY LAW

The Austrian Supreme Court (Oberster Gerichtshof) has recently set aside arbitral awards which have ignored the applicable community law and have therefore - in the opinion of the Court - violated *ordre public* (§ 595, paragraph 1, no. 6 of the Austrian Code of Civil Procedure).

One decision dealt with a competition law matter. The Supreme Court held that the ignoring of Articles 85 and 86 of the Treaty of Rome by an arbitral tribunal is in conflict with community law.[28] It referred to a similar decision by the German Federal Supreme Court.[29]

In the second decision, the Austrian Supreme Court set aside that part of the award in which a party was awarded delay interest including value-added tax.[30] It concluded that the tribunal, by awarding value-added tax for delay interest, violated the Sixth Directive on Value-Added Tax.

In both cases the pure ignoring of community law was regarded a violation of *ordre public*. The failure to recognise the principle of predominance of community law is - in the opinion of the Court – *per se* a violation of the basic values of Austrian law, of which the community law is part, irrespective of the political importance of the provision of community law.

These decisions have taken the legal community by surprise since the Austrian Supreme Court has for many years been very reluctant to find a violation of *ordre public*. In my mind, the principle of predominance of community law is an important structural element of the European legal system, but it does not by itself, and independently from the contents of the provision of community law to be applied, belong to the basic legal values of the European Union or its Member States. Therefore, an award which overlooks a provision of community law should not be set aside unless the provision reflects a basic value of the European Union. This may be the case if important competition rules of the European Union have been ignored by a tribunal but certainly not if a tribunal miscalculates delay interest.[31]

These decisions by the Austrian Supreme Court are good examples for my initial statement that arbitration is far from being de-national and any attempt to view arbitration independently from domestic law is unrealistic.

6. CONCLUSIONS

- Arbitral awards are not a-national. They are governed by the *lex fori* (including its conflict rules) of those courts to which a party addresses itself during the arbitration proceeding or thereafter in order to set aside or to enforce an award.
- The attempt to de-nationalise arbitration has to take into account that arbitration without any control by state courts may encourage arbitrators to be less careful and may, consequently, damage the reputation of arbitration.
- Constitutions should not allow arbitration that totally replaces the state judiciary.
- The attempt to de-nationalise arbitration has, furthermore, to take into account that the constitutions of states and international conventions, like the European Convention on Human Rights, set certain minimum standards of fairness for arbitration that call for a (limited) control of arbitration by state courts.
- Parties are, in principle, allowed to waive their legal rights but may not do so in advance with regard to the principle of fairness of the proceeding in general. They may only waive individual (and not basic important) rights in advance. Other rights may be waived only during the proceeding.
- Ignoring important parts of community law which are part of the European *ordre public* may allow a state court to set aside an award.

Notes

1 NEESMAN, "More Certainty Comes to Arbitration", N.Y. Law Journal (26 March 1998); see also LOWENFELD, "Can Arbitration Coexist with Judicial Review?", ADR Currents (September 1998).

2 See Prof. LALIVE's award in the Dalmia case, "Chronique des sentences arbitrales", Journal du Droit International (Clunet) (1974, no. 4) p. 904; the Aramco case, Brigitte STERN, "Trois arbitrages, un même problème, trois solutions", Revue de l'arbitrage (1980) p. 3.

3 Article 101 paragraph 1 of the German Grundgesetz and Article 83 paragraph 2 of the Austrian Bundes-Verfassungsgesetz stipulate: "Niemand darf seinem gesetzlichen Richter entzogen werden."

4 Article 25 paragraph 1 reads: "Nessuno può essere distolto dal giudice naturale preconstituto per legge." In Anglo-American legal theory you also find the concept of a "natural judge".

5 See the specific reference to independence by Enrico SPAGNA MUSSO, Diritto *Costituzionale* 4th ed. (1992) p. 597.

6 OGH 3 October 1978, SZ 51/132.

7 Article 102 reads: "La funzione giurisdizionale è esercitata da magistrati ordinari istituiti e regolati dalle norme sull'ordinamento giudiziario. Non possone essere istituiti giudice straordinari o giudice speciali ..."

8 SPAGNA MUSSO, p. 599.

9 NJW 1998, 1477, see also GEIMER, Schiedsgerichtsbarkeit und Verfassung (aus deutscher Sicht), Integrationsprobleme im Umkreis der Justiz, Band 7 der Veröffentlichungen der Wissenschaftlichen Vereinigung für Internationales Verfahrensrecht e.V.

10 For details and for citations see: Kurt HELLER, *Der verfassungsrechtliche Rahmen der privaten internationalen Schiedsgerichtsbarkeit*, Manz (1996), pages 11 et seq.

11 1197/61, 5.3.1962, Yearbook of the European Convention on Human Rights 5, 95.

12 8588/79 and 8589/79, 12 October 1982, Decisions and Reports, 29, 64; Europäische Grundrechte Zeitschrift (EuGRZ) 1983, 428, Nr. 91.

13 R. versus Switzerland, 10881/84, Decisions and Reports, 51, 83 ff.

14 Decision of 2 December 1991, 18479/91.

15 Stan Greek Refineries and Stratis Andreadis versus Greece, 22/1993/417/496.

16 For more details on the decisions of the Commission and the Court see: HELLER, pp. 18-22.

17 Decision of the French Cour de Cassation of 7 January 1992, Revue de l'arbitrage 1992, pages 470 *et seq.*, translation into English in Yearbook Commercial Arbitration (1993) p. 140.

18 A tribunal which I chaired in a parallel case rejected a law suit based upon the same arbitration clause. The Plaintiff Dutco and one of the defendants were identical in both cases. The tribunal agreed that the clause did not allow multiparty arbitration.

19 MATSCHER, Festschrift Nagel p. 234, and other writings.

20 See the decision of the German Federal Supreme Court (Bundesgerichtshof) of 15 May 1986, NJW 1986, 3027.

21 Publicity has two aspects: Publicity for the parties (Parteienöffentlichkeit) and publicity for the public (Volksöffentlichkeit). Article 6 covers only the first aspect. The presence of the parties during an arbitration hearing is therefore important and – in general – observed by tribunals.

22 The full text of this provision reads as follows: "L'arbitrage étant le moyen le plus raisonnable de terminer les contestations entre les citoyens, les législateurs ne pourront faire aucune disposition qui tendrait à diminuer soit le faveur, soit l'éfficacité des compromis."

23 MATSCHER, Festschrift Nagel p. 228; and in "Die Verfahrensgarantien der EMRK in Zivilrechtssachen", Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht und Völkerrecht (1980), 1.

24 For details and citations see HELLER, p. 33.

25 BVerfG NJW 1991, 413.

26 BVerfG NJW 1992, 359. The original text reads as follows: "Eine wesentliche Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips ist ein faires Verfahren. Dies bedeutet, daß den in ihrer Rechtsstellung Betroffenen prozessuale Rechte und Möglichkeiten eingeräumt werden müssen, Übergriffe der Gerichte oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abzuwehren."

27 For further details on this delicate issue see: HELLER, pp. 33-38.

28 Decision of the Austrian Supreme Court of 23 February 1998, WBl 1998, 221.

29 Decision of the German Federal Supreme Court of 27 February 1969, NJW 1969, 978.

30 Decision of the Austrian Supreme Court of 5 May 1998, EvBl 1998/179; Ecolex 1998, 765.

31 For criticism on the decisions by the Austrian Supreme Court see also Paul OBERHAMMER, "Gemeinschaftsrecht und schiedsrichterlicher ordre public"; Ralf MICHAELS, "Anerkennung internationaler Schiedssprüche und ordre public", ZfRV (1999), 5.

ББК 67.412.2
Т54

Редакционная коллегия серии
«Теория и практика международного права»

Л. Н. Галенская (отв. ред.), *В. Ф. Сидорченко* (отв. ред.),
С. В. Бахин, Ю. Ю. Берестнев, В. Н. Дежкин, В. В. Запевалов,
В. С. Иваненко, В. П. Кириленко, А. И. Ковлер, П. А. Лаптев,
С. А. Малинин, И. Е. Тарханов

Рецензенты:

***Т. Н. Нешатаева**, доктор юридических наук, профессор*

***В. А. Канашевский**, кандидат юридических наук, доцент*

Толстых В. Л.

Т54 Нормы иностранного права в международном частном праве Российской Федерации.— СПб.: Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006. — 266 с.

ISBN 5-94201-487-6

Автор настоящей работы — Владислав Леонидович Толстых, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного права Российской академии правосудия (г. Москва). Является автором более 40 научных и учебно-методических работ по проблемам международного публичного и международного частного права.

В работе рассматриваются природа и основания применения норм иностранного права в правовой системе РФ, а также особенности процесса установления данных норм. Формулируются выводы, в соответствии с которыми нормы иностранного права выступают в качестве особой группы социальных норм, взаимодействующих с отечественным правом, а их познание осуществляется в опосредованной форме. Используется широкий круг источников, в том числе материалы иностранной доктрины и судебной практики.

Для преподавателей, аспирантов и студентов юридических вузов, а также всех интересующихся проблемами международного частного права.

ББК 67.412.2

© В. Л. Толстых, 2006
© Изд-во Р. Асланова «Юридический центр Пресс», 2006

ISBN 5-94201-487-6

ASSOCIATION YURIDICHESKY CENTER

Theory and Practice of International Law

V. L. Tolstykh

RULES OF FOREIGN LAW IN INTERNATIONAL PRIVATE LAW OF THE RUSSIAN FEDERATION

Saint Petersburg
R. Aslanov Publishing House
"Yuridichesky Center Press"
2006

норм). Надлежащий порядок принятия иностранной нормы права предполагает соблюдение общих требований, предъявляемых к формированию воли и волеизъявления иностранного законодателя. Теоретически юридическая сила нормы иностранного права может быть обесценена при наличии общих оснований недействительности актов вследствие пороков воли (ошибка, обман, подкуп, принуждение), практически же вряд ли следует ожидать возникновения подобных ситуаций.

Одним из аспектов данного вопроса является проблема проверки конституционности иностранного закона. Может ли судья устанавливать неконституционность иностранного закона и на этом основании отстранять его от регулирования отношения? В отечественной доктрине данный вопрос изучен мало. Мнения же представителей иностранной доктрины разделились. Нибуайе и Мори, теоретики старшего поколения французской доктрины, считают, что суд может установить неконституционность иностранного акта.[1] А. Батиффоль полагает, что судья не обладает таким правом, потому что, устанавливая неконституционность иностранного права, он осуществляет «политическую акцию в широком смысле», что выходит за пределы его компетенции. По мнению А. Батиффоля, судья может лишь установить несовместимость иностранного текста с другим иностранным текстом, поскольку речь в данном случае идет о чисто интеллектуальной операции. Аналогично должна решаться проблема противоречия между иностранным законом и договором, в котором участвует иностранное государство. Отечественный судья должен обратиться к иностранной правовой системе и применить тот акт, который в соответствии с критериями, в ней установленными, обладает большей юридической силой.[2]

Не так давно данная проблема была исследована испанскими авторами А. Л. Кальво Каравака и К. Каракоза Гонсалес. По их мнению, возможны следующие варианты ее решения. Если иностранная норма признана неконституционной иностранным судом, испанский суд ее не применяет. Если в компетентный иностранный суд подана жалоба о признании иностранной нормы неконституционной, следует ждать решения этого суда. Если иностранный суд вправе сравнить норму права с иностранной конституцией, испанский суд может поступить аналогичным образом. Если есть предполагаемая неконституционность иностранной нормы и обратиться в иностранный суд нельзя, испанский суд должен решить данный вопрос in casu, т. е. высказаться относительно конституционности иностранной нормы. Суждение испанского суда не затронет действия иностранной нормы в «родном» правопорядке.[1]

[1] См.: Ibid. P. 547.

[2] Ibid. P. 548.

Вряд ли можно согласиться с позицией испанских авторов применительно к последней ситуации. Отечественный суд не может по своей инициативе лишать иностранную норму императивного элемента, которым она обладает в собственном правопорядке. Дело не только в неправильном обращении с иностранной нормой права. Регулярный отечественный суд, осуществляющий правосудие по гражданским делам, чаще всего не наделен правом осуществлять функции конституционного надзора в отношении как собственных, так и иностранных норм права.

Представляется, что вопрос о возможности применения неконституционного иностранного закона следует решать следующим образом. Исходным будет тезис о том, что судья должен применять иностранное право так, как оно применяется в иностранном государстве. Если в иностранном государстве суд может признать неконституционность иностранного закона, то наш суд вправе поступить аналогичным образом. Если в иностранном государстве конституция воспринимается как ординарный источник права, то, решая вопрос о соотношении иностранного закона и иностранной конституции, мы решаем вопрос о соотношении двух регулярных источников права в иностранном государстве. Последствиями могут быть: прямое применение конституции, обращение к аналогии закона или права и т. п. Если обращение к иностранной конституции невозможно (в силу абстрактности ее предписаний, по причине запрета подобного применения, существующего в иностранной правовой системе), то последствием установления неконституционности иностранного закона должно быть применение отечественного права. Признавая иностранный акт неконституционным, мы обесцениваем его юридическую силу и исключаем его из правовой системы. Если в иностранной правовой системе нет нормативных субститутов, мы вправе сделать вывод о неустанов-

[1] *Calvo Caravaca A. L., Carrascosa Gonsalez J.* Derecho international privado. Vol. 1. Granada, 2004. P. 300.

лении содержания иностранного права. В этом случае мы можем опереться на ч. 3 ст. 1191 ГК РФ. Если в иностранном государстве судья не вправе делать вывод о неконституционности закона, отечественный суд также не обладает таким правом. Здесь возможны две ситуации. Первая: иностранный суд вообще не может сравнивать конституцию и закон и во всех случаях должен обращаться к закону. Очевидно, что наш судья должен придерживаться аналогичной позиции. Вторая: иностранный суд не вправе устанавливать неконституционность акта, однако в случае сомнений должен сделать запрос в конституционный суд или в другие органы, приостановить рассмотрение спора и пр. (именно так решается проблема в РФ). Однако проблема усложняется, поскольку отечественный суд не обладает такой компетенцией и обязан вынести решение по делу. Видимо, в такой ситуации отечественный суд все же должен опереться на спорный закон, потому что процессуальные возможности устранения его действия отсутствуют. Это предложение небесспорно. Другим вариантом, логически еще более уязвимым, является обращение к ч. 3 ст. 1191 ГК РФ. Аргументация может быть следующей: неразрешимая сомнительность юридической силы иностранного закона позволяет сделать вывод о неустановлении иностранного права, что должно влечь применение отечественного права. Вообще же, этот вопрос — достаточно редкий, и вряд ли он поставит проблемы перед практикой. Кроме того, в большинстве случаев неконституционность иностранного закона может повлечь «включение» оговорки о публичном порядке, применение которой легко разрубит этот «гордиев узел». Следует добавить, что наш судья вправе обращать внимание на эту проблему только тогда, когда речь идет о явной неконституционности иностранного акта. Близкую позицию занимает венесуэльский автор Гонсало Парра-Арангурен. Он пишет: «...применение иностранного права так, как оно применяется в стране своего происхождения, приводит к выводу, что суд (отечественный. — *В. Т.*) должен действовать так, как действовал бы иностранный судья в аналогичных обстоятельствах, и выносить решение о конституционности или неконституционности иностранного правила тогда, когда подобное решение может быть вынесено иностранным судом. Однако это требует большой осторожности, потому что во многих случаях такое решение может повлечь политические последствия и к тому же суд другого государства — это не лучший

суд для того, чтобы осуществить разумное исследование всех обстоятельств».[1]

3. *Закрепленность социальной нормы в надлежащем источнике* имеет важное значение. С решением этой проблемы связано решение вопросов о действии нормы во времени, соотношении конкретной нормы с точки зрения обязывающей силы с другими нормами и пр. Не может быть признана в качестве нормы иностранного права норма, исходящая от государства, но не закрепленная в источнике права, например норма, закрепленная в политической декларации или в рекомендательном акте. Не может быть признана в качестве нормы иностранного права норма, которая закреплена в уже недействующем нормативном правовом акте или в проекте нормативного правового акта. Нередко обязывающая сила нормы зависит от доведения ее до адресатов, например, иностранный закон может приобретать силу, если он официально опубликован, а некоторые обычаи — если стороны о них знали или должны были знать, и т. д.

В научной литературе по международному частному праву наиболее дискутируемой проблемой, связанной с закрепленностью нормы иностранного права в надлежащем источнике, является проблема действия норм иностранного права во времени. Какие нормы, отечественные или иностранные, определяют действие иностранных законов во времени? Традиционный подход заключается в том, что этот вопрос должен решаться в соответствии с иностранным правом. Это позволяет обеспечить гармонию между отечественным и иностранным судебными решениями; кроме того, это прямое следствие принципа применения иностранного права в соответствии с его собственными правилами.

Вместе с тем, как и многие другие проблемы, эта проблема в последнее время рассматривается с позиций «материализации» применения коллизионных норм. Ряд авторов подчеркивают активную роль отечественного суда и утверждают, что в каждом отдельном случае следует учитывать цель отечественной коллизионной нормы. Если речь идет об определении действительности брака, следует выбрать из старого и нового законов тот, который обеспечивает действительность брака.[2]

---

[1] *Gonzalo Parra-Aranguren.* General Course of Private International Law: selected problems. Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. 1988. T. 210. P. 76.

[2] Обзор позиций см.: *Courbe P.* Op. cit. P. 68.



Татьяна Николаевна Нешатаева
судья Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации,
профессор, доктор юридических наук

Автор обращается к вопросу о соотношении арбитражных учреждений и государственных судов с точки зрения баланса частных и публичных интересов. Особое внимание уделяется вопросу об арбитрабельности споров по поводу недвижимого имущества.

Ключевые слова: арбитраж, третейский суд, частное и публичное право

Суд и арбитраж: о границах частного и публичного

В российской правовой литературе зачастую противопоставляются или взаимозаменяются такие явления, как арбитраж и суд[1]. К сожалению, подобные теоретические недоработки нашли отражение и в законодательстве: например, ст. 11 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ) под словом «суд» понимает государственные суды и арбитражные учреждения. Следует заметить, что в международных конвенциях и документах международных организаций такая подмена не допускается: в них четко различаются понятия суда и арбитражного учреждения (*arbitration institution*).

Суд и арбитраж исторически существуют как парные категории, отражающие соответственно публичное и частное содержание в способах разрешения экономиче-

[1] *Подробнее об этом см.: Нешатаева Т.Н. Суд и арбитраж: историческая взаимосвязь и современное взаимодействие // Третейский суд. 2005. № 1. С. 6–18.*

ских конфликтов, что объясняет в том числе и подвижность границ между этими явлениями. Между публичным и частным правом происходил в прошлом и происходит в настоящее время обмен сферами и методами. Некоторые из традиционно частноправовых институтов переходят в область публично-правового регулирования. Такой процесс начинается, когда возникают новые публичные интересы или явления, требующие государственного регулирования[2]. Другие институты права и процесса традиционно остаются частноправовыми.

Арбитраж — явление частноправовое на постоянной основе, так как применяется в том случае, когда конфликт возникает между частными лицами и не затрагивает публичные интересы (интересы третьих лиц или неопределенного круга лиц)[3]. Как способ разрешения конфликтов арбитраж существовал еще в догосударственном обществе. Суд исторически появился позднее и предназначался прежде всего для защиты публичных интересов (общих интересов, интересов всех)[4]. При этом государственные суды всегда взаимодействовали с арбитражными учреждениями.

Взаимодействие суда и арбитража уходит корнями в римский гражданский процесс. В научной литературе отмечается, что система правосудия в сфере экономики в значительной мере развилась из арбитража (органов самоуправления). Однако уже в древнем римском гражданском обществе государственный судья и арбитр сотрудничали.

Установлено, что в разные исторические эпохи Древний Рим знал различные процессуальные системы — легисакционную и формулярную. Обе включали две стадии: 1) рассмотрение частного коммерческого спора государственным судьей (судебный магистрат, претор) и 2) передача спора частному судье (*judex privates* или *arbiter*) — специалисту в определенных сферах экономических отношений: землемеру, ростовщику, купцу и т. д.

Судебный магистрат устанавливал юридические рамки спора, не оценивая доказательства и без вынесения решения. Функция определения виновного лица и меры ответственности относились к компетенции арбитра, которому магистрат перепоручал разрешение спора по существу. Арбитр выбирался магистратом из реестра арбитров, содержавшего имена наиболее известных и уважаемых граждан в данном населенном пункте. Затем решение арбитра (*judictium*) исполнялось сторонами добровольно. В случае уклонения от добровольного исполнения магистрат мог вынести решение (*addictio*) о принудительном исполнении.

При формулярном, наиболее развитом, процессе эти две стадии получили четкое процессуальное оформление. Магистрат выполнял следующие функции: а) выслушивал тяжущихся; б) выбирал арбитров из списка; в) решал вопрос об обеспечении сохранности спорного имущества (принимал обеспечительные меры) на период спора; г) создавал формулу (*judicium*) — модель будущего решения, в которой

---

[2] *См.: Тихомиров Ю.А. Публично-правовое регулирование: динамика сфер и методов // Журнал российского права. 2001. № 5. С. 13–28.*

[3] *Дженнаро Ф. Институционный курс римского права. М., 2004. С. 76.*

[4] *Аннерс Э. История европейского права. М., 1994.*

определял юридические рамки спора; д) исполнял решение арбитра принудительно при отказе исполнить его добровольно. Затем арбитр, используя формулу магистрата, оценивал доказательства и решал вопрос о том, кто из тяжущихся прав. Решение арбитр принимал, как правило, на основе принципов справедливости.

Самым важным элементом во взаимодействии судьи и арбитра при формулярном процессе была формула магистрата. В переводе на русский язык она могла бы звучать следующим образом: «Пусть Гай будет арбитром. Если окажется, что требование Авла к Нумерию является обоснованным, ты, арбитр, присуди к уплате суммы 100 сестерциев для Авла. Если окажется, что требование необоснованно, ты, арбитр, освободи Нумерия от уплаты». Таким образом, и рамки спора, и мера ответственности очерчивались судьей. Арбитр оценивал доказательства и выносил решение.

Некоторые виды споров магистрат передавал на рассмотрение не арбитру, а коллегии магистратов и арбитров — например, о наследстве с иностранцами. В свою очередь, самые важные для того времени споры (о свободе и рабстве) передавались на рассмотрение исключительно группе младших магистратов (исключительная компетенция) — коллегии государственных судей.

Коллегиальные и единоличные решения арбитров, не исполненные спорящими сторонами добровольно, передавались магистрату для принудительного исполнения. В этом случае к магистрату обращалась сторона, выигравшая процесс у арбитра. Срок на такое обращение составлял 30 дней со дня вынесения решения.

Проигравшая сторона имела право излагать магистрату свои возражения, касавшиеся не существа спора, но фактической обоснованности арбитражного решения, его формальной точности либо внешних обстоятельств (состоявшейся уплаты долга). Если возражения должника не принимались, магистрат исполнял решение арбитра принудительно и мог даже удвоить присужденную сумму. Окончательное решение магистрата о принудительном исполнении арбитражного решения не подлежало апелляции, которая появилась в судебном процессе позднее — лишь в последний период существования Римского государства.

Таким образом, римский гражданский процесс характеризуется сотрудничеством и взаимодействием государственного судьи и частного лица — арбитра с целью разрешения коммерческого конфликта. Сотрудничество предполагало, что за государственным судом закрепляются функции поддержки арбитражного решения (предварительные обеспечительные меры и последующее принудительное исполнение арбитражного решения) и контроля за действиями арбитра (назначение арбитра из числа уважаемых граждан, формулирование рамок будущего арбитражного решения, возможность отказа в принудительном исполнении такого решения по ограниченному формальному кругу оснований, выдвигаемых должником). При этом уже тогда выделялась исключительная компетенция государственных судов по решению важных для всех вопросов, которая не могла быть преодолена соглашением о частном способе разрешения конфликта.

Итак, экономический конфликт исторически разрешался двумя взаимодействующими способами: частным (арбитраж) и публичным (суд). Каждый из этих способов имел четко выраженные особенности. Для арбитража было характерно, что:

1) спор разрешал невластный субъект (частное лицо); 2) компетенция этого субъекта возникала на основе договора частных лиц; 3) в ходе разрешения конфликта определялись частные интересы; 4) услуги арбитра оплачивались сторонами; 5) решение невластного лица носило рекомендательный характер (рекомендуемое поведение). В свою очередь, судебный способ разрешения конфликта предполагал, что: 1) спор разрешит властный субъект; 2) компетенция этого субъекта возникает из закона; 3) в ходе разрешения спора на судей возлагается обязанность соблюдать общие (публичные) интересы; 4) работа судей оплачивается казной; 5) решение носит обязательный характер и обеспечивается государственным принуждением[5].

Суд или видимость суда

Оценка природы и механизма взаимодействия такой парной категории, как «частное — публичное», в ее разновидности «арбитраж — суд» во многом зависит от современного научного правопонимания[6]. В литературе подчеркивается различие между судом и арбитражем в деле разрешения экономических конфликтов: суд осуществляет правосудие, т. е. властное установление прав и обязанностей, в то время как арбитраж осуществляет услуги, т. е. урегулирование социальных конфликтов частных лиц.

А.В. Цихоцкий отмечает, что третейское разбирательство — это не правосудие, а посредничество, основанное на гражданско-правовом договоре об установлении прав. Точки зрения, согласно которой деятельность третейского суда является услугой по примирению сторон, а не юрисдикционной деятельностью, придерживается и В.В. Комаров[7]. Он считает, что арбитраж как способ рассмотрения споров представляет собой специфический юридический инструмент, можно сказать, договорную правоприменительную власть, а не проявление (или форму) государственного правоприменения, которое осуществляется в первую очередь судами, входящими в судебную систему того или иного государства и наделенными такой властью непосредственно законом[8]. По его мнению, коммерческий арбитраж — это негосударственный суд, учрежденный спорящими сторонами, источником правоприменительной деятельности которого служит соглашение сторон.

Другие авторы, отрицая судебную природу арбитража (третейского суда), именуют его деятельность квазиюрисдикционной или квазисудебной. По мнению В.П. Волжанина, разрешение дел в третейских судах является своеобразной самодеятельной формой правовой защиты, допускаемой в установленных законом пределах[9].

---

5 *Тихомиров Ю.А. Публичное право: учебник. М., 1995; Голубцов В.Г. Соотношение публичного и частного права в России // Вестник Пермского университета. Серия «Юридические науки». 2008. С. 57–63.*

6 *Zipursky Benjamin C. Philosophy of Private Law: Oxford Handbook of Jurisprudence. New York, 2002. P. 623–656.*

7 *Цихоцкий А.В. Теоретические проблемы эффективности правосудия по гражданским делам. Новосибирск, 1997. С. 66.*

8 *Комаров В.В. Международный коммерческий арбитраж. Харьков, 1995. С. 9.*

9 *Волжанин В.П. Больше внимания третейским судам // Советская юстиция. 1968. № 5. С. 11.*

История развития российского и зарубежного законодательства, международно-правовых норм также демонстрирует унифицированный подход к четкому различению природы суда и третейского суда (арбитража). Например, уже в Законе XII таблиц проводилось различие между судьей, избираемым самими сторонами (*arbiter*), и судьей, назначаемым государством, а решение, вынесенное арбитром, считалось не судебным постановлением, но лишь мнением (*sentential*), в силу чего использовалось сторонами в добровольном, а не принудительном порядке и не могло быть обжаловано[10].

На основе того же подхода развивалось и российское законодательство о третейских судах. Отечественный законодатель также исходил из различий в природе суда и арбитража, судебного решения и арбитражного решения. 21.06.1988 был принят Указ Президиума Верховного Совета СССР «О признании и исполнении в СССР решений иностранных судов и арбитражей», который выделял два различных института — суд и арбитраж. Норма ст. 6 Основ гражданского законодательства СССР 1991 г. сформулирована с учетом различия юридической природы государственного суда, арбитража, третейского суда: «Защита гражданских прав осуществляется судом, а также арбитражным судом... или третейским судом». При этом обобщающий термин «суд», зафиксированный сейчас в норме ст. 11 ГК РФ, тогда не использовался.

Ни одна из существующих правовых систем не включает арбитражи в судебную систему. При этом даже терминологически во всех государствах проводится явное различие между судом (*«court», «tribunal», «cour», «Gericht»*) и альтернативным частным способом разрешения споров — третейским судом (*«arbitration», «arbitrage», «Schiedsgericht»*).

Такое различие основано на необходимости защиты прав с публичным элементом органами правосудия (судами) в связи с тем, что только суды обязаны устанавливать баланс частных и публичных интересов, рассматривая споры гражданско-правового характера (ст. 1, 2 Арбитражного процессуального кодекса Российской Федерации (далее — АПК РФ), ст. 2 Гражданского процессуального кодекса Российской Федерации (далее — ГПК РФ). На третейские суды (арбитражи) такая функция не возлагается, поскольку они в силу своей природы защищают лишь частный интерес, следовательно, не могут рассматривать гражданско-правовые споры с публичным элементом. С этой целью в законодательстве устанавливаются специальные правила о разграничении компетенции государственных судов и третейских судов, в частности правила о неарбитрабельности отдельных категорий споров и об отнесении их к исключительной юрисдикции государственных судов. К таким спорам относятся в числе прочего отдельные категории споров о недвижимости (например, предполагающие обращение взыскания на недвижимое имущество, переход прав на такое имущество). Последние имеют существенный публичный элемент, потому что могут влечь переход прав на дорогостоящее имущество, внесение изменений в государственные реестры прав на недвижимость, затрагивать интересы третьих лиц.

Согласно ч. 2 ст. 45 Конституции Российской Федерации каждый вправе защищать свои права и свободы всеми способами, не запрещенными законом. Указанная гарантия в соответствии с ч. 1 ст. 34 Конституции Российской Федерации

---

[10] *Волков А.Ф. Торговые третейские суды // Третейский суд. 2000. № 2. С. 65–75.*

в равной степени распространяется и на защиту права на свободное использование своих способностей и имущества для предпринимательской и иной не запрещенной законом экономической деятельности. Из ст. 17 (ч. 1 и 2) и 19 (ч. 1 и 2) Конституции Российской Федерации следует, что эти права гарантируются в Российской Федерации в качестве основных и неотчуждаемых прав и свобод человека и гражданина и реализуются согласно общеправовым принципам юридического равенства, неприкосновенности собственности и свободы договора, предполагающим равенство, автономию воли и имущественную самостоятельность участников гражданско-правовых отношений. Указанные принципы провозглашаются в п. 1 ст. 1 ГК РФ в качестве основных начал гражданского законодательства.

Заключая арбитражное (третейское) соглашение о рассмотрении спора в международном коммерческом арбитраже (третейском суде), участники гражданского оборота реализуют конституционное право на защиту своих прав всеми способами, не запрещенными законом, а также право на свободу договора[11].

Не являясь абсолютными, эти права могут быть ограничены, но сама возможность ограничений, а также их характер должны определяться на основе Конституции Российской Федерации, в ч. 3 ст. 55 устанавливающей, что права и свободы человека и гражданина могут быть ограничены федеральным законом только в той мере, в какой это необходимо в целях защиты основ конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства, т. е. основ публичного порядка Российской Федерации. Следовательно, отношения, затрагивающие указанные основы, включают публичный элемент, требующий специального публично-правового регулирования, природу которого невозможно понять без современных представлений о динамике публичного права, в том числе регулирующего понятие «суд».

В связи с тем, что в российском законодательстве понятие суда применяется и к арбитражу, и к государственному суду, целесообразно обратиться к международному правовому опыту регулирования этих вопросов.

В частности, согласно ст. 6 Конвенции о защите прав человека и основных свобод 1952 г. (далее — Европейская конвенция) «каждый в случае спора о его гражданских правах и обязанностях ... имеет право на справедливое и публичное разбирательство дела в разумный срок независимым и беспристрастным судом, созданным на основе закона». В этой статье определение понятия «суд» не сформулировано, что позволило Европейскому суду по правам человека (далее — ЕСПЧ) впоследствии выделить его основные элементы и своим толкованием дополнить ст. 6 Европейской конвенции. Суд представляет собой орган правосудия[12]:

а) созданный на основе закона (ст. 6 Европейской конвенции);

б) не обязательно включаемый в судебные структуры[13];

---

[11] *См.: определения Конституционного Суда Российской Федерации (далее — КС РФ) от 26.10.2000 № 214-О, от 15.05.2001 № 204-О.*

[12] *См.: решение по делу Demicoli. P. 39.*

[13] *См.: решение по делу Rof Gustafson. P. 46.*

в) наделенный компетенцией по вопросам факта и права[14];

г) имеющий полную юрисдикцию по отмене решений иных органов[15];

д) выносящий решение публично (ст. 6 Европейской конвенции) в налаженном процессе[16] при соблюдении гарантий[17] судьями с постоянным мандатом[18];

е) решения суда носят обязательный характер[19].

Таким образом, согласно международным нормам судом обозначается орган правосудия, который характеризуется тем, что создается на основе закона, разрешает вопросы на основе права и по окончании налаженного процесса разрешает любой вопрос, относящийся к его компетенции, в юридически обязательном для всех лиц судебном решении. Суд также должен отвечать требованиям публично-правового характера: быть независимым по отношению к публичной власти и сторонам, беспристрастным, состоять из постоянно действующих членов суда, представлять сторонам достаточные процессуальные гарантии[20].

При этом ЕСПЧ неоднократно подчеркивал, что право на суд не является абсолютным и при определенных условиях отказ от суда возможен, если он законен, произведен недвусмысленным образом и не запятнан принуждением[21]. Более того, ЕСПЧ неоднократно поддерживал такой отказ от суда в области гражданского права в виде арбитражных оговорок в контрактах как имеющий несомненные преимущества для заинтересованного лица, а также для отправления правосудия с целью разгрузки государственных судов от рассмотрения споров частного характера[22].

Именно по этой причине ЕСПЧ при рассмотрении ряда дел не посчитал нарушением права на суд обращение для урегулирования экономического конфликта частного характера в арбитражные учреждения[23]. По мнению ЕСПЧ, ст. 6 Евро-

---

14 *См.: решение по делу Terra Woningen B. P. 52.*

15 *См.: решение по делу Schautzer. P. 36.*

16 *См.: решение по делу Sramek. P. 36.*

17 *См.: решение по делу Le Compte, Van Leven et de Meyere. P. 55.*

18 *См.: решение по делу Belilos. P. 64.*

19 *См.: решение по делу Van Qehurk. P. 45.*

20 *Сальвиа М., де. Прецеденты Суда по правам человека. СПб., 2004. С. 323.*

21 *Там же. С. 283.*

22 *См.: решение по делу Deweer. P. 49.*

23 *См.: постановление ЕСПЧ от 08.07.1986 по делу «Lithgow and Others v. United Kingdom» («Литгоу и другие против Соединенного Королевства»), решение ЕСПЧ от 16.12.2003 по делу «Transado-Transportes Fluviais Do Sado, S.A. – Portugal» («Компания «АО Трансадо-транспортес флувиас до Садо» против Португалии») и постановление ЕСПЧ от 03.04.2008 по делу «Regent Company v. Ukraine» («Риджент компани» против Украины»).*

пейской конвенции не препятствует деятельности третейских судов при условии, что отказ от передачи спора в суд с целью его рассмотрения совершен с соблюдением личных интересов без принуждения частных лиц.

Между тем неабсолютный характер права на суд не означает, что понятия «суд» и «арбитраж» идентичны, не имеют различий и применимы ко всем типам споров, как неоднократно утверждалось в российской научной и публицистической литературе[24], а затем находило отражение в практике. По сути, из такого толкования ст. 11 ГК РФ выводилось, что в экономике арбитражи повсеместно могут заменить суд и, более того, они и являются судом.

Подобное толкование неизбежно приводит к имитации правосудия, созданию видимости суда. В частности, третейские суды порой не только претендуют на компетенцию публичной власти судов, но и заимствуют ее атрибуты: мантию, государственные символы, название, например обозначают себя как «федеральный третейский суд, создают службу третейских приставов и т. д.»[25].

Последнее приводит к подмене понятия «суд», созданию его видимости, что отрицательно сказывается на формировании сбалансированной практики применения российского законодательства, так как практика частного органа по конкретному спору выдается за обязательную единообразную судебную практику.

Во избежание подобного имеет смысл высветить различия суда и арбитража с точки зрения критериев, выработанных ЕСПЧ. Итак, арбитраж приступает к рассмотрению экономического конфликта на основе соглашения сторон (арбитражной оговорки), свидетельствующего об отказе от судебного способа разрешения спора, что вполне допустимо согласно ст. 6 Европейской конвенции. Далее, арбитраж никогда не действует публично, скорее его сильной стороной является приватность разбирательства частного спора. Кроме того, он не вправе отменять решения органов публичной власти, как и выносить обязательные для них предписания. Арбитры не имеют длительного судейского мандата и компетентны лишь на срок рассмотрения конкретного спора. Наконец, они не выносят обязательного для всех членов экономического сообщества решения. При этом решение арбитража является рекомендацией для сторон конфликта. Обязательную силу подобное решение приобретает лишь с момента его легитимации государственным судом.

Все сказанное свидетельствует о том, что частный способ разрешения конфликта адекватен лишь для частных конфликтов.

---

[24] *Дементьев О.М. Третейский суд в системе правосудия // Третейский суд. 2003. № 4. С. 102–106.*

[25] *Аналитический вестник Совета Федерации Федерального Собрания Российской Федерации. Материалы парламентских слушаний «Судебная система РФ: вопросы исполнения судебных актов». М., 2010. С. 37.*

Подвижность границ частного и публичного: арбитрабельность

Учитывая подобные различия формирования частных и публичных разбирательств, законодатель всегда в особом порядке регламентировал вопрос о компетенции третейских судов (вопрос об арбитрабельности споров). Их деятельность в отличие от государственного правосудия не нацелена на защиту публичного порядка, поэтому из компетенции третейских судов исключены споры с публичным элементом — они признаны неарбитрабельными.

Природа третейского (арбитражного) разбирательства предполагает, что к компетенции третейского суда (арбитража) могут относиться только арбитрабельные споры, предмет которых может быть предметом арбитражного разбирательства.

В частности, в соответствии с п. 1 ст. II Конвенции ООН о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (далее — Конвенция ООН) в понятие «арбитражное соглашение» включается соглашение о рассмотрении только такого спора, «предмет которого может быть предметом арбитражного разбирательства». Следовательно, государственный суд, в который обратилась сторона спора с целью оспаривания решения третейского суда или его признания и приведения в исполнение, равно как и арбитры (третейские судьи), рассматривающие спор, охваченный арбитражным (третейским) соглашением, должен установить, что предмет спора является арбитрабельным.

Согласно Конвенции ООН в признании и приведении в исполнение арбитражных решений может быть отказано, если суд найдет, что предмет спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по законам этой страны (подп. «а» п. 1 ст. V). Аналогичные нормы предусмотрены ст. 239 АПК РФ, ст. 46 Федерального закона от 24.07.2002 № 102-ФЗ «О третейских судах в Российской Федерации» (далее — Закон о третейских судах).

По мнению большинства специалистов, вопрос арбитрабельности является одним из частных случаев доктрины «публичного порядка»[26]. В ряде государств законодатель прямо закрепляет категории неарбитрабельных споров не в процессуальном законодательстве, а в законодательстве о третейских судах (арбитраже).

Например, в марте 2009 г. Верховная рада Украины одобрила закон, подготовленный в рамках борьбы с рейдерством и иными злоупотреблениями правом и вносящий изменения в Закон об арбитраже и другие акты с целью сузить компетенцию третейских судов. Закон Украины от 05.03.2009 «О внесении изменений в законодательные акты о деятельности третейских судов и исполнении решений третейских судов», вступивший в силу 31.03.2009, уточняет, что споры из корпоративных правоотношений, споры о недвижимости и земельных участках, трудовые споры, споры об установлении фактов, а также дела, решения по которым могут потребовать определенных действий со стороны государственных или муниципальных органов власти или должностных лиц, не могут передаваться в арбитраж. Такие споры могут решаться только в государственных судах Украины[27].

---

[26] *Berg A.J., van den. The New York Arbitration Convention of 1958. Kluver, 1981. P. 368.*

[27] *См. текст Закона на сайте Верховного суда Украины — URL: http://www.scourt.gov.ua/clients/vs.nsf/0/7CC3F0DE02C6998AC32572CB003D515D?opendocument.*

Новейшее законодательство США (п. «j» раздела 206 The Truth in Lending Act в редакции Mortgage Reform and Anti-Predatory Lending Act 2010 г.), вступающее в силу с 01.07.2010, предусматривает, что договоры ипотеки жилого недвижимого имущества не могут включать условия о третейском или ином внесудебном рассмотрении споров, вытекающих из таких договоров. Заключение третейских соглашений допускается только после возникновения подобных споров.

Нормы международных конвенций не устанавливают критерии арбитрабельности споров, отдавая их на усмотрение государств. Национальные суды решают этот вопрос, руководствуясь нормами своего законодательства. Вместе с тем подходы к проблеме законодательства и судебной практики разных стран во многом схожи. Обычно неарбитрабельными признаются некоторые виды споров, связанных с конкуренцией, интеллектуальной собственностью, с трудовым законодательством, законодательством о борьбе с коррупцией, банкротством, законодательством о ценных бумагах, о валютном регулировании, влекущие изменения в правах на недвижимое имущество, о налогах и т. д.

Например, неарбитрабельность споров о недвижимом имуществе обусловлена необходимостью выполнения предписаний национального законодательства о соблюдении определенных публично-правовых механизмов, охватывающих процедуру учета и регистрации прав на недвижимое имущество, а также защиту интересов неопределенного круга лиц. Третейские судьи в силу своего негосударственного статуса не имеют ни равного с государственными судами доступа к сведениям о недвижимости, ни права давать обязательные для исполнения предписания органам, осуществляющим учет соответствующих прав.

В доктрине указывается на то, что все неарбитрабельные споры объединяет один общий признак: такие споры включают правоотношения, которые нельзя считать регулируемыми исключительно частным правом. Чем значительнее «публичный» элемент гражданско-правового спора, тем выше вероятность, что национальный суд посчитает предмет спора неарбитрабельным. Под публичным элементом в таком случае понимается большая доля общего социального интереса в этом виде правового регулирования.

В частности, отношения по обращению взыскания на недвижимое имущество в принудительном порядке, в том числе в результате неисполнения обязательств по договору ипотеки, имеют существенный публичный элемент, поскольку могут касаться интересов неопределенного круга лиц, включая государство, контролирующее изменения в публичном реестре дорогостоящей собственности.

При отсутствии специальных указаний в законе вопросы неарбитрабельности споров в большинстве государств решаются судебной практикой.

Следует отметить, что законодательство некоторых стран допускает рассмотрение ряда традиционно неарбитрабельных споров третейскими судами. В таком случае третейский суд по сути выступает в качестве квазисудебной первой инстанции, чей акт может быть оспорен в государственном суде в процедуре полного пересмотра[28].

---

[28] *См., напр.: Закон Англии об арбитраже 1996 г., законодательство об арбитраже штата Коннектикут (США).*

Это фактически означает, что государственный суд становится второй инстанцией и пересматривает решение третейского суда в полной юрисдикции. Например, ГПК Франции предусматривает возможность апелляционного пересмотра решения внутреннего арбитража, т. е. осуществление общего контроля за применением арбитражем норм права с последующими изменением, отменой арбитражного решения, вынесением нового решения по существу спора.

Таким образом, в государствах, где третейские суды выступают в качестве традиционного альтернативного средства разрешения споров, к которым относится и Российская Федерация, решения этих судов пересматриваются по ограниченному кругу оснований, однако исключается передача на их рассмотрение неарбитрабельных споров (в частности, гражданско-правовых споров о конкуренции, банкротстве или о недвижимости — споров с существенным публичным элементом). В ряде государств допускается переход отдельных категорий споров с публичной составляющей в разряд арбитрабельных, но при условии, что имеется возможность полного пересмотра в государственном суде решения третейского суда.

Законодатель традиционно в особом порядке регламентировал юрисдикцию в отношении споров о недвижимости, признавая их неарбитрабельными. Прежде всего это касается споров, которые влекут переход прав на недвижимое имущество и внесение изменений в публичные реестры недвижимости, составляемые государством, т. е. возникают из отношений, имеющих публично-правовой элемент (отношений, имеющих административно-правовой характер[29]). Такой особый порядок ограничивает право защищать свои права и свободы всеми способами, в том числе и альтернативными государственному правосудию, и заключается в отнесении к исключительной компетенции государственного суда дел, влекущих переход прав на недвижимое имущество и внесение изменений в публичные реестры недвижимости, соответственно в отнесении к исключительной компетенции государственного суда полномочий по обращению взыскания на недвижимое имущество.

Указанный подход обусловлен особыми свойствами недвижимого имущества — тесной связью с территорией государства, а значит, и с его суверенитетом, который предполагает верховенство государственной власти в пределах собственной территории. Для того чтобы не усложнять без необходимости отношения между государствами, а также быстро и эффективно обеспечивать стабильность в отношениях по поводу дорогостоящего имущества, составляющего основу жизнедеятельности общества и отдельных индивидуумов, некоторые объекты (земля и все, что с ней связано) объявляются подсудными только государственным судам (исключительная юрисдикция). В юридической доктрине отмечается, что «недвижимое имущество составляет часть страны и так навечно с ней тесно связано, что именно в этой стране находится естественный центр тяжести всех прав на это имущество»[30].

В силу перечисленных обстоятельств особенностью правового режима недвижимости становится правило о наделении исключительным правом рассмотрения споров о ней государственных судов по месту нахождения таковой (*forum rei sitae*). Исключительная подсудность обусловлена неразрывной физической связью вещи

---

29 *См.: определение КС РФ от 04.06.2007 № 377-О-О.*

30 *Вольф М. Международное частное право / пер. с англ. М., 1948.*

и государства. Исключительность означает, что данное правило не может быть изменено соглашением сторон — пророгационным либо арбитражным (третейским) соглашением.

В Уставе гражданского судопроизводства 1864 г. Российской империи существовало правило об исключительной подсудности судам по месту нахождения недвижимого имущества, во-первых, вещных исков о недвижимости (ст. 212), в том числе исков по закладным (ст. 214), и о чиншевом праве (ст. 2 прил. 1 к ст. 1400), во-вторых, исков о вознаграждении за убытки, причиненные недвижимому имуществу (ст. 213, 213-2) самовольными действиями ответчика, но не нарушением договора с истцом.

Российские ученые поддерживали тезис о суверенитете как основе правил о правах на недвижимое имущество: «Было бы, например, оскорблением русского суверенитета, если бы германский суд судил — кому принадлежит часть русской территории. Поэтому для вещных исков на недвижимость forum rei sitae имеет в международном праве исключительную силу»[31].

Проблемы, связанные с рассмотрением споров о правах на недвижимость в третейских судах, были в Российской империи столь острыми, что, как пишет А.Ф. Волков, в 1887 г. Министерство юстиции вышло в законодательном порядке с представлением о дополнении Устава гражданского судопроизводства категорическим запрещением поручать третейским судам дела, касающиеся недвижимого имущества. Как выяснил Государственный совет при обсуждении этого вопроса, указываемые Министерством злоупотребления сводились к тому, что решениями третейского суда нередко прикрывались сделки о переходе права собственности на недвижимое имущество для избежания платежа крепостных пошлин или для укрепления сих имуществ за такими лицами, которым по особым правилам было запрещено его приобретать[32].

Следуя традиционным канонам, современное процессуальное право применительно и к международной, и к территориальной подсудности опирается либо на предметный (например, в отношении недвижимости), либо на субъектный критерий. Общепринятым для рассмотрения споров по вещным искам в отношении недвижимости, а также ряда обязательственных исков (наем, аренда) остается правило об исключительной юрисдикции суда места нахождения вещи, так как именно в этой юрисдикции наиболее очевидна близость к объекту спора и исполнению решения. Как показывает развитие процессуального права, выделение близкого к предмету спора суда как исключительного места подсудности избирается законодателем для защиты публичных интересов (например, потребителей, слабой стороны, в целях более быстрого, эффективного сбора правдивых, надлежащим образом оформленных и заверенных доказательств о столь дорогостоящих объектах), выполнения иных социальных задач.

С этой же целью большинство национальных законодательств заключаемые сделки с недвижимым имуществом подчиняет праву страны его места нахождения.

---

31 *Яблочков Т.М. Курс международного гражданского процесса. Ярославль, 1909.*

32 *Волков А.Ф. Указ. соч. С. 65.*

К примеру, § 24 ГПК Германии к исключительной подсудности немецких судов относит: иски, на основании которых осуществляется право собственности, вещное обременение или свобода от такого, а также иски о размежевании, разделении и владении, поскольку они касаются недвижимых вещей, исключительно подсудны тому суду, на территории округа которого находится соответствующая вещь. В силу данной нормы исключается не только договорная подсудность (в том числе такой ее вид, как передача спора в третейский суд), но и возможность предъявления встречного иска (о праве собственности, об обременениях и пр.).

Изъяты из исключительной подсудности в немецком праве только отдельные иски из обязательственных правоотношений, связанных с правами на недвижимость, например:

– иски против собственника или владельца, в частности требования о возмещении расходов, связанных с содержанием вещи, или расходов на обработку земельного участка (§ 994, 998 Германского гражданского уложения);

– иски о возмещении вреда, причиненного недвижимости (§ 823, 826 Германского гражданского уложения);

– иски о компенсации за национализацию недвижимости. Иски, основанные на ипотеке или иных обременениях, к таковым не относятся.

Норма ст. 24 ГПК Германии, на первый взгляд не содержащая специальных правил международной подсудности в отношении недвижимого имущества, рассматривается немецкими судами и доктриной в качестве нормы двойной природы, как ее именуют в немецком праве. Иными словами, в качестве нормы, предусматривающей и правила территориальной подсудности, и правила международной подсудности. Если немецкий государственный суд обладает территориальной подсудностью, следовательно, он обладает и международной подсудностью (юрисдикцией)[33]. Суды Германии данную норму трактуют как «двойную функциональную норму»[34]. Это означает, что в ней содержатся две предпосылки для исключительной подсудности: 1) немецких судов в отношении недвижимости, расположенной в Германии, по сравнению с органами разрешения споров, расположенными в иных государствах; 2) конкретного немецкого суда по месту нахождения конкретного объекта недвижимости по сравнению с иными судами Германии и третейскими судами.

Аналогичные нормы двойного свойства об исключительной юрисдикции государственных судов в отношении споров о недвижимом имуществе предусмотрены также в законодательных актах Австрии, Греции, Испании, Франции и ряда других стран. Например, ст. L 311-2 Кодекса о судоустройстве Франции предусматривает, что Суд высокой инстанции обладает исключительной компетенцией по вопросам исков в отношении недвижимого имущества и ареста недвижимого имущества.

---

33 *Baur W. Einfuhrung in das Recht der Bundesrepublik Deutschland. 6. Aufl. München, 1992. S. 172.*

34 *См.: решение Верховного суда Германии, BGHZ 44, 46, 47, HRR № 32.*

Нормы об исключительной подсудности в испанском праве совпадают с положениями Брюссельской конвенции 1968 г. (ст. 21 Закона о судебной власти 1985 г.).

Статья 29 ГПК Греции к исключительной юрисдикции греческих судов относит споры о вещных правах на недвижимость, о праве владения ею, о разделе имущества, находящегося в общей собственности, о компетенции в связи с национализацией, а также споры из договора аренды недвижимости или о праве ее хозяйственного использования. Эти споры рассматриваются греческими судами по месту нахождения недвижимости.

Посредством признания исключительности юрисдикции государственного суда по месту нахождения вещи формулируются и нормы международной подсудности споров о недвижимости.

Как известно, в процессуальном праве выделяется два вида подсудности: международная и территориальная (местная). Правила международной подсудности в большинстве случаев содержатся в нормах международных договоров, разграничивающих юрисдикцию судебных органов отдельных государств. Примером могут служить конвенции по вопросам юрисдикции и принудительного исполнения судебных решений в отношении гражданских и коммерческих споров (Брюссель, 1968 г.; Лугано, 1988 г.), трансформированные в Регламент Совета ЕС от 22.12.2000 № 44/2001, регулирующий вопросы международной подсудности.

В частности, ст. 22 Регламента предусматривает следующее правило об исключительной компетенции судов государств: «а) независимо от места расположения сторон: в области вещных прав на недвижимое имущества или аренды (найма) недвижимого имущества — суды того государства, в котором находится имущество».

Таким образом, к исключительной подсудности государственного суда по месту нахождения недвижимости отнесены как вещно-правовые иски, так и ряд исков обязательственной природы.

Россия также является участницей нескольких международных договоров, содержащих нормы об исключительной подсудности споров о недвижимости. Правила об исключительной подсудности в отношении недвижимого имущества содержатся в ст. 4 Соглашения о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 1992 г.), в следующей редакции: «Иски субъектов хозяйствования о праве собственности на недвижимое имущество рассматриваются исключительно судом государства — участника СНГ, на территории которого находится имущество». Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским семейным и уголовным делам (Минск, 1993 г.) к исключительной юрисдикции суда по месту нахождения недвижимости относит иски о праве собственности и иных вещных правах на недвижимое имущество (п. 3 ст. 20).

На основе двойной функциональной нормы сформулированы и правила процессуального законодательства Российской Федерации, регулирующие компетенцию государственных судов в отношении споров о недвижимом имуществе (ч. 1 ст. 38, п. 2 ч. 1 ст. 248 АПК РФ, ч. 1 ст. 30, п. 1 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ).

В законодательстве ряда государств, а также многих штатов США, например Индианы, имеются нормы, предусматривающие возможность обращения взыскания на заложенное имущество — как движимое, так и недвижимое — только по решению суда (Австрия, Германия, Испания, Италия, Нидерланды, Франция, Швеция и др.). Это означает, что обращение взыскания на заложенную недвижимость должно происходить внутри судебной системы, что включает подачу иска, вынесение постановления об обращении взыскания судом и продажи собственности с аукциона.

В качестве примера можно привести регулирование, содержащееся в Кодексе штата Нью-Йорк. Согласно § 41 ст. 3 Кодекса принудительное осуществление прав залогодержателя, вытекающих из договора ипотеки, осуществляется посредством обращения в верховный суд штата или суд графства, обладающий юрисдикцией на рассмотрение спора.

Решение об обращении взыскания на заложенное недвижимое имущество принимается компетентным судом, который наделяет соответствующее должностное лицо правом продажи имущества в установленном процессуальном порядке. Например, в соответствии с законом штата Индиана (Ind. Code § 32-29-7-3) сторона должна обращать взыскание на заложенную недвижимость через суд. Закон штата Колорадо также предусматривает обращение взыскания на заложенную недвижимость только судами.

Из изложенного следует:

1) законодательство большинства европейских государств и США, а также нормы международных договоров, применяемых в Европе, предусматривают исключительную компетенцию государственных судов в отношении ряда споров о недвижимости;

2) исключительная компетенция в отношении указанной категории споров закрепляется во внутреннем законодательстве государств аналогично подходу Регламента Совета ЕС — традиционно к исключительной юрисдикции государственных судов по месту нахождения недвижимости относятся споры о вещных правах, а также споры из договоров аренды и найма;

3) соответственно споры о недвижимости, отнесенные к исключительной компетенции государственного суда, в том числе влекущие переход прав на недвижимость, внесение изменений в публичные реестры и предполагающие обращение взыскания на недвижимое имущество, являются неарбитрабельными.

К сожалению, в российском законодательстве не сделан столь подробный вывод о частичной неарбитрабельности споров о недвижимости, и на долю судебной практики ложится задача выстроить границы арбитрабельности по спорам о недвижимом имуществе.

Несмотря на то что в российских законах об арбитраже (третейских судах) нет отсылки к процессуальным кодексам, регламентирующим деятельность государственных судов, представляется, что необходимо учитывать содержащиеся в них нормы об исключительной (а значит, исключающей компетенцию арбитража)

юрисдикции органа правосудия с целью определения неарбитрабельности некоторых гражданско-правовых споров.

АПК РФ 2002 г. также недостаточно последовательно решает вопросы исключительной компетенции и соответственно неарбитрабельности споров. Определенно решены вопросы исключительной компетенции арбитражных судов лишь применительно к спорам с участием иностранных лиц в п. 1 и 2 ст. 248 АПК РФ. Согласно названной статье экономические споры, связанные с вопросами публично-правового характера (о государственной собственности, приватизации, национализации, конфискации и реквизиции собственности (отчуждении имущества) для государственных нужд), относятся к исключительной компетенции российских государственных судов, в данном контексте — арбитражных судов Российской Федерации. В этой же статье к компетенции арбитражных судов отнесены споры, предметом которых является недвижимое имущество. Процессуальная норма указывает на предельно широкий круг правоотношений по поводу недвижимости, включающий как вещный статус недвижимого имущества, так и все сделки с этим имуществом. Таким образом, споры о недвижимом имуществе, находящемся на территории Российской Федерации, могут рассматриваться только в российских судебных органах, их рассмотрение в зарубежных судах и арбитражах (в том числе и в случае проведения заседания зарубежного арбитража на территории Российской Федерации) исключается.

Причину такого подхода следует искать в особых естественных свойствах недвижимого имущества — тесной связи с территорией государства, а значит, с его суверенитетом. Выше указывалось, что суверенитет предполагает верховенство государственной власти над собственной территорией и что недвижимое имущество в виде земли, недр и т. д. составляет часть страны — территории. По этой причине все споры по этому имуществу надлежит рассматривать в данной стране. Международные судебные органы неизбежно придерживаются именно такого подхода. Например, Европейский суд справедливости в Люксембурге в одном из своих решений отменил решение немецкого суда по спору между двумя предпринимателями из ФРГ, возникшему в связи с наймом помещения, расположенного в Италии. Международный суд указал, что, несмотря на национальность сторон в споре, при определении судебной компетенции следует учитывать исключительную юрисдикцию государственного суда Италии в связи с тем, что обязательственные отношения касались недвижимого имущества, расположенного в этой стране.

Статья 248 АПК РФ учитывает эти общепринятые правовые подходы, опираясь на определение недвижимого имущества, данное в ст. 130 ГК РФ. Российское гражданское законодательство не делает различия в правовом статусе естественной недвижимости (земля, недра, сооружения, здания) и относительной недвижимости (морские, речные, воздушные, космические суда и т. д.). В силу этого обстоятельства в процессуальном плане для них также установлен единый правовой режим. Между тем гражданское и гражданско-процессуальное законодательства многих государств применительно к относительной недвижимости устанавливают более либеральный режим регулирования, что позволяет переносить центр споров по такому имуществу в другие страны. В материальных гражданско-правовых нормах нашей страны такого разграничения нет, что не исключает возможности применения международных договоров Российской Федерацией, допускающей иной подход (например, в отношении морских судов).

Таким образом, к исключительной компетенции государственного суда Российской Федерации относятся все споры, которые касаются недвижимого имущества, перечисленного в ст. 130 ГК РФ, как вещно-правового, так и обязательственного характера применительно к разграничению компетенции с иностранными судами и арбитражами.

Иначе законодатель наметил решение вопроса по спорам о недвижимости применительно к третейским судам в Российской Федерации. Отметим, что четкости и определенности в этом вопросе не вполне удалось достичь. Закон о третейских судах относит к компетенции последних и публичные и частные споры по недвижимому имуществу (нет исключений). Однако Федеральный закон от 21.07.1997 № 122-ФЗ «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним» в ст. 17 определяет, что регистрация недвижимого имущества производится только на основе решения суда, вступившего в законную силу.

В законную силу вступают лишь решения государственных судов. Следовательно, решение арбитража без легализации в государственном суде не может служить основанием госрегистрации сделок с недвижимостью. Можно сделать вывод, что споры о вещно-правовом титуле недвижимого имущества подлежат рассмотрению в государственном суде. Косвенно это подтверждается нормой ч. 1 ст. 38 АПК РФ, указывающей, что иски о правах на недвижимое имущество рассматриваются в суде по месту нахождения этого имущества. Под исками о правах понимаются вещные иски о титуле имущества. В то же время иски, предметом которых является недвижимое имущество (обязательные иски), могут рассматриваться в арбитражах (третейских судах) в Российской Федерации. Другое дело, что решения по ним скорее всего не могут предопределить ответ на вопрос о титульной принадлежности вещи.

Итак, применительно к ст. 38 АПК РФ можно сделать вывод, что иски из обязательственных отношений применительно к недвижимому имуществу могут рассматриваться не только в государственных, но и в третейских судах Российской Федерации. Подобный подход либеральнее, чем тот, который используется в других государствах. Это свидетельствует о том, что подвижность сфер публично-правового регулирования является постоянно действующим фактором. Она выражается в изменении как объектов и методов правового воздействия, так и уровней принятия правовых решений, когда договорные средства и локальные акты выступают на передний план в регулировании федеративных, управленческих и экономических отношений. Но всегда должно быть сохранено главное — официальное признание верховенства закона и легальной допустимости юридических актов и действий.

Подобное официальное признание ложится на плечи судебной власти, которая не должна делать чрезмерный акцент на правовую статику. Но суд, реализуя законы публичного и частного права, должен оценивать их и с точки зрения условности границ между ними. Правовая система в целом или ее элементы почти не имеют собственных компенсирующих резервов, создание которых всегда осуществляют суды. Между тем предвидение, моделирование таких резервов и способов их использования весьма сложная задача.

Представляется, что в судебном моделировании в настоящее время наиболее актуальна ситуация с разрешением споров об ипотеке недвижимого имущества. Такие споры представляют собой вторичную проблему в определении границ арбитрабельности. В принципе частные обязательственные отношения по поводу недвижимости могут попасть в российский арбитраж на основе третейского соглашения.

Между тем мы уже упоминали, что допустимым условием отказа от правосудия являются действия частных лиц без принуждения, или, иначе говоря, подписание арбитражной оговорки равными самостоятельными субъектами частного права, открыто выражающими свою волю на отказ от суда. Но во всех ли случаях при заключении сделок это достижимо? Например, в зарубежном законодательстве может содержаться норма с перечислением видов споров, которые законодатель не позволяет рассматривать в арбитраже. Так, в Законе Швеции «Об арбитраже» 1999 г. в ст. 6 сказано, что «арбитражное соглашение между предпринимателем и потребителем ... является недействительным, если оно заключено до возникновения спора»[35].

В российском законодательстве такое исключение существует в п. 3 ст. 5 Закона о третейских судах: третейское соглашение о разрешении спора по договору, условия которого определены одной из сторон в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Ипотечный договор может быть отнесен к потребительским договорам, или договорам присоединения. Следовательно, и третейское соглашение о разрешении спора по такому договору, условия которого определены одной из сторон (банком) в формулярах или иных стандартных формах и могли быть приняты другой стороной не иначе как путем присоединения к предложенному договору в целом (договор присоединения), действительно, если такое соглашение заключено после возникновения оснований для предъявления иска.

Итак, потребительские (присоединительные) договоры не допускают общей арбитражной оговорки, что продиктовано отсутствием в этом случае равенства частных лиц в виде невозможности одной из сторон (потребителя) выразить волю на отказ от арбитража. Банк и заемщик находятся в неравном положении: ипотека в банках всегда основана на принципах присоединения. Заемщик вряд ли имеет возможность отказаться от арбитражной оговорки, включенной в договор ипотеки с банком. Возникает вопрос: на какой стадии банк и заемщик, исключая элементы экономического принуждения, вправе заключить арбитражное соглашение о передаче спора в арбитражное учреждение с учетом соблюдения баланса интересов спорящих сторон?

Очевидно, что не на стадии заключения договора, но уже после возникновения спора. На первой стадии возникновения спора можно договариваться об альтерна-

---

35 *«Бейкер и Макензи»: Международный коммерческий арбитраж. Государства Центральной, Восточной Европы и СНГ: учеб.-практич. пособ. / отв. ред. А. Тыннель, В. Хвалей. М., 2001. С. 202.*

тивном способе его разрешения. На данном этапе банк и заемщик имеют равные права и обязанности на имущество и способны сформулировать правовое обоснование своих требований.

Однако судебная практика свидетельствует, что банки повсеместно в стандартные договоры ипотеки недвижимого имущества включают норму, согласно которой все споры будут рассматриваться в конкретном арбитраже.

Арбитраж создается при самом банковском учреждении, и арбитрами в нем являются сотрудники банка (так называемый карманный арбитраж). У заемщика не остается никаких возможностей повлиять на объем арбитражной оговорки, выбор арбитров и другие параметры создания арбитража. Границы частного и публичного интересов вновь нарушаются, что выражается в виде нарушения равенства сторон в частном споре. Равенство частных лиц — один из основных принципов публичного порядка правового государства, в том числе Российской Федерации. Следовательно, договорное условие об арбитраже нарушает баланс публичного и частного.

И все же такой баланс можно достичь. В соответствии со ст. 4 АПК РФ и ст. 1 Закона о третейских судах в третейский суд может передаваться любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений, если иное не установлено законом.

Споры по договору о залоге недвижимого имущества (договору об ипотеке) носят гражданско-правовой характер, порядок их разрешения регулируется специальным законодательством.

Главой IX Федерального закона от 16.07.1998 № 102-ФЗ «Об ипотеке (залоге недвижимости)» (далее — Закон об ипотеке) предусмотрен судебный и специальный внесудебный порядок обращения взыскания на имущество, заложенное по договору об ипотеке.

Согласно ст. 51 Закона об ипотеке и п. 1 ст. 349 ГК РФ взыскание по требованиям залогодержателя обращается на имущество, заложенное по договору об ипотеке, по решению суда, за исключением случаев, когда в соответствии со ст. 55 указанного Закона и п. 2 ст. 349 ГК РФ допускается удовлетворение таких требований без обращения в суд.

Применение иных внесудебных способов к сложившимся правоотношениям предусмотрено п. 2 ст. 79 Закона об ипотеке, согласно которому нормы Закона Российской Федерации от 29.05.1992 № 2872-1 «О залоге» подлежат применению к залогу недвижимого имущества (ипотеке) лишь постольку, поскольку они не противоречат положениям Закона об ипотеке. Закон Российской Федерации «О залоге» не исключает обращения спорящих сторон к арбитражу.

Таким образом, положения Закона об ипотеке содержат две процедуры по обращению взыскания на заложенное недвижимое имущество: судебную и внесудебную, которая осуществляется на основании соглашения о проведении внесудебных процедур, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет ипотеки.

В нашем случае в договоре о залоге между банком и заемщиком может быть предусмотрено, что порядок реализации предмета залога определяется в соответствии с действующим законодательством. По договоренности сторон, оформленной нотариально удостоверенным соглашением после возникновения права обращения взыскания на предмет залога, общество и банк могут определить и другой порядок обращения взыскания частным образом, в том числе и с помощью арбитра. Иными словами, банк и заемщик могут заключить арбитражное соглашение после возникновения оснований для обращения взыскания на недвижимость.

На основании п. 1 ст. 55 Закона об ипотеке (в редакции, применяемой к правоотношениям между банком и обществом) удовлетворение требований залогодержателя за счет имущества, заложенного по договору об ипотеке, без обращения в суд допускается на основании нотариально удостоверенного соглашения между залогодержателем и залогодателем, заключенного после возникновения оснований для обращения взыскания на предмет ипотеки.

Если после возникновения конфликта можно договориться в присутствии нотариуса, то не исключается урегулирования спора и с помощью арбитра.

В случае появления арбитражной записи в договоре ипотеки еще до возникновения конфликта можно прийти к выводу, что цель стороны не урегулирование конфликта, а принудительный отказ от суда или подмена суда, имитация правосудия, что недопустимо с точки зрения публичных интересов.

Таким образом, граница между публичным и частным применительно к суду и арбитражу может устанавливаться в категории арбитрабельности как путем изъятия некоторых материально-правовых вопросов из деятельности частных арбитражных учреждений, так и посредством определения условий возникновения экономического конфликта, свидетельствующих о возможности передачи спора в частную сферу. Соблюдение таких границ — функция, осуществляемая, как правило, судебной властью в решениях по конкретным делам, что не исключает развития законодательства с целью изменения границ частного и публичного, равно как и компетенции суда и арбитража.

В настоящей статье сделана попытка определить проблемы частного и публичного в категориях «арбитраж» и «суд» с целью найти баланс между этими явлениями, исключающий имитацию судебной деятельности, создание видимости правосудия в той среде, которая функционирует на основе иных, не менее значимых ценностей: самостоятельности хозяйствующих субъектов, приватности их поведения, увеличения удельного веса саморегуляции и т. д. Эти ценности в российской правовой культуре неизменно должны сочетаться с категориями публичного права: правосудия, равенства, социальной справедливости, суверенитета, самодостаточности российской экономики.

Michael Terry Hertz*

THE CONSTITUTION AND THE CONFLICT OF LAWS: APPROACHES IN CANADIAN AND AMERICAN LAW†

The conflict of laws may be divided into three topic areas: the jurisdiction of local courts over non-residents; the recognition and enforcement of foreign judgments; and the choice of applicable law to be made in cases involving persons or events in two or more states. For the most part, conflicts questions are settled solely by the law of the forum. That is, the local conflicts law alone determines whether jurisdiction will be taken over non-residents or whether it will be declined; whether or not the judgment of a foreign court will be recognized or enforced; and whether local substantive law or foreign substantive law will be used to resolve a particular issue.

When the local court is the court of a sovereign unitary nation it need be bound only by the statutes and case law of its own jurisdiction. But when the court belongs to a federal system regulated by a constitution, then it must be conscious of possible constitutional conflict between local laws and the laws of other jurisdictions within that federation.

Both Canada and the United States are federations, and both have a constitution. This article is a comparison between Canadian and American conflict of laws and the impact on them by the British North America Act in Canada and by the federal constitution in the United States. In Canada, few cases have alluded to the role which the BNA Act may play in determining the power of the Canadian provinces to regulate their own conflict of laws rules. In the US, there is a highly developed jurisprudence on the interrelations between the federal constitution and the state conflict of laws. The chief purpose of this study is to describe the results of the US experience and to speculate on the applicability of that experience in Canada. The conclusion reached here is that the BNA Act provides the tools for establishing minimum provincial standards in the conflict of laws, in much the same way that the United States Supreme Court has used the US constitution to erect minimum standards among the US states.

* Associate Professor, Faculty of Law, Dalhousie University.

† This article is dedicated to Professor Arthur L. Foote, who for many years has explored in the classroom the possible impact of the BNA Act on Canadian conflict of laws. My thanks go to him for introducing this area of law to me. Naturally, these thanks in no way imply his approval of this article, for which I alone am responsible.

(1977), 27 UNIVERSITY OF TORONTO LAW JOURNAL 1

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 1 1977

1 *The constitutional language*

The US constitution contains a number of provisions which may affect the application of state conflict of laws.[1] The two principal provisions and the ones of greatest pertinence to Canadian law are the 'due process' clause of the fourteenth amendment[2] and the 'full faith and credit' clause.[3]

The 'due process' clause provides that '[No State shall] deprive any person of life, liberty or property, without due process of law.' The 'full faith and credit' clause reads: 'Full Faith and Credit shall be given in each State to the Public Acts, Records, and judicial proceedings of every other State. And the Congress may by general Laws prescribe the Manner in which such Acts, Records and Proceedings shall be proved, and the Effect thereof.'[4]

Both constitutional provisions operate so as to prevent a state from applying its own law in certain conflicts situations. For instance, if it would be inconsistent with due process and 'traditional notions of fair play and substantial justice,'[5] a state may not subject non-resident defendants to the jurisdiction of its courts.[6] Furthermore, even if it would be consistent with due process for a court to hear a particular case, if the state in which it sits does not have a sufficient connection with the underlying litigation, the court may not refuse to honour a defence available to the defendant under another jurisdiction's law, even if such a defence contravenes the forum's public policy.[7] Under the full faith and credit clause, one state must recognize the judicial judgments and 'public acts' of sister states (but not foreign countries). The clause makes the recognition of sister-state court judgments virtually automatic, so long as the judicial jurisdiction of the court rendering the judgment was consistent with due process.[8] The effect of the full faith and credit clause on choice of law problems is more difficult to assess, but it may be said that as a guiding principle the forum may not apply its own substantive law when it has no substantial interest to protect in doing so.[9] We shall be exploring all of these broad points in more detail below.

By way of contrast, the BNA Act has two features with potential impact on

1 Overton, State decisions in conflict of laws and review by the United States Supreme Court under the due-process clause, (1943), 22 *Ore. L. Rev.* 109, at 110 n6 (hereinafter Overton), lists such provisions.

2 Amendment XIV, s 1

3 Art IV, s 1

4 Implementing legislation may be found in 28 U.S.C. ss 1738–9 (1970). The act does not seem to have broadened the impact of full faith and credit beyond the power of the clause acting alone. See Leflar, Constitutional limits on free choice of law, (1963), 28 *Law & Cont. Prob.* 706, at 714 n 35 (hereinafter Constitutional limits).

5 *International Shoe Co* v *State of Washington* (1945) 326 U.S. 310; 66 S.Ct. 154

6 *Hanson* v *Denckla* (1958) 357 U.S. 235; 78 S.Ct. 1228; *Seymour* v *Parke, Davis & Co.* (1970) 423 F.2d. 584 (1st Cir.); *Curtis Publishing Co* v *Birdsong* (1966) 360 F.2d 344 (5th Cir.)

7 *Home Ins Co* v *Dick* (1930) 281 U.S. 397; 50 S.Ct. 338

8 *Harris* v *Balk* (1905), 198 U.S. 215; 25 S.Ct. 625. Exceptions to this rule are minimal. *Williams* v *North Carolina* (1942) 317 U.S. 287; 63 S.Ct. 207. See note 47 infra.

9 Currie, *Selected Essays on the Conflict of Laws* (1963) 280–1 (hereinafter Currie); Nadelmann, Full faith and credit to judgments and public acts, (1957), 56 *Mich. L. Rev.* 33, at 79–80

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 2 1977

the conflict of laws. The first is that while provincial power is exclusive within its own sphere, that power is territorially limited to matters 'in the Province.'[10] Rules concerning local jurisdiction of courts in civil matters, the recognition and enforcement by local courts of foreign judgments, and the choice of law applied by local courts are local rules but of necessity involve matters *ex juris.* Local rules which attempt to regulate conflicts situations bear the potential seeds of constitutional questions.

A second significant factor lies in the appellate jurisdiction of the Supreme Court of Canada.[11] In the United States, the Supreme Court has jurisdiction only to decide federal statutory and constitutional questions and is bound by the interpretation of the highest state courts on state law. The Supreme Court of Canada, on the other hand, is the highest appellate court on provincial as well as federal law and is not bound by the interpretation of provincial courts,[12] thereby exercising a far greater unifying potential in the development of all branches of law.

As we shall see, these two factors should have a decided impact on the development of provincial conflict of laws rules in Canada. After examining the US experience we shall explore the extent to which the BNA Act regulates the conflict of laws here.

2 *The US constitution and the conflict of laws*

A THE MAXIMUM REACH OF LOCAL JURISDICTION

Constitutional law as it applies to the jurisdiction of state courts in the US operates on two levels: it sets limits on the maximum reach which a state can exercise in compelling non-residents to appear before its courts; and it regulates the minimal situations in which states *must* open their courts to persons (or subject-matter).

Following *Pennoyer* v *Neff*[13] in 1877, US state courts were constitutionally bound to the common law position in that a 'state's courts have no jurisdiction over any person or thing not ... within its physical power.'[14] As pertinent facts in *Pennoyer* arose before the adoption of the fourteenth amendment in 1868, the Supreme Court had to base its decision on principles of 'natural

10 S 92(13) places within provincial power the exclusive right to make laws respecting 'Property and Civil Rights in the Province.' S 94(14) concerns the same with respect to 'The Administration of Justice in the Province ...' S 92(16) deals with 'Generally all matters of a merely local or private Nature in the Province.'

11 Supreme Court Act, R.S.C. 1970, c S-19, established under the British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, Appx 5, s 101

12 Abel, *Laskin's Canadian Constitutional Law* (4th ed 1973) 795 (hereinafter Laskin). For an argument that the Supreme Court should *voluntarily* curtail its independent review of provincial law issues, see Abel, The role of the Supreme Court in private law cases, (1965), 4 *Alta. L. Rev.* 39. *Contra* Gibson, Federalizing the judiciary, (1966), 44 *Can. Bar Rev.* 674.

13 *Pennoyer* v *Neff* (1877) 95 U.S. 714; 24 L.Ed. 565

14 Ross, The shifting basis of jurisdiction, (1933), 17 *Minn. L. Rev.* 146

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 3 1977

justice' and federalism, but indicated that the same results was dictated by the 'due process' clause of the fourteenth amendment. Unlike England and the Canadian provinces, US states could not enact rules similar to England's order XI,[15] which permits courts to take jurisdiction over non-residents so long as certain minimal criteria are met establishing a nexus between the defendant and the forum. *Pennoyer's* 'physical power' theory of jurisdiction eroded slowly.[16] Jurisdiction based on the defendant's consent had always been an exception to the rule.[17] The Supreme Court decided that states could require foreign corporations to submit to their jurisdiction as a condition to doing local business[18] and permitted states to find implied consent by foreign motorists to submit to service or process upon local officials for torts committed within the state.[19] Finally, it was held that a state could subject one of its domiciliaries to local jurisdiction even though he was not physically present for service of process.[20]

In 1945 a new theory emerged in *International Shoe Co* v *State of Washington.*[21] A Missouri company sold its products in the state of Washington through salesmen, but it maintained no permanent establishment or inventory in Washington. The company employed about a dozen salesmen exclusively for its Washington business, directing their activities from Missouri. The salesmen transmitted their orders for acceptance or rejection to Missouri and the orders were shipped f.o.b. from points outside Washington into the state. The salesmen were not authorized to make contracts or collect on invoices. The state taxing authority brought an action in a state court to recover assessments for delinquent contributions to the state unemployment compensation fund.

The company argued that, since it was not 'present' within the state, Washington had no power to bind it with the notice of assessment which was served upon it. This argument did not prevail. The Supreme Court held that the state's power to subject the company to the tax suit depended on whether the requirements of due process were met. But

> [w]hether due process is satisfied must depend upon the quality and nature of the activity in relation to the fair and orderly administration of the laws which it was the purpose of the due process clause to insure. That clause does not contemplate that a state may make binding a judgment *in personam* against an individual or corporate defendant with which the state has no contacts, ties, or relations ... But to the extent that a corporation exercises the privilege of conducting activities within a state, it enjoys the benefits and protections of the laws of that state. The exercise of that

15 The Common Law Procedure Act, 1852, originally enacted (1852) 15 & 16 Vict., c 76
16 See generally Kurland, The Supreme Court, the due process clause and the *in personam* jurisdiction of state courts, (1958), 25 *U. Ch. L. Rev.* 569 (hereinafter Kurland).
17 Ibid, at 575
18 Supra note 13
19 *Kane* v *New Jersey* (1916) 242 U.S. 160; 37 S.Ct. 30
20 *Milliken* v *Meyer* (1940) 311 U.S. 457; 61 S.Ct. 339
21 Supra note 5

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 4 1977

privilege may give rise to obligations, and, so far as those obligations arise out of or are connected with the activities within the state, a procedure which requires the corporation to respond to a suit brought to enforce them can, in most instances, hardly be said to be undue ... It is evident that [the] operations [of the company] establish sufficient contacts or ties with the state of the forum to make it reasonable and just according to our traditional conception of fair play and substantial justice to permit the state to enforce the obligation which appellant has incurred there.[22]

The philosophy thus enunciated equated due process with sufficient contacts between the defendant and the forum to make it reasonable and just to subject the defendant to the forum's jurisdiction.[23]

The *International Shoe* doctrine was elaborated and applied in *McGee* v *International Life Ins Co.*[24] The petitioner's son had taken out a life insurance policy with an Arizona company. After the son moved to California, the defendant Texas company assumed the insurer's obligations and issued him a reinsurance certificate. Premium notices were mailed to the son in California, and he mailed his payments to the defendants in Texas. When the son died by suicide, the defendant rejected the claim under the policy's suicide clause. The petitioner filed suit in California, serving the defendant by mail. The defendant defaulted, but the Texas courts refused to enforce the California judgment on the ground that the California judgment violated due process. Reversing that decision, the Supreme Court found that California could take jurisdiction under the *International Shoe* doctrine. While the record did not show that the Texas company had ever done any business in California apart from the policy in issue,[25] California could require the company to defend 'where [it] engages in economic activity,'[26] be it ever so slight.

It is sufficient for purposes of due process that the suit was based on a contract which had a substantial connection with that State ... The contract was delivered in California, the premiums were mailed there and the insured was a resident of that State when he died. It cannot be denied that California had a manifest interest in providing effective means of redress for its residents when their insurers refuse to pay claims.[27]

The court also emphasized that the insured was not in a position to bear foreign litigation costs as well as the insurer, and that the evidence necessary to resolve the contest was to be found in California. All these factors weighed in favour of California as a forum which could hear the case, consistent with due process.

22 Ibid, at 319–20; 160
23 Satisfying this test was likewise sufficient to subject the company to the state's power to tax: ibid, at 321; 160–1. Accord, *Erlanger Mills* v *Cohoes Fibre Mills* (1956) 239 F.2d 502, at 506 (4th Cir.) (due process tests for state taxation and judicial power are a 'close parallel').
24 *McGee* v *International Life Ins Co* (1957) 355 U.S. 220; 78 S.Ct. 199
25 Ibid, at 222; 200
26 Ibid, at 223; 201
27 Ibid

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 5 1977

While *International Shoe* has greatly expanded state court jurisdiction, due process still sets limitations on state power over non-resident defendants. Such limitations emerged in *Hanson* v *Denckla,*[28] where the Supreme Court held that Florida could not take jurisdiction over two Delaware corporate trustees. The trust donor had created the trust before moving to Florida, and after her death the Florida probate courts were asked to decide whether the trust property should pass under the trust power of appointment or the donor's will. All interested descendants of the donor were domiciled in Florida and served there, but the Delaware trustees, indispensable parties in the action, did not appear or participate. The Supreme Court ruled that Florida could not obtain *in personam* jurisdiction over the trustees. The only contact between the trustees and Florida was the donor's purported exercise of the power of appointment in Florida, and this was insufficient contact between the trustees and the state to subject them to Florida's jurisdiction.

> The unilateral activity of those who claim some relationship with a nonresident defendant cannot satisfy the requirement of contact with the forum State. The application of that rule will vary with the quality and nature of the defendant's activity, but it is essential in each case that there be some act by which the defendant purposefully avails itself of the privilege of conducting activities within the forum State, thus invoking the benefit and protections of its laws ... The settler's execution in Florida of her power of appointment cannot remedy the absence of such an act in this case.[29]

The dissenters felt that it was enough that the entire transaction had its *locus* in Florida, and it was not necessary to find that the individual defendants had such contact.[30]

> [W]here a transaction has as much relationship to a State as [the donor's] appointment had to Florida its courts ought to have power to adjudicate controversies arising out of that transaction, unless the litigation there would impose such a heavy and disproportionate burden on a nonresident defendant that it would offend what this Court has referred to as 'traditional notions of fair play and substantial justice' ... I can see nothing which approaches that degree of unfairness. Florida ... was a reasonably convenient forum for all.[31]

28 Supra note 6. Vestiges of *Pennoyer* v *Neff*, supra note 13, continue to exist in the area of divorce. See *Vanderbilt* v *Vanderbilt* (1957) 354 U.S. 416; 77 S.Ct. 1360, discussed in Kurland, supra note 16, at 608–9. The peculiarities of US divorce jurisdiction are of little consequence in Canada, where divorce law is federal.

29 Supra note 6, at 253–4; 1239–40

30 This argument might have permitted in the US context a jurisdictional device familiar in Anglo-Canadian law: serving a non-resident as a 'necessary and proper party' to a suit against a party served within the jurisdiction. Eg, Ontario Rules of Practice, rule 25(o), R.R.O. 1970, Reg. 545, as amended. That sort of device would now appear to be precluded by *Hanson* v *Denckla*, unless the non-resident has done sufficient acts to provide the necessary minimal contacts between himself and the forum.

31 Supra note 6, at 258–9; 1242–3 (Black J dissenting)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 6 1977

Quite clearly all members of the court required a finding of sufficient contact between the state and particular factors in the litigational fabric. The only dispute was as to whether due process was served by looking at the over-all situation or whether the defendants must be looked at separately.

Since *Hanson* v *Denckla*, the lower US courts have dealt with many jurisdictional cases involving the application of the *International Shoe* doctrine. The borderline between cases where due process requirements have been met and where they have not is sometimes difficult to draw, but it has quite clearly emerged that minimum requirements plainly exist. While the constitutional language is 'due process', the judicial analysis speaks in terms of fairness to defendants and the interest of the states in protecting particular plaintiffs and giving them their day in court.[32] It has been suggested that the amount of contact between the defendant and the forum state required to satisfy due process will vary and will depend, in part, on the policies which would be advanced and those which would be impaired by the exercise of jurisdiction. Thus, personal injury cases require less contact with the forum than do contract cases.[33] Likewise, where conduct is subject to special regulation by a state, demonstrating its greater interest in the subject matter of the litigation, less contact is required between defendant and forum than in an ordinary common law action.[34]

Professor Hazard has theorized that 'all jurisdictional problems can be approached as ones of the existence of minimum contacts between the forum and the transaction in litigation.'[35] While there is no set formula for determining when those minimum contacts exist, they are found by examining the relation between the forum and the defendant, the plaintiff, the cause of action, and the law applicable to it. Where the defendant is closely identified with the forum, an action may be brought against him there even though the plaintiff, the cause of action, and the relevant law are unconnected with the forum state. But as the connection between the defendant

32 See *Curtis Publishing Co.* v *Birdsong*, supra note 6, at 347 (5th Cir.) Compare *Kroch* v *Rossell et Cie.* [1937] 1 All E.R. 725 (C.A.), with *Jenner* v *Sun Oil Co* [1952] O.R. 240; [1952] 2 D.L.R. 526 (Ont. H.C.). See also *Johnson* v *Time, Inc* (1970) 321 F. Supp. 837, at 843–7 (M.D.N.C.), vacated in part on other grounds (1971) 448 F.2d 378 (4th Cir.); *Breckenridge* v *Time, Inc* (1965) 253 Miss. 835; 179 So. 2d 781; *Putnam* v *Triangle Publications, Inc* (1957) 245 N.C. 432; 96 S.E. 2d 445; Comment, Long-arm jurisdiction over publishers: To chill a mocking word, (1967), 67 *Colum. L. Rev.* 342. Cf *Taylor* v *Portland Paramount Corp* (1967) 383 F. 2d 634 (9th Cir.) (alleged disparagement of film in Oregon by acts in Egypt, even knowing film would be distributed in Oregon, insufficient for jurisdiction in Oregon).

33 Compare *Erlanger Mills* v *Cohoes Fibre Mills*, supra note 23 (North Carolina jurisdictional statute could not be applied to New York contract), with *Davis* v *St Paul-Mercury Indemnity Co* (1961) 294 F. 2d 641 (4th Cir.) (distinguishing *Erlanger* in tort situation). See Sobeloff, Jurisdiction of state courts over nonresidents in our federal system, (1957), 43 *Corn. L.Q.* 196 (approving *Erlanger*). Contra Cardozo, The reach of the legislature and the grasp of jurisdiction, (1957), 45 *Corn. L.Q.* 210 (criticizing decision).

34 See generally Carrington and Martin, Substantive interests and the jurisdiction of state courts, (1967), 66 *Mich. L. Rev.* 227.

35 Hazard, A general theory of state-court jurisdiction, [1965], *Sup. Ct. Rev.* 241, at 281 (hereinafter Hazard)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 7 1977

and the forum becomes more and more tenuous, the forum must have an ever greater concern in hosting the particular litigation.[36] That concern may be evidenced, for example, by an interest in giving relief to the plaintiff, where an alternative forum is unavailable or because the underlying cause of action affects the state's policies. How one measures state interest in providing a forum is the tricky problem, but it is one with which the US courts constantly grapple when applying the due process clause to determine the frontiers of local jurisdictional power.

Establishing standards using such a flexible standard as 'minimum contacts' may lead to vagueness. However, where vagueness is a problem, it 'can be resolved by the technique of particularization – arbitrary partcularization if you will – within the general minimum-contacts framework.'[37] Whether constitutional limitations should remain fluid or should be gradually solidified into more rigid guidelines is an unimportant *querelle* at this stage in Canada, where establishing the magnitude of such minimum constitutional standards is, as we shall see, the first problem to be faced.

B MINIMUM JURISDICTIONAL REQUIREMENTS

The preceding discussion serves to sketch in the constitutional boundaries as to the maximum reach which a US state can exercise in establishing the local jurisdiction of its courts. Examining the opposite side of the coin, is there any *minimum* jurisdiction which those courts must provide? Does the constitution compel a state to provide courts to entertain certain causes of action?

The answer to these questions was given in the affirmative in *Hughes* v *Fetter*.[38] A Wisconsin resident was fatally injured in an automobile accident in Illinois by another Wisconsin resident. The plaintiff administrator was a Wisconsin resident, and the insurer of the individual defendant was a Wisconsin corporation. Wisconsin's fatal accidents statute provided that only actions arising out of accidents occurring in Wisconsin could be brought in its courts.[39] The Supreme Court found that Wisconsin had violated the full faith and credit clause in closing its doors to the action. The Illinois statute creating a remedy for fatal accidents was a 'public act' within the meaning of the clause, and 'it is ... settled that Wisconsin cannot escape [its] constitutional obligation to enforce the rights and duties validly created under the laws of other states by the simple device of removing jurisdiction from courts otherwise competent.'[40] The clause did not automatically com-

36 Eg, *Seymour* v *Parke, Davis & Co*, supra note 6

37 Hazard, supra note 35, at 283

38 *Hughes* v *Fetter* (1951) 341 U.S. 609; 71 S.Ct. 980

39 Illinois had a similar statute, although Illinois provided that an action involving an out-of-state fatal accident could be brought in Illinois if it could not be elsewhere. Despite this difference, the Supreme Court applied *Hughes* v *Fetter* in a case involving the Illinois law. *First National Bank of Chicago* v *United Air Lines* (1952) 342 U.S. 396; 72 S.Ct. 421.

40 Supra note 38, at 611; 982. States are likewise prohibited from withdrawing jurisdiction from their courts in order to prevent actions on federal statutes. *Testa* v *Katt* (1947) 330 U.S. 386; 67 S.Ct. 810; *McKnett* v *St Louis & SFR Co.* (1934) 292 U.S. 230; 54 S.Ct. 690. The same

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 8 1977

pel 'a forum state to subordinate its own statutory policy to a conflicting public act of another state.'[41] But Wisconsin's policy of only entertaining cases arising from in-state accidents must give way to the 'strong unifying principle in the Full Faith and Credit Clause looking toward maximum enforcement in each state of the obligations or rights created or recognized by the statutes of sister states ...'[42] Wisconsin had no policy against fatal accident cases in general, since it had its own statute on the subject; the problem was not one of an inconvenient forum, as all parties were Wisconsin residents; and it was quite possible that jurisdiction would not lie against all of the defendants in Illinois, which would mean that, lacking access to a Wisconsin forum, the plaintiffs would be deprived of a remedy.

Hughes v *Fetter* illustrates a principle which runs through a number of US cases,[43] broadly stated as follows: where the relation between a legal situation and the law of one state is very strong, another state cannot refuse to provide a forum to enforce rights arising under that law where it has no strong interest in doing so. Certainly the case should not be read as saying that, where an accident occurs in one state, another state must automatically provide a forum for litigation. The putative forum state can refuse access to its courts if it would not entertain such actions even if the cause arose within its own borders.[44] For example, where a man was killed in Alabama by the bursting of a grinding wheel manufactured by a Pennsylvania corporation, an action in Pennsylvania could be dismissed under the Pennsylvania statute of limitations even though the Alabama limitations period was longer. Distinguishing *Hughes* v *Fetter*, the Supreme Court said: 'The crucial factor in [that case] was that the forum laid an uneven hand on causes of action arising within and without the forum state. Causes of action arising in sister states were discriminated against. Here Pennsylvania applies her one-year limitation to all wrongful death actions wherever they may arise.'[45]

Where the forum has a legitimate purpose in doing so, it may refuse to take jurisdiction over a cause of action created elsewhere. But a merely arbitrary – much less a discriminatory – refusal to do so will not receive constitutional authorization. This conclusion is a corollary to the one flowing

is true in Canada, where the provinces are not permitted to deprive courts of jurisdiction merely to prevent their enforcement of federal laws. *Atlas Lumber Co* v *A-G Alta and Winstanley* [1941] S.C.R. 87; [1941] 1 D.L.R. 625.

41 Supra note 38, at 611; 982

42 Ibid, at 612; 982

43 Eg *Broderick* v *Rosner* (1935) 294 U.S. 629; 55 S.Ct. 589 (state could not refuse to hear action for statutory personal liability of a shareholder arising under laws of another jurisdiction where state permitted similar action under its own laws). See also *Converse* v *Hamilton* (1912) 224 U.S. 243; 32 S.Ct. 415 (receiver appointed by courts of incorporating state to represent creditors in suit against shareholders in another state could not be refused entry into court in such other state). Cf *Kenney* v *Supreme Lodge of the World, Loyal Order of Moose* (1920) 252 U.S. 411; 40 S.Ct. 371 (Illinois could not refuse to entertain action on sister-state judgment for fatal accident occurring in other state).

44 *Hartness* v *Aldens, Inc* (1962) 301 F.2d 228, at 230 (7th Cir.)

45 *Wells* v *Simonds Abrasive Co* (1953) 345 U.S. 514, at 518–19; 73 S.Ct. 856, at 858–9

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 9 1977

from considerations concerning maximum jurisdictional reach under the due-process clause. In the latter, jurisdiction may not be taken because the forum lacks minimum contacts with the litigational situation, resulting in unfairness to the defendant. In the former, jurisdiction may not be refused because the forum lacks sufficient interests to do so, resulting in unfairness to the plaintiff. As we shall see, this sort of analysis repeats itself in connection with the enforcement of sister-state judgments and choice of law questions.

C RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

The problem of recognition and enforcement of foreign judgments can, like local jurisdiction, be divided into two issues: 1/ is there a constitutional rule *requiring* US states to recognize and enforce foreign judgments, and 2/ are there out-of-state judgments which they must *refuse* to recognize? Each issue, though, should be subdivided to consider sister-state judgments separately from foreign country judgments.

The Full Faith and Credit Clause by its own terms requires the recognition of 'public Acts, Records, and judicial Proceedings of every other State.' This means that the judgments of sister-states 'should have the same credit, validity, and effect in every other court in the United States, which it had in the State where it was pronounced ...'[46] The only defences generally available to oppose recognition and enforcement are 1/ lack of jurisdiction in the rendering court and 2/ lack of notice to the defendant. Satisfaction of these requirements is measured by the dictates of due process in the fourteenth amendment. If the jurisdiction of the rendering court and the notice given the defendant pass muster under due process, then the sister-state judgment must be recognized and enforced.[47] The judgment is not open to attack on the grounds that there was fraud, unless such attack was available in the rendering court.[48] The judgment must be enforced, even if it contravenes the public policy of the recognizing forum[49] or the underlying cause of

46 *Hampton* v *M'Connel* (1818) 15 U.S. (3 Wheat.) 234, at 235; 4 L.Ed. 378, at 379 (per Marshall CJ). Accord, *Williams* v *State of North Carolina* (1942) 317 U.S. 287, at 293–4; 63 S.Ct. 207, at 210–11

47 *Fauntleroy* v *Lum* (1908) 210 U.S. 230, at 237; 28 S.Ct. 641, at 643. Full faith and credit is dependent upon meeting all requirements of due process by the state rendering a judgment, *Hanson* v *Denckla*, supra note 6, at 255; 1240, and due process includes the requirement of adequate notice and opportunity to be heard. *Wuchter* v *Pizzuti* (1928) 276 U.S. 13; 48 S.Ct. 259; *McDonald* v *Mabee* (1917) 243 U.S. 90; 37 S.Ct. 343. While '[s]ome exceptions have been engrafted on the rule laid down by Chief Justice Marshall [in *Hampton* v *M'Connel*] ... "the room left for the play of conflicting policies is a narrow one" ... [T]he exceptions have been far and few between ...' *Williams* v *State of North Carolina* (1942) 317 U.S. 287, at 294–5; 63 S.Ct. 207, at 211.

48 *Christmas* v *Russell* (1866) 72 U.S. (5 Wall.) 290; 18 L.Ed. 475; *Restatement 2d, Conflict of Laws* (1971), s 82, comment f (hereinafter Restatement); Leflar, *American Conflicts Law* (1968) 189 (hereinafter Leflar). Compare *Milwaukee County* v *M.E. White Co* (1935) 296 U.S. 268, at 276; 56 S.Ct. 229, at 233 (indicating inconsistent *dicta* and holdings on extent to which fraud can be utilized).

49 *Fauntleroy* v *Lum*, supra note 47

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 10 1977

action was one for taxes.[50] Penal judgments must be recognized unless they are 'penal in the international sense' – that is, if the purpose of the statute upon which the judgment was rendered was to punish an offence against the public justice of the state and not 'to afford a private remedy to a person injured by the wrongful act.'[51]

Thus, recognition and enforcement of sister-state judgments will generally turn on the question of whether due process was fulfilled by the state rendering the judgment. In fact, if the rendering state's judgment did *not* comport with due process, its judgment may *not* be recognized, because enforcement of such a judgment would in itself be a violation of due process.[52] This answers the second question above, which is that judgments can exist which a state may *not* recognize.

While US courts generally treat truly foreign judgments by the same standards as sister-state judgments,[53] there has been no judicial suggestion that a state's failure to recognize such a judgment is in any way prohibited by the constitution. In fact, in a case[54] decided over sixty years ago, the Supreme Court held that it had no jurisdiction to review a state decision denying such recognition. As the Supreme Court has jurisdiction to review state judicial decisions which violate rights under the Constitution, this case suggests that there is no constitutional requirement to recognize foreign judgments. On the other hand, recognition or enforcement of foreign judgments which violate due process would in itself be a violation of due process by the recognizing forum and hence impermissible.[55]

There are two arguments in favour of requiring states to recognize foreign judgments when they fulfill certain minimum criteria. The first is that a national standard is needed because judgment recognition affects US foreign policy, and the second is that failure to recognize foreign judgments may in some instances rise to the level of a violation of due process.

The Supreme Court may in the future select a recognition rule so that the US will have a national judicial policy for the recognition of foreign judgments.[56] The court has done this sort of thing in two related areas of law. In

50 *Milwaukee County* v *M.E. White Co*, supra note 48

51 *Huntington* v *Attrill* (1892) 146 U.S. 657, at 681–2; 13 S.Ct. 224, at 233. But see *Milwaukee County* v *M.E. White Co*, supra note 48, at 279; 235 (appearing to leave issue open). Compare *Nelson* v *George* (1970) 399 U.S. 224, at 229; 90 S.Ct. 1963, at 1966 (citing *Huntington* and *Milwaukee County* for proposition that 'Full Faith and Credit Clause does not require that sister States enforce a foreign penal judgment'). The US rule as to penal judgments is the same as the one applied in Canada and England: *Huntington* v *Attrill* [1893] A.C. 150; 68 L.T. 326 (P.C.).

52 *Griffin* v *Griffin* (1946) 327 U.S. 220, at 229; 66 S.Ct. 556, at 560; Restatement, supra note 48, s 104

53 Restatement, supra note 48, s 430(e); von Mehren and Trautman, *The Law of Multistate Problems* (1965) 840–1

54 *Aetna Life Ins Co* v *Tremblay* (1912) 223 U.S. 185; 32 S.Ct. 309. Reese, The status in this county of judgments rendered abroad, (1950), 50 *Colum. L. Rev.* 783, at 787–8 (hereinafter Reese), feels that the case is probably obsolete and unauthoritative.

55 See note 52 supra

56 Leflar, supra note 48, at 173–4; Reese, supra note 54, at 788

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 11 1977

Banco Nacional de Cuba v *Sabbatino*,[57] the court decided that the judicially created 'act of state' doctrine must be one regulated by federal and not state law. The doctrine gives expression to judicial reluctance to pass 'on the validity of foreign acts of state' as that 'may hinder rather than further this country's pursuit of goals ... in the international sphere.'[58] The court felt that, if state courts were free to formulate their own 'act of state' rules, the whole purpose of having such a doctrine might be undermined. The court therefore held that a national rule was constitutionally mandated, basing its decision on federal authority over relations with foreign countries, including the treaty-making power[59] and power to regulate international trade.[60] Similarly, in *Zschernig* v *Miller*,[61] the court struck down state 'iron curtain' statutes which provided for escheat where certain non-resident aliens claimed real or personal property from a decedent's estate. Despite assurances from the federal government that the state law did not interfere with foreign relations, the court held that '[i]t seems inescapable that the [state law] affects international relations in a persistent and subtle way' and held it unconstitutional.[62]

While there is some academic support for having a national recognition rule,[63] the weight of judicial opinion is that state law continues to control.[64] In any event, this argument would surely have far less weight in Canada, where the treaty-making power of the federal government is far more limited than in the US.[65]

The second argument is that an arbitrary refusal to give any effect at all to a foreign judgment would violate fourteenth amendment due process. This argument is an extension of *Home Insurance Co* v *Dick*,[66] a case which has a related impact upon choice of law problems.[67] A fire insurance contract was issued by a Mexican company to a Mexican resident and was made and entirely performed in Mexico. Two New York companies, licensed to do business in Texas, reinsured the contract. The insured assigned the contract to the plaintiff, a citizen of Texas, prior to the loss. The plaintiff failed to

57 *Banco Nacional de Cuba* v *Sabbatino* (1964) 376 U.S. 398; 84 S.Ct. 923
58 Ibid, at 423; 938. See also Jessup, The doctrine of *Erie Railroad* v *Tompkins* applied to international law, (1939), 33 *Am. J. Int'l L.* 740.
59 Art. II, s 2
60 Art. I, s 8, c 3
61 *Zschernig* v *Miller* (1968) 389 U.S. 429; 88 S.Ct. 664
62 Ibid, at 440; 670
63 See note 56 supra
64 *Island Territory of Curaçao* v *Solitron Devices, Inc* (1973) 489 F.2d 1313, at 1318 (2d Cir.), cert. denied (1974) 416 U.S. 986; 94 S.Ct. 2389; *Somportex Ltd* v *Philadelphia Chewing Gum Corp* (1971) 453 F.2d 435, at 440 (3rd Cir.), cert. denied (1972) 405 U.S. 1017; 92 S.Ct. 1294; *Toronto Dominion Bank* v *Hall* (1973) 367 F. Supp. 1009, at 1011–12 (E.D. Ark.); *Svenska Handelsbanken* v *Carlson* (1966) 258 F. Supp. 448, at 450 (D. Mass.).
65 Compare *A-G Canada* v *A-G Ont. (Labour Convention Case)* [1937] A.C. 326; [1937] 1 D.L.R. 673 (P.C.), with *Missouri* v *Holland* (1920) 252 U.S. 416; 40 S.Ct. 382.
66 Supra note 7
67 See text accompanying notes 74–6 infra.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 12 1977

comply with a clause requiring claims to be filed within a year of the date of damage. He brought suit against the reinsurers in Texas, which as a matter of state policy would not recognize anything less than a two-year limitation in such a contract. Although Texas had jurisdiction to litigate the claim,[68] the Supreme Court held that Texas could not apply its two-year policy and override the contract. '[N]othing in any way to the policy sued on or to the contracts of reinsurance, was ever done or required to be done in Texas ... Neither the Texas law nor the Texas courts were invoked for any purpose, except by Dick in bringing this suit ... Texas was therefore without power to affect the terms of the contract so made.'[69]

Dick's permanent residence in Texas was immaterial, as he had acted in Mexico and the policy applied to property in Mexico. Texas' 'attempt to impose a greater obligation than that agreed upon and to seize property in payment of the imposed obligation violates ... due process ...'[70]

The plaintiff argued that, as full faith and credit did not apply to foreign nations, the constitution does not 'require the states to recognize and protect rights derived from [their] laws ...'[71] But the court pointed out that its decision was not based upon full faith and credit but rather upon due process.

Can the reasoning in *Dick* be applied to rights arising under a foreign judgment? Let us assume that the insurance contract in *Dick* would have permitted the insurer to bring suit to annul the contract for fraud. The policy itself gives jurisdiction to a Mexican court, although it is not exclusive jurisdiction. The insurer brings suit in Mexico to annul for fraud and this is granted. Dick then brings suit in Texas to enforce the contract, and the insurer sets up the annulment proceedings. Texas refuses to recognize the Mexican judgment and, relitigating the fraud issue, finds for the plaintiff. We can assume further that the rules of evidence in Texas are different from those in Mexico and account for the difference in outcome, but the rules in both Mexico and Texas conform to due process requirements.

Now, clearly, the failure by Texas to recognize the Mexican judgment or lend any weight to it at all is highly detrimental to the insurer, and, in effect, vitiates whatever rights he may have under that judgment. Yet so far it has never been suggested that the due process clause requires any minimal weight to be given to such judgments. US courts may refuse to recognize

68 Jurisdiction was based on garnishment in Texas of a debt owed by the New York companies to the Mexican company. That is, if Dick had a good cause of action on the insurance policy, the reinsurers would be liable to the Mexican company on their reinsurance obligation. Thus, jurisdiction as well as the substance of the claim rested on whether Texas could apply its law to the Mexican contract. Such garnishment is permissible under the US constitution, even if the debt between the insurers had no connection with Texas. See, eg, *Minichiello* v *Rosenberg* (1968) 410 F.2d 106 (2d Cir.), cert. denied (1969) 396 U.S. 844; 90 S.Ct. 69.

69 Supra note 7, at 408; 341

70 Ibid

71 Ibid, at 410; 342

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 13 1977

foreign judgments on the grounds of lack of reciprocity in the rendering court,[72] and apparently they may hold such judgments to be merely prima facie evidence of a good cause of action.[73] Whether they can out-and-out refuse to give them any weight at all, despite the lack of any rational reason for objection, is an open issue.

In conclusion, US constitutional law imposes quite stringent obligations upon US states with respect to the recognition of sister-state judgments and, for the moment, very little for foreign-country judgments, except that probably a state court may not recognize a foreign-country judgment under circumstances in which it could not recognize a sister-state judgment.

D CHOICE OF LAW

The impact of the constitution upon choice of law involves the question whether a US state will be obligated to choose a particular foreign law and refrain from applying its own domestic law or the law of a third jurisdiction to a particular issue. In some cases, as we saw in *Home Insurance Co* v *Dick*,[74] the attempt to apply domestic law may violate due process. So, too, would be the unwarranted application of foreign law.[75] Since the irrational application of law by the forum is the essence of a lack of due process, the constitutional problem arises regardless of whether the 'law' in question is domestic law or 'foreign law' in the form of a foreign judgment, foreign statute, or other foreign rule of law. At the same time, the full faith and credit clause may be used to require each state, under certain circumstances, to apply the statute or common law of sister states.[76] We shall explore the impact of due process and full faith and credit upon choice of law separately.

Due process operates as a principle in situations, such as *Home Insurance Co* v *Dick*, where the law applied has an insufficient contact with the underlying situation to justify its application by the forum. While the trend in the Supreme Court since *Dick* has been to allow the states more latitude in selecting the applicable law, at the same time the cases demonstrate that minimum standards must be observed.

The two cases decided shortly after *Dick* illustrate applications of the case. In *Hartford Accident Indemnity Co* v *Delta Pine Land Co*,[77] a Connecticut insurer issued a blanket fidelity insurance policy in Tennessee to a Mississippi corporation, covering employees in the latter two states.[78] An employee based in Tennessee when the contract was signed defrauded the insured in

72 *Hilton* v *Guyot* (1895) 159 U.S. 113; 16 S.Ct. 139
73 *Svenska Handelsbanken* v *Carlson*, supra note 64 (applying Massachusetts law)
74 See text accompanying notes 66–71 supra.
75 Currie, supra note 9, at 196–7; Overton, supra note 1, at 111; Restatement, supra note 48, s 20. See also *Young* v *Masci* (1933) 289 U.S. 253, at 260; 53 S.Ct. 599, at 602; *American Fidelity Fire Ins Co* v *Paste-Ups Unlimited, Inc* (1973) 368 F. Supp. 219, at 227 (S.D.N.Y.).
76 Currie, supra note 9, at 196
77 *Hartford Accident Indemnity Co* v *Delta Pine Land Co* (1934) 292 U.S. 143; 54 S.Ct. 634
78 *Delta Pine Land Co* v *Hartford Accident Indemnity Co* (1933) 169 Miss. 196; 150 So. 205, at 206

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 14 1977

Mississippi.[79] In an action by the insured in Mississippi, the forum applied a limitations period more generous than that permitted by contract and the Supreme Court denied Mississippi's right to do so, holding that the state could not 'ignore a right which has lawfully vested elsewhere, if, as here, the interest of the forum has but slight connections with the substance of the contract obligations.'[80] Likewise, in *John Hancock Mutual Life Ins Co* v *Yates*,[81] a life insurance contract was made in New York between a New York domiciliary and a Massachusetts insurer. The insured died of cancer a month later and the beneficiary moved to Georgia and brought an action there. Under New York law, the plaintiff was bound by any inaccuracies in the insurance application, while under Georgia law the plaintiff was permitted to show that the insurance agent was aware of inaccuracies in the application. Characterizing the misrepresentation issue as one of procedure, the Georgia court applied its own law and found for the plaintiff. The Supreme Court reversed, holding that 'nothing [was] done, to which the law of Georgia could apply.'[82] Under the circumstances, the Georgia rule could not be characterized as procedural, although if it had really pertained to a matter important to Georgia *qua* forum, due process would have been observed.[83]

Dick, Delta Pine, and *Yates* are all examples of situations in which due process was used to prohibit a state from applying its law to affect liability under an insurance contract. By way of contrast, the opposite result was reached in two more recent cases.

In *Watson* v *Employers Liability Assurance Co*,[84] a Louisiana statute permitted persons injured in Louisiana to bring direct action against liability insurance companies insuring tortfeasors. An Illinois company took out liability insurance in Massachusetts with Employers Liability, which also did business in Louisiana and was compelled to consent to direct actions in order to do business there. The Massachusetts policy, however, specifically prohibited such direct actions, a provision binding in both Massachusetts and Illinois. The plaintiff brought his action against Employers Liability in Louisiana, and the issue was whether the Louisiana court would be compelled to dismiss the action because of the contract. In the Supreme Court, Employers Liability argued that application of Louisiana law to an 'extraterritorial contract'

79 Supra note 77, at 145; 634

80 Ibid, at 150; 636. *Delta Pine* is probably wrongly decided on its facts, as it was clear that the faithless employee would quite likely be moved to Mississippi, where the defalcation occurred, the insurance contract covered all states where the company did business, and when signed it covered some Mississippi employees. Currie, supra note 9, at 235; Leflar, States' rights in conflict of laws, (1965), 19 *Ark. L. Rev.* 142, at 146 (hereinafter States' rights) (suggesting that the principles underlying *Delta Pine* are sound even though their application to the facts was not).

81 *John Hancock Mutual Life Ins Co* v *Yates* (1936) 299 U.S. 178; 57 S.Ct. 129

82 Ibid, at 182; 131

83 States' rights, supra note 80, at 147

84 *Watson* v *Employees Liability Assurance Co* (1954) 348 U.S. 66; 75 S.Ct. 166

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 15 1977

violated due process and cited the *Dick* and *Delta Pine* cases. The court distinguished the earlier cases as ones involving only slight contact between the foreign contracts and local law.[85] In the case at bar, however, the contract was one which, on its own terms, was meant to protect the insured against damages suffered anywhere in the United States and Canada.[86] Louisiana was a concerned jurisdiction, because the policy would assure coverage of damage which occurred within her borders. The tortfeasor could not be served in Louisiana, because it had no Louisiana agent upon whom process could be served and there was thus a need to serve the insurer.[87]

In *Clay* v *Sun Ins Office*[88] the insured in Illinois purchased a personal property floater insurance policy which included a one-year limitation on claims. The insurer was a British company which did business in Florida, Illinois, and nine other states. The loss occurred in Florida, where plaintiff brought suit. Florida required that five years be given on such claims, and the plaintiff prevailed. The court held that Florida had enough contact with the situation to apply its own law because the policy was sold with the knowledge of the insurer that the insured could take his property anywhere in the world. Moreover, the insurance policy made no attempt to specify that Illinois law must apply to the contract, and the insured had – to the company's knowledge – lived a number of years in Florida prior to the loss.[89]

Delta Pine and the two later cases clash, but the reason rests on the court's shift to governmental-interest analysis in dealing with due process rather than remaining with traditional conflicts theory, which laid great stress upon the *lex loci contractus* in the regulation of contracts.[90] While there will still be situations where due process will prohibit the application of local law,[91] the switchover to modern analysis gives the forum state a freer hand in finding acceptable reasons for applying its own law.

Taking the line of cases together, we learn that the forum cannot apply its substantive law to an insurance contract unconnected with it merely because it takes jurisdiction over a litigation or because the beneficiary's domicile is within its borders. On the other hand, domicile might be sufficient if it were the domicile of the insured under a life insurance contract.[92] The fact that both the plaintiff and defendant transact business within the forum may not be enough for the forum to apply its own law to transactions insufficiently connected to that forum-related business. But if the contract is one which is potentially multistate, the forum will have more freedom to impose its own

85 Ibid, at 71; 169
86 Ibid, at 71–2; 169
87 Ibid, at 72; 170
88 *Clay* v *Sun Ins Office* (1964) 377 U.S. 179; 84 S.Ct. 1197
89 Ibid at 182; 1199
90 Currie, supra note 9, at 235, 239
91 Eg, *Henry* v *Richardson-Merrell, Inc* (1975) 508 F.2d 28, at 39 n 25 (3rd Cir.); *Pearson* v *Northeast Airlines* (1962) 309 F.2d 553, at 561 (2d Cir.), cert. denied (1963) 372 U.S. 912; 83 S.Ct. 726
92 Cf *McGee* v *International Life Ins Co*, supra note 24

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 16 1977

law than if the contract is localized elsewhere. The forum may be able to apply its law when that law is plainly tied to procedural interests. It may also be sufficiently fair to apply forum law when the contractual relation plainly foresees an impact on the forum from the activities being insured. Finally, the intentions of the parties as to applicable law may be given some, but not decisive, weight.

While one can see that the court analyzes state interests in determining whether it would conform with due process to permit the application of local law, the difficult problem is how much and what kind of interest a state must have before it may impose its law. What is clear is that due-process analysis in choice of law no longer uses any process of weighing conflicting state interests. *Watson* and *Clay* demonstrate that the law chosen by the forum need not have preponderant weight in order to be applied but must merely meet minimum standards before it can be used.

Surprisingly, analysis under the full faith and credit clause leads to a somewhat similar conclusion: that the forum can oppose the application of foreign law and not lend it 'full faith and credit' if the forum has a minimal interest in doing so. We can test the impact of the full faith and credit clause by tracing a line of cases involving workmen's compensation laws.

In *Bradford Electric Light Co* v *Clapper*[93] a Vermont employee working for a Vermont corporation in Vermont was killed when sent to do a job in New Hampshire. The estate argued that it could proceed under New Hampshire law, which allowed the estate to sue for common law damages rather than under Vermont's workmen's compensation statute. The action was brought in New Hampshire. When the Supreme Court reviewed it, the court held that under the full faith and credit clause New Hampshire must apply Vermont law. New Hampshire would not have violated due process in applying its own law, or else the court could have relied upon *Home Insurance Co* v *Dick*.[94] So New Hampshire would have *some* interest in the outcome. But the court said:

> The relation between Leon Clapper and the company was created by the law of Vermont; as long as that relation persisted its residents were properly subject to regulation there, for both Clapper and the company were at all times residents of Vermont; the company's principal place of business was located there; and the employee's duties required him to go into New Hampshire only for temporary and specific purposes, in response to orders given him at the Vermont office ... The rights created by the Vermont act are entitled to ... protection when set up in New Hampshire ...[95]

93 *Bradford Electric Light* v *Clapper* (1932) 286 U.S. 145; 52 S.Ct. 571

94 *Dick* was decided only two years before *Clapper*. The court noted that the outcome in *Clapper* would have been different if the conflict were between New Hampshire law and the law of a foreign country: ibid, at 154; 573.

95 Ibid, at 158–9; at 575

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 17 1977

The *Clapper* case is the high-water mark under which one state was forced to recognize the statutes of another on a theory that rights 'created' by one state's law could not be destroyed by another. Here the law of Vermont was said to 'create' certain contractual rights between the deceased and the defendant, which New Hampshire's law could not be allowed to destroy. But the analysis was sharply modified in later cases.

In both *Alaska Packers Association* v *Industrial Accident Commission*[96] and *Pacific Employers Ins Co* v *Industrial Accident Commission*, [97] the California forum was permitted to apply its local workmen's compensation law. In *Alaska Packers*, the injured workman was a non-resident alien hired by a California-based company for work in Alaska under a contract stipulating that the Alaska Workmen's Compensation Law applied. The employee was to be paid in California. He was injured in Alaska. The court, adopting a 'weighing of interests' method which it abandoned in following cases, found that California's interests were not inferior to Alaska's.[98] In *Pacific Employers*, a Massachusetts employee of a Massachusetts employer was injured while temporarily in California on business. The court found that due process could be satisfied by the law of either state,[99] and therefore the only question was whether California must accede to Massachusetts law under the full faith and credit clause. The court noted that, while it

> must determine for itself how far the Full Faith and Credit Clause compels the qualification or denial of rights asserted under the laws ... of the forum, by the statute of another state ... There would seem to be little room for the exercise of that function when the statute of the forum is the expression of domestic policy, in terms declared to be exclusive in its application to persons and events within the state.[100]

This language suggests that, once a state may apply its law under due process, then it has a sufficient interest to apply it even in the face of conflicting interest in another state. The court would not attempt to resolve such conflicts, but would permit each state to apply its own law.[101] To reach this result, the Court distinguished the *Clapper* case on the grounds that Vermont's law had not been found to be contrary to New Hampshire policy. Consequently, *Clapper* decided only that the sister state's statute must be given full faith and credit where it was not obnoxious to the forum's policy.[102]

Even this limited vitality remaining in *Clapper* was to disappear. In *Carroll* v *Lanza*,[103] a Missouri employee of a Missouri subcontractor was employed

96 *Alaska Packers Association* v *Industrial Accident Commission* (1935), 294 U.S. 532; 55 S.Ct. 518
97 *Pacific Employers Ins Co* v *Industrial Accident Commission* (1939) 306 U.S. 493; 59 S.Ct. 629
98 Supra note 96, at 547–8; 524
99 Supra note 97, at 500; 632
100 Ibid, at 502–3; at 633
101 Currie, supra note 9, at 204
102 Supra note 97, at 504; 634
103 *Carroll* v *Lanza* (1955) 349 U.S. 408; 75 S.Ct. 804

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 18 1977

normally in Missouri but did work for an Arkansas general contractor in Arkansas, where the workman was injured. The employee accepted payments for injury under the Missouri Compensation Act, but under the Arkansas act could sue the general contractor, who stood outside the relation between the employee and the Missouri subcontractor. The court said that in an action by the employee against the general contractor, Arkansas could apply its own remedy. The state could

> [open] its courts to negligence suits against prime contractors ... [because Arkansas'] interests are large and considerable and are to be weighed not only in the light of the facts of this case but by the kind of situation presented ... Arkansas ... has a legitimate interest in opening her courts to suits of this nature, even though in this case Carroll's injury may have cast no burden on her or her institutions.[104]

Both courts[105] and commentators[106] have concluded that *Carroll* v *Lanza* overruled *Clapper* by implication. Lacking congressional implementation, the full faith and credit clause 'requires deference to the law of a sister state only when that state has an interest in the application of its policy and the forum state has no such interest; in cases of conflicting interests ... the Constitution does not choose between them.'[107] After *Carroll* v *Lanza*, even the limited scope accorded *Clapper* by *Pacific Employers* appeared to exist no longer.

In *Crider* v *Zurich Ins Co*[108] an Alabama resident was injured in Alabama while working for a Georgia corporation and obtained a default judgment against it in an Alabama court under the Georgia Workmen's Compensation Act. The employee then brought an action on the judgment in federal court in Alabama against the employer's insurance company. The federal court held that the Alabama state court lacked jurisdiction to make an award under Georgia law, which purported to give an exclusive remedy to the Georgia Compensation Board.

The Supreme Court recognized that, except for the fact that the plaintiff was a resident of Alabama, the state where injury occurred, rather than

104 Ibid, at 412–13; 807

105 *Sheerin* v *Steele* (1957) 240 F. 2d 797, at 802 (6th Cir.), cert. denied (1957) 353 U.S. 938; 77 S.Ct. 816; *Shelby Mutual Ins Co* v *Girard Steel Supply Co* (1963) 224 F. Supp. 690, at 696 n 7 (D. Minn.); *Greene* v *Verven* (1959) 204 F. Supp. 585, at 588 (D. Conn.). See also *Industrial Commission* v *McCartin* (1947) 330 U.S. 622, at 626–7; 67 S.Ct. 886, at 889.

106 Langschmidt, Choice of law in workmen's compensation, (1956), 24 *Tenn. L. Rev.* 322, at 337–8; Note, (1955), 69 *Harv. L. Rev.* 119, at 136; Note, (1956), 54 *Mich. L. Rev.* 552, at 553 n 14 (showing of 'obnoxiousness' no longer required). But see Weintraub, Due process and full faith and credit limitations on a state's choice of law, (1959), 44 *Iowa L. Rev.* 449, at 478 (hereinafter Weintraub) (suggesting that *Clapper* still has some vitality despite *Carroll* v *Lanza*).

107 Currie, supra note 9, at 732–3. Accord, *Pearson* v *Northeast Airlines* (1962) 307 F.2d 131, at 142 (2d Cir.) (Kaufman J dissenting), dissent adopted in rehearing en banc supra note 91, at 556; Reese, Full faith and credit to statutes: The defense of public policy, (1952), 19 *U. Chi. L. Rev.* 339, at 342

108 *Crider* v *Zurich Ins Co* (1965) 380 U.S. 39; 85 S.Ct. 769

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 19 1977

Georgia, the state of employment, *Crider* was almost on all fours with *Clapper*. Despite this, the court found an even greater interest in Alabama in providing for the plaintiff's welfare than existed in *Carroll* v *Lanza* because he lived in Alabama: '[W]hen the injury occurs in the home state of the employee, the interest of that state is at least commensurate with the interest of the State in which an injury occurs involving a nonresident, as in *Carroll* v *Lanza*.'[109]

Crider supports the contention that, for choice of law purposes, the due process and full faith and credit clauses virtually overlap. It is obvious that Alabama was quite in agreement with substantive Georgia policy concerning workmen's compensation, because it adopted its law as the standard. What Alabama could do, the court was saying, was use that standard in its own courts, even though Georgia purported to limit the application of the standard to particular Georgia boards. This decision is consistent with earlier ones which held that the full faith and credit clause did not prevent the courts in one state from entertaining an action under the laws of another state, even though the public act that created the right stipulated that actions to enforce it must be brought in the courts of the state creating it.[110] It also agrees with *Pearson* v *Northeast Airlines*,[111] a lower court decision holding that New York could entertain an action under the Massachusetts fatal accidents legislation but refuse to limit liability as Massachusetts legislation provided.[112] All these decisions plainly recognize that choice of law is really an expression of forum policy and forum policy can pick and choose its standards so long as the forum has a sufficient relation to the factors underlying the action itself.

While some have viewed *Crider* as 'tending to establish that in workmen's compensation cases the "full faith and credit" clause has become essentially inapplicable,'[113] the court's distinguishing of *Clapper* indicates that the latter's complete demise is perhaps exaggerated.[114] There is no need to distinguish an overruled case. The problem thus remains as to whether the full

109 Ibid, at 42; 770

110 *Tennessee Coal, Iron & R. R. Co* v *George* (1914) 233 U.S. 354; 34 S.Ct. 587. See also *Atchison, T.&S.F. Ry* v *Sowers* (1909) 213 U.S. 55; 29 S.Ct. 397

111 Supra note 91

112 See also *Rosenthal* v *Warren* (1973) 475 F.2d 438 (2d Cir.), cert. denied (1973) 414 U.S. 856; 94 S.Ct. 159, following *Pearson* in a situation where a New York man travelled to Massachusetts and died in a hospital operation there. The court held that New York had sufficient contact with the litigational situation, and could apply Massachusetts' statute but disregard its limitation as to amount because the patient and his next of kin were all New Yorkers, the patient was not an 'in state' patient in Massachusetts, and the Massachusetts hospital was a 'national' one in terms of patients, staff, reputation, and efforts to obtain out of state contributions.

113 *Shannon* v *Communications Satellite Corp.* (1973) 302 A.2d 582, at 583 n 1 (Me), cert. dismissed (1973) 414 U.S. 989; 94 S.Ct. 302. See *Schwartz* v *Consolidated Freightways Corp* (1974) 221 N.W.2d 665, at 668 (Minn.) (forum choice-of-law only subject to minimal due process standards).

114 Weintraub, supra note 106, at 478, believes that *Clapper* would still apply where 'some state having only slight contact with the employer-employee relationship permitted the em-

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 20 1977

faith and credit clause adds anything to choice of law not already found in due process.

Professor Leflar has put this way:

As an original matter, and still today as a matter of logic and even of good sense, it could be urged that choice-of-law questions ought all to be put under the due process clause, thus permitting a state court to apply to the facts before it any law which does not violate 'fair play and substantial justice' as defined under that clause, leaving the full faith and credit clause to deal altogether with denials of access to a local forum's courts and remedies for the enforcement of sister state claims and obligations whose substantive existence was independently assured. That would have made for an easier outline of the sources and limits of power. But that is not the way the Supreme Court has developed the cases. It has run them together.[115]

Professor Weintraub finds that

The full faith and credit clause places a further limitation on a state's choice of law than is imposed by the due process clause if the interest of the state, which gives it the reasonable contact under due process, is outweighed by the need for national uniformity in the solution of the particular issue being litigated.[116]

Professor Weintraub's reasoning would explain cases such as *Order of United Commercial Travellers of America* v *Wolfe*.[117] In *Wolfe*, a South Dakota citizen took out life insurance with a fraternal benefit society incorporated in Ohio and doing business in many states, including South Dakota. When he died eleven years later, the society disallowed payment under the policy. The policy required that an action against such disallowance be brought within six months thereof, a provision valid in Ohio but not in South Dakota. South Dakota's application of its longer statute of limitations was not permitted by the Supreme Court.

Unlike the *Dick* and *Delta Pine* cases, South Dakota's relation to the insurance contract was hardly trivial. Without attributing some force to the full faith and credit clause beyond the effect of due process, it is hard to explain why South Dakota could not impose its own law, when it clearly had the power to regulate all the aspects of the society's business connected with South Dakota.[118] Professor Weintraub's reconciliation of *Wolfe* and cases such as *Crider* and *Carroll* v *Lanza* is framed in terms of weighing 'the interest

ployee to bring a common-law action directly against his employer contrary to the exclusive remedy provisions of the compensation act of the state having more significant contacts with the employer-employee relationship than other states.' *Crider* is not that case as Alabama was enforcing a statutory remedy not significantly dissimilar from Georgia's and had more than 'slight' contact with the employer-employee relationship.

115 Constitutional limits, supra note 4, at 708

116 Weintraub, supra note 106, at 490–1

117 *Order of United Commercial Travellers of America* v *Wolfe* (1947) 331 U.S. 586; 67 S.Ct. 1355

118 Eg, *Travelers Health Association* v *Virginia* (1950) 339 U.S. 643; 70 S.Ct. 297; *Hoopeston Canning Co* v *Cullen* (1943) 318 U.S. 313; 63 S.Ct. 602; *Osborn* v *Ozlin* (1940) 310 U.S. 53; 60 S.Ct. 758. But see Currie, supra note 9, at 257

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 21 1977

of the state which gives it the reasonable contact essential under due process ... against the need for national uniformity in the solution of the particular controversy being litigated.'[119] For him, the need for uniformity existed when dealing with the institution of fraternal benefit insurance and did not for workmen's compensation. Professor Currie, on the other hand, does not believe that the court has any business 'determining which state policy is the more desirable as a national matter.'[120] He finds the court's special treatment of the fraternal benefits situation as a poorly justified exception to his main thesis that 'a state court's choice of law will be upset under the Full Faith and Credit Clause or the Due Process Clause only when the state whose law is applied has no legitimate interest in its application.'[121] Certainly it is difficult to reconcile the results in *Wolfe* with *Clay* v *Sun Ins Office Co*,[122] where in the latter case Florida could apply its own statute of limitations despite far less substantial contacts with the insurance relation than existed in *Wolfe*. The outcome is yet to be settled, but Professor Currie seems to have the upper hand.

E CONCLUSION

A review of the problems of local jurisdiction, recognition and enforcement of foreign judgments, and choice of law shows the following US constitutional constraints upon state law:

1

The maximum reach of local courts over non-residents is limited to situations where 'minimum contacts' can be established between the forum state and the defendant. Determining the sufficiency of contacts is not a simple matter. If the cause of action is unrelated to the forum, more contacts will probably be required than if the forum has a direct interest in providing a court for the particular litigation in question.[123] The analysis of the interest of a state in being the forum is analogous to analysis of its interest in applying its own law to the resolution of the particular litigation, but the factors in the situation have a different significance in the jurisdictional question than in the choice of law problem. As *Hanson* v *Denckla*[124] demonstrates, a state may have sufficient reason to apply its own law to a particular problem and yet lack the contacts necessary to subject a particular defendant to its courts. And, vice versa, contacts may be sufficient to take local jurisdiction even though there may be insufficient reasons to apply local law.[125]

119 Weintraub, supra note 106, at 477
120 Currie, supra note 9, at 258
121 Ibid, at 271
122 Supra note 88
123 States' rights, supra note 80, at 147
124 *Hanson* v *Denckla*, supra note 6. See also *Rosenthal* v *Warren*, supra note 112.
125 Eg, *Scovill Mfg Co* v *Dateline Electric Co.* (1972) 461 F.2d 897 (7th Cir.). Plaintiff Connecticut company and defendant English company negotiated a contract in Connecticut and New York with interim meetings at a Chicago trade show. The contract was executed in Connecticut, performable in England, expressly subject to Connecticut law, and covered

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 22 1977

2
The forum may be limited in its choice of law and must have sufficient reasons to apply a particular law. The test for sufficiency may be expressed in terms of 'contacts' between the law to be applied and the question being litigated or in terms of the 'interest' of the state whose law is to be applied and the issue. In either case, the unreasonable application of a particular law is not permitted. Professor Weintraub has gone somewhat further and found a "national uniformity" requirement to apply sister-state law under some circumstances even though there would be sufficient reason to apply local law if the competing interests were merely those of foreign country law.

3
The requirement under *Hughes* v *Fetter*[126] that a state must supply a court in certain circumstances is related to choice of law. The state cannot refuse to hear certain cases when it is merely doing so to avoid having to apply sister-state law,[127] although it may decline to take jurisdiction in a good-faith effort to promote efficient judicial administration.[128] Discrimination against foreign causes of action appears to signify a lack of such good faith. The same result would appear to apply to causes of action arising under foreign country law,[129] but that would mean that the full faith and credit clause is not the means employed to reach the indicated result as it applies only to the laws of sister states.[130] Where the plaintiff is not subject to local legislative jurisdiction, however, a similar result can be justified on due process grounds.[131]

by arbitration in New York. Plaintiff obtained jurisdiction over defendant in Illinois. Defendant's only contact with that state was its attendance at the twice-yearly Chicago trade show for three days, and defendant had no booth and obtained no orders there. Illinois jurisdiction was questionable, given the tenuous nature of the defendant's relation with Illinois. Any attempt by Illinois to apply its own law to the contract would surely have violated due process.

126 Supra note 38

127 Currie, supra note 9, at 351

128 Ibid, at 360

129 Ibid, at 290

130 *Home Ins Co* v *Dick*, supra note 7. Professor Currie has suggested that *Hughes* rests not on full faith and credit but rather on fourteenth-amendment equal protection: supra note 9, at 311. In his view, Wisconsin could not have even applied Illinois law in *Hughes* without violating due process, as the mere locus of the accident was not sufficient for the application of the Illinois fatal accidents statute, since he views the policy of the Illinois legislation as purely compensatory and not as a deterrent to unsafe driving: Ibid, at 294 n51 and 306 n91. If he is right, then Illinois would have no interest in a situation only involving Wisconsin residents; if he is wrong, he admits Illinois law could be applied. Consequently, Wisconsin's sin was not its failure to provide a court for an Illinois case but its exclusion of certain Wisconsin residents on arbitrary and capricious grounds from bringing a type of action open to similarly situated Wisconsin residents. If one accepts Professor Currie's concept of the case, the facts in *Hughes* v *Fetter* should not lead to a similar result in Canada because a Canadian province may discriminate arbitarily on any matter coming within its subject-matter jurisdiction. The Supreme Court of Canada would probably permit a province to foreclose suit by one provincial domiciliary against another on an accident occurring *ex juris*. Cf *A-G Ont.* v *Scott* [1956] S.C.R. 137; 1 D.L.R. (2d) 433

131 Eg, *Broderick* v *Rosner*, supra note 43; Currie, supra note 9, at 576 n196. *Broderick* would probably be followed in Canada. See *Ottawa Valley Power Co* v *Hydro-Electric Commission* [1937] O.R. 265; [1936] 4 D.L.R. 594 (Ont. C.A.).

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 23 1977

4
Full faith and credit among the states implements a uniform system of judgment-recognition in a federal country. Foreign-country judgments are not a necessary ingredient to that uniform internal system and are not accorded the same constitutional protection. In dealing with sister-state judgments, the local interests of the state being asked to recognize are (subject to minor exceptions) of no consequence, once the rendering state's judgment meets minimal jurisdictional and notice requirements. The general national interest in finality, administrative efficiency, and reliance on judicial action are taken to outweigh conclusively all local interests in refusing recognition. Thus, while Professor Weintraub must diffidently advance 'national uniformity' as a criterion for determining the applicability of full faith and credit in the choice of law context, that same national uniformity is of overriding concern once a judgment has been rendered.

The strength of constitutional recognition policy, coupled with the low standard applied in determining minimal contacts for local jurisdiction, means that choice of law questions are in many instances governed by the criteria for jurisdiction. In the *McGee* case,[132] for example, California took jurisdiction and disregarded the suicide clause in a Texas insurance policy. The plaintiff, by being able to bring his case in California, had California law applied to his claim, and the resulting judgment had to be recognized and enforced in Texas. Plaintiff would have lost had he brought the action in Texas.

5
Just as the forum cannot enforce a foreign or domestic law which bears no reasonable connection to the legal problem under consideration, so it cannot enforce a foreign judgment which does not meet due-process requirements. There is no conflict of laws because, if one state recognizes and enforces the judgment of another, the laws of the two states are in agreement. But the recognizing state, by giving full faith and credit to the foreign judgment, has deprived the losing party of his day in court, since that party had his fair trial in neither the rendering nor the recognizing state. The objection is not to the outcome of the case, but to the manner in which that outcome was brought about. As we shall see, this conclusion under US law will not be duplicated under Canadian law.[133]

3 The British North America Act and the conflict of laws

Until the Statute of Westminster[134] was enacted, the doctrine of colonial extraterritorial legislative incompetence limited the geographic reach of the dominion parliament.[135] Although the federal legislature is now emanci-

132 *McGee* v *International Life Ins Co.*, supra note 24
133 See text accompanying notes 254–72, infra
134 Statute of Westminster (1931), 22 & 23 Geo. 5, c 4
135 See Hertz, *Interprovincial*, the Constitution, and the Conflict of Laws, (1976), 26 *U.T.L.J.* 84, at 88 n30 (hereinafter Hertz)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 24 1977

pated, Canadian provinces still lack power to legislate extraterritorially.[136] In the US, the doctrine of extraterritorial incompetence had constitutional impact both prior to[137] and after[138] the adoption of the fourteenth amendment in 1868. Post 1868 the doctrine was enforced using both due process and full faith and credit. Gradually, the use of territoriality as a concept for regulating state legislation has given way to the concept of governmental interest. As we have seen, governmental-interest analysis inquires into the reasons for a state's seeking to regulate matters located outside its borders and sustains such regulation where the state can demonstrate minimal interests for doing so. Despite recent intimations that governmental-interest analysis may be relevant to Canadian conflict of laws,[139] territoriality is used to implement constitutional control over provincial conflict of laws rules, but the Supreme Court has barely begun to articulate working guidelines for its operation.

A second point sharply separates US and Canadian law. The US Supreme Court is bound to follow the interpretation of state courts on state law, while the Supreme Court of Canada has a unifying function over provincial common law. In the absence of statute, the common law of every Canadian province, except Quebec, is virtually the same and is kept that way by the surveillance of the Supreme Court.[140] In fact, in the conflicts area, even Quebec law sometimes marches in step with the English common law.[141] Where a particular subject is outside the scope of provincial power and is unregulated by federal statute, it falls under the sway of the common law. The Supreme Court of Canada may thus unify the law in a manner unavailable to the Supreme Court of the US.[142]

The Supreme Court of Canada recently used this unifying jurisdiction to forbid the court of one province to require litigants before it 'to be faithless to the competent order of a sister judicial district.'[143] The case will be discussed below in some detail. What impact this decision may have on the recognition and enforcement of sister-province judgments in Canada is a matter which will then be explored.

These two doctrines – provincial extraterritorial legislative incompetence and the unifying jurisdiction of the Supreme Court – may approximate for Canadian conflict of laws what due process and full faith and credit have

136 *Interprovincial Co-operatives, Ltd* v *The Queen* (1975) 4 N.R. 231, at 240; 53 D.L.R. (3d) 321, at 356–7 (S.C.C.). See also O'Connell, The doctrine of colonial extraterritorial legislative incompetence, (1959), 75 *L.Q.R.* 318, at 326

137 Eg, *Pennoyer* v *Neff*, supra note 13

138 Eg, *New York Life Ins Co* v *Head* (1914) 234 U.S. 149, at 160–1; 34 S.Ct. 879, at 881

139 See, eg, *Interprovincial Co-operatives Ltd* v *The Queen*, supra note 136, at 271; 339 (Laskin CJC dissenting); *Moran* v *Pyle National (Canada) Ltd* [1975] 1 S.C.R. 393, at 409; [1974] 2 W.W.R. 586, at 590

140 Willis, Securing uniformity of law in a federal system, (1944), 5 *U.T.L.J.* 352, at 354–6

141 Eg, *McLean* v *Pettigrew* [1945] S.C.R. 62; [1945] 2 D.L.R. 65

142 Laskin, supra note 12, at 793

143 *Bank of Montreal* v *Metropolitan Investigations & Security (Canada) Ltd* [1975] 2 S.C.R. 546, at 557; (1974), 50 D.L.R. (3d) 76, at 83

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 25 1977

done for US conflicts. This is not to suggest that the results in every case will be the same under the two constitutions. But the general effect of those constitutional limitations may be parallel.

A EXTRATERRITORIALITY: 'ROYAL BANK OF CANADA' V 'THE KING'

The doctrine of extraterritoriality has its strongest exemplification in *Royal Bank of Canada* v *The King*.[144] In 1909 Alberta incorporated a railway company. Railway bonds guaranteed by the province were sold in England and the proceeds were to be deposited in the Edmonton branch of the Royal Bank to the credit of the Alberta provincial treasurer. Through its Montreal head office, the bank obtained credit from a New York bank and, at the same time that the province handed over the bonds, the bank credited the province's special account in the Edmonton branch. No actual specie went to the branch. On the strength of this account, the branch made advances to the company constructing the railway, and the construction company assigned to the bank as security its interest in the proceeds of the bond issue. In 1910 the Alberta government enacted legislation declaring that the special account was to be part of general provincial revenue. This legislation was attacked in the courts, and the Privy Council declared it ultra vires the province. The London lenders, their lordships reasoned, had subscribed to the bonds on the strength of promises made them in 1909, and the money paid over to the Royal Bank was part of that scheme. The Edmonton account

> was opened solely for the purposes of the scheme, and ... when the action of [Alberta] in 1910 altered its conditions, the lenders in London were entitled to claim from the bank at its head office in Montreal the money which they had advanced solely for a purpose which has ceased to exist. Their right was a civil right outside the province, and the Legislature of the province could not legislate validly in derogation of that right.[145]

A different decision by the Privy Council would have precluded the bank from returning the bondholders' money even though the bondholders' rights remained enforceable outside Alberta. Even if Canada had a 'full faith and credit rule' which would require Quebec to recognize a valid judgment against the bank in Alberta, the bondholders would presumably have acted against assets of the bank outside of Canada. The Privy Council seemed to assume that even Quebec could ignore an order by the Alberta court. Either way, the problem was whether Alberta could throw the burden of the entire transaction on the bank, even though the reasoning of the decision was couched in terms of rights of the bondholders.

If we ignore the possibility that the bondholders might have acted outside Canada, the problem comes down to this: was it crucial to the decision that Quebec would not have to recognize an order by the Alberta court, confirm-

144 *Royal Bank of Canada* v *The King* [1913] A.C. 283; 9 D.L.R. 337 (P.C.)
145 Ibid, at 297–8; 345

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 26 1977

ing the change of ownership of the special account? Probably not. If Quebec has no constitutional obligation to recognize *any* Alberta judgment, it would follow that any right enforceable outside of Alberta could not be changed by Alberta legislation. For example, if two Albertans made a contract in Alberta for sale and purchase of goods in Alberta, presumably the Alberta legislature could void it and the Alberta courts would so hold. But if one of the parties obtained jurisdiction over the other in Quebec and attempted to enforce the contract, despite the court's judgment, then (assuming no 'full faith and credit' requirement upon Quebec) Quebec could go ahead and enforce the contract's terms. If enforcement outside the province is crucial to *Royal Bank*, it might follow that Alberta could not void the contract because it would be enforceable outside the province. But that conclusion is untenable[146] and shows either that the lack of recognition by Quebec is irrelevant to the *Royal Bank* problem, or else that Quebec would have an obligation to recognize the judgment in the hypothetical situation but not the one in *Royal Bank*. If the former is true, this shows that the crux of the matter in *Royal Bank* was that Alberta has attempted to apply its local law to a legal situation over which it had insufficient control. If the latter is true, pretty much the same thing is demonstrated; Quebec must recognize Alberta judgments but not ones in which Alberta has illegitimately imposed its law. Either way, in *Royal Bank* the paramount problem is Alberta's legislative incompetence to impose local law on a legal situation with extraprovincial ties.

Despite the fact that the London bondholders were contracting with a Quebec-based bank, the relation between the two was largely dependent on a contractual relation tightly centred upon Alberta. Without any express choice of law clause in the bank-bondholder contract, it could be argued that the 'proper law' of the agreement was Alberta, given that the entire purpose of the deposit of funds with the bank was to see it credited to the Edmonton account and used in Alberta. In terms of 'governmental interest', Alberta could hardly fail to have an interest in that account, although in a conflict between the law of Alberta, on the one hand, and the combination of Quebec, New York, and English law on the other, the preponderant weight lies with the latter. Yet, even assuming that under common law Alberta law would be the 'proper law,' should that fact regulate the constitutional issue of whether the contract was a 'right' within Alberta, subject to its regulation?[147] Given that Alberta's legislation is in radical conflict with the interests of all other concerned jurisdictions, the tendency would surely be to place a

146 In any event, *Royal Bank* would have come out the same way, even if the bondholders had all been before the Alberta court and hence bound by its judgment. See text accompanying notes 152–3, infra. Cf *Beveridge* v *Potter and Kent* [1917] 1 W.W.R. 702 (Alta. D.C.).

147 Compare *Interprovincial Co-operatives Ltd* v *The Queen*, supra note 136, at 240–2; 357–8 (Pigeon J) (common law would not regulate decision on constitutional law), with ibid, at 271; 339 (Laskin CJC) (permitting constitutional issue to follow common law). See also ibid, at 250; 348–9 (Ritchie J)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 27 1977

limitation on Alberta's power to render its law effective. We shall return to this problem when dealing with choice of law questions.[148]

Royal Bank was recently applied in *Burns Foods Ltd* v *A-G Manitoba*.[149] In that case, the Manitoba Hog Producers' Marketing Board attempted to prevent Manitoba hog slaughterers from purchasing hogs in Saskatchewan. The Supreme Court held, inter alia, that the contracts between the hog slaughterers and the out-of-province hog producers were not within Manitoba's authority to regulate, citing *Royal Bank*.[150] But surely the application of *Royal Bank* in that situation relies on the Supreme Court's unwillingness to allow Manitoba to prevent out-of-province producers from selling within Manitoba. If, for example, the Manitoba scheme applied strictly to Manitobans only, and two Manitobans went to Saskatchewan to buy and sell hogs between them, within its own borders the province could regulate that transaction even though the contract was entered into outside the province and could be enforced there. To hold otherwise would be to require each province to condone flagrant flaunting of its law. If Manitoba could have prevented sales by outsiders to Manitoba slaughterers, it could have then prevented its own residents from making purchases in Saskatchewan and rendered their illegal contracts unenforceable in Manitoba. *Royal Bank* then would not have applied.

Laskin CJ has recently suggested that the *Royal Bank* principle does not apply in situations which lack 'promissory undertakings.'[151] Under this view, rights arising under tort law or non-contractual relations would not be covered by the doctrine. It is difficult to understand this distinction, and the chief justice does not explain it. A quick example will demonstrate why the limitation should not exist. A, a resident of X, goes to province Y and assaults B. B defends himself and injures A in the process. While B is temporarily in X, A brings an action against B in the X court. Under X's law, self-defence has been abrogated and applies to any tort action brought in X, regardless of where it occurred. Can X then apply its law to the situation in Y, or does *Royal Bank* prevent it? Whatever reasoning is used, it is fairly obvious that the Supreme Court would never permit the X court to disregard A's defence under Y law.

It should be emphasized here that a province may not apply its own law to a particular litigation merely because it has judicial jurisdiction over the litigants. Apart from the fact that the English bondholders were not before the Alberta court, this point would follow automatically from *Royal Bank*. The recent case of *Interprovincial Co-operatives Ltd* v *The Queen*[152] lays to rest any doubt on the matter. In that case, a Manitoba action was brought against

148 See text accompanying notes 287–9, infra

149 *Burns Food Ltd* v *A-G Man.* [1975] 1 S.C.R. 494; 40 D.L.R. (3d) 731

150 Ibid, at 502–3; 736–7

151 *Interprovincial Co-operatives Ltd* v *The Queen*, supra note 136, at 273; 341 (Laskin CJC dissenting). See Hertz, supra note 135, at 95–7.

152 Supra note 136

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 28 1977

two corporate tortfeasors who had polluted Manitoba rivers by dumping effluents in Ontario and Saskatchewan. The tortfeasors had both been served with process in Manitoba and were before the Manitoba court. In the Manitoba Court of Appeal, two judges reasoned that, even assuming that the *Royal Bank* doctrine applied and there was an extra-territorial limitation on provincial legislation, 'it does not debar the Manitoba Legislature from enacting legislation imposing obligations in respect of acts done outside the province on persons or corporations who are domiciled or resident in the Province.'[153] This approach was rejected in the Supreme Court of Canada by those justices speaking to the point. Writing for three justices, Pigeon J said:

> As to the extent of the constitutional authority that can be derived from the presence of the appellants within Manitoba, it is necessary, in my view, to bear in mind that the fact that a party is amenable to the jurisdiction of the Courts of a Province does not mean that the Legislature of that Province has unlimited authority over the matter to be adjudicated upon. The authority conferred by s. 92(14), *British North America Act, 1867*, is limited to 'The Administration of Justice in the Province, including the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts, both of Civil and of Criminal Jurisdiction, and including Procedure in Civil Matters in those Courts.' This certainly does not include the substantive law to the applied. The authority over substantive law must be derived from the other enumerated heads. This is implicit in the judgment of the Privy Council in *Royal Bank of Canada et al* v. *The King* ... [1913] A.C. 283 ... The bank had a place of business in Alberta and was undoubtedly amenable to the jurisdiction of the Supreme Court of that Province in which the action was brought. Nevertheless, it was held that the Legislature could not preclude the bank from fulfilling its legal obligation to return the money to the bond owners whose right to this return was a civil right which had arisen and remained enforceable outside the Province.[154]

Concurring, Ritchie J distinguished cases involving local jurisdiction from those concerning choice of law and held that the *Royal Bank* principle applied.[155]

Leaving *Royal Bank* for a moment, we can parallel our previous examination of US law by inquiring into the impact of the BNA Act upon provincial power over the local jurisdiction of provincial courts, recognition and enforcement of foreign judgments, and choice of law.

B LOCAL JURISDICTION: MAXIMUM REACH

To what extent, if any, are Canadian provinces limited in the judicial jurisdiction which they may authorize provincial courts to assert over non-resident persons? The territorial jurisdiction of a provincial court is, of

153 *Regina* v *Interprovincial Co-operatives Ltd* [1973] 3 W.W.R. 673 at 700; 38 D.L.R. (3d) 367, at 400 (Man. C.A.)

154 *Interprovincial Co-operatives Ltd* v *The Queen*, supra note 136, at 237; 353–4 (S.C.C.)

155 Ibid, at 249–50; 348–9

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 29 1977

course, limited by the boundaries of the province in which it sits,[156] but those courts have been authorized to take jurisdiction over non-residents through service of writs of summons *ex juris*. Such service, patterned on the English model,[157] has been labelled 'procedural' by the English courts.[158] But jurisdiction and procedure are wholly different matters,[159] and merely labelling a matter 'procedural' will not bring it within provincial power under section 92(14) of the BNA Act.[160]

Early Canadian cases[161] held broadly that the provinces could mandate service on non-residents under sections 92(13) and 92(14) of the BNA Act. They did not discuss where limits, if any, to that power might lie. But in *Standard Construction Co* v *Wallberg*,[162] the defendant argued that Ontario Consolidated Rule 162(1)(h)[163] was unconstitutional.[164] The rule allowed service *ex juris* so long as the plaintiff had a good cause of action on a contract or judgment and the defendant had assets of at least $200 in Ontario which could be used to satisfy the judgment. Entering a conditional appearance, the defendant argued that service *ex juris* was beyond provincial authority as only 'the Imperial Parliament has plenary jurisdiction.'[165] The court replied:

> It was argued that ... the Legislature of Ontario cannot make laws having any extra-territorial effect. The answer is obvious: the provision has no extra-territorial effect. The Courts of Ontario can only authorize the taking in execution of the defendant's assets within the Province, and the enforcing of civil rights is undoubtedly within the ambit of provincial jurisdiction.[166]

156 Read and Barker, *The Judicial Systems of the Common Law Provinces and Federal Courts of Canada* (no date) 3

157 See Note, British precedents for due process limitations on in personam jurisdiction, (1948), 48 *Colum. L. Rev.* 605 (hereinafter Precedents)

158 See, eg, *In re Liddell's Settlement* [1936] 1 Ch. 365, at 371–2 (C.A.); *Duber* v *Amsterdamisch Trustees Kontoor* [1902] 2 Ch. 132, at 142 (C.A.)

159 *CNR* v *Lewis* [1930] Ex. C.R. 145, at 151; [1930] 4 D.L.R. 537 at 541; *Mulvey* v *The 'Neosho'* (1919) 19 Ex. C.R. 1, at 5–6

160 Eg, *Atlas Lumber Co* v *A-G Alta and Winstanley*, supra note 40

161 Eg, *Stairs* v *Allan* (1896) 28 N.S.R. 410, at 418–19 (N.S. App. Div.). See also *McCarthy* v *Brener* (1896) 16 C.L.T. 201 (N.W.T.); *Exchange Bank* v *Springer* (1881) 29 Gr. 270 (Ont. Ct. Ch.). Contra, *Deacon* v *Chadwick* (1901), 1 O.L.R. 346, at 352 (Ont. Div. Ct.) (semble). Although the *Deacon* court suggested (while refusing to enforce a sister province's judgment) that *Pennoyer* v *Neff* was good law in Canada, the case has not been treated as having any constitutional content. *See Standard Construction Co* v *Wallberg* (1910) 20 O.L.R. 646 (Ont. Div. Ct.). The crown argument in *McGuire* v *McGuire & Desordi* [1953] O.R. 328, at 329–30 (Ont. C.A.), referred to provincial power to serve process *ex juris* as an exception to the rule that the province may not legislate extraterritorially.

162 Supra note 161

163 '(1) Service out of Ontario of a writ ... may be allowed by the Court or a Judge whenever: ... (h) ... the action is for any other matter and it appears to the satisfaction of the Court or a Judge that the plaintiff has a good cause of action against the defendant upon a contract or judgment, and that the defendant has assets in Ontario of the value of $200 at least, which may be rendered liable for the satisfaction of the judgment, in the case the plaintiff should recover judgment in the action ...' Ibid, at 646

164 The defendant cited, inter alia, *Deacon* v *Chadwick* and *Pennoyer* v *Neff*. See supra note 161

165 *Standard Construction Co* v *Wallberg*, supra note 161, at 648

166 Ibid, at 649

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 30 1977

The court's rejoinder was too facile: if the purpose of the rule were to act solely as a garnishment of assets within the province, then jurisdiction might well be proper. But the Ontario rule was one not of jurisdiction in rem but rather in personam; no attachment was required, and the judgment was not limited to assets inside the province when rendered.[167] The Ontario rule, in fact, authorized precisely what was forbidden in *Pennoyer* v *Neff*.[168] The only question is whether a Canadian province can do what a US state could not do: render a judgment in personam against a non-resident having no substantial connection with the province and then execute on any property within – or which may come into – its territory.

When dealing with extra-territorial matters involving non-residents, the courts have found that they have no jurisdiction and could not be granted any. In *McGuire* v *McGuire and Desordi*,[169] the Ontario courts were asked to issue a writ of habeas corpus ad testificandum against a Quebec jailer to require him to bring his prisoner to testify before an Ontario court. In argument, the crown submitted that 'under s. 91(14) of the British North American Act, 1867, the competence of the provincial Legislature is restricted to matters "within the Province", and no Province has power to make laws to have an effect outside its own borders.' It treated the *Wallberg* case as an 'apparent exception to the general rule ... but that is not really extraterritorial legislation.'[170] Without discussing *Wallberg*, but referring to sections 92(13) and 92(14), the court said: 'No provincial legislature has any power to pass laws having an operation outside its own territory and no tribunal established by provincial legislation can extend its powers beyond its own territory so as to subject either persons or property to its decision.'[171] Similarly, in *Hannon* v *Eisler*[172] the Manitoba Court of Appeal held that there could be no adjudication concerning the custody of children lawfully out of the province and indicated that the provincial legislature was powerless to authorize such jurisdiction.

The Supreme Court of Canada has recently given us a clue to its thinking on the limits of local provincial jurisdiction. In *Moran* v *Pyle National (Canada) Ltd*,[173] a Saskatchewan resident was killed in that province by a defective

167 See *Brenner* v *American Metal Co* (1921) 50 O.L.R. 25 (Ont. Div. Ct.). The plaintiff brought an action for $91,000 while the New York defendant only had $1,000 in assets in Ontario. The court refused to take jurisdiction, but indicated that, while it would not expect New York to enforce a judgment based on jurisdiction under the Ontario rule, the plaintiff would doubtless have tried to obtain such enforcement. Had the judgment been in rem, the judgment would on its face have been good only for the $1,000 in Ontario. Cf *Evans* v *Evans* (1911) 19 W.L.R. 237 (Alta S.C.), aff'd (1912), 50 S.C.R. 262

168 Supra note 13

169 Supra note 161. See also *Ex parte Eli* [1920] 1 W.W.R. 661 (Alta S.C.)

170 Supra note 161, at 329–30

171 Ibid, at 334; 397. The court cited *Deacon* v *Chadwick* and *Pennoyer* v *Neff*, supra note 168. Accord, *Re Kenny* [1951] O.R. 156, at 164; [1951] 2 D.L.R. 98, at 105–6 (Ont. C.A.)

172 *Hannon* v *Eisler* [1955] 1 D.L.R. 183, at 191; (1954), 13 W.W.R.(N.S.) 565, at 575 (Man. C.A.). See also *Smith* v *Smith* [1953] 3 D.L.R. 682; 9 W.W.R. 144 (Man. C.A.); *Meyers* v *Meyers* [1953] 2 D.L.R. 255 (Ont. Co. Ct.)

173 Supra note 139

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 31 1977

light bulb manufactured in Ontario by the defendant Ontario company. The company had no business, salesmen, property, or assets within Saskatchewan. All of its products were sold direct to distributors. The question was whether Saskatchewan had jurisdiction over the Ontario company in tort.

The Supreme Court said that Saskatchewan did because for jurisdictional purposes a tort had been committed within Saskatchewan. In the court's view, the locus of the tort was vital to the application of the Saskatchewan Fatal Accidents Act. The court began by asking: 'Is the fact that the action is brought under the Fatal Accidents Act of Saskatchewan in respect of a death which occurred within the Province of Saskatchewan *sufficient of itself* to give jurisdiction to the Saskatchewan courts?'[174] The court felt it was not, and construed the statute as giving jurisdiction to the Saskatchewan courts only when the death resulted from a wrongful act, neglect, or fault committed within the province. To do otherwise, it said, would be to attribute to the Saskatchewan legislature the intention to legislate extraterritorially. Having so construed the statute, the court found that the injury resulting in death in Saskatchewan was entirely foreseeable by the Ontario defendant and the company could therefore be subjected to Saskatchewan jurisdiction: 'By tendering his products in the market place directly or through normal distributive channels, the manufacturer ought to assume the burden of defending those products wherever they cause harm as long as the forum into which the manufacturer is taken is one that he reasonably ought to have had in his contemplation when he so tendered his goods.'[175]

Moran demonstrates two points. First, the occurrence of tort damage within a province may be sufficient reason for the province to subject a foreign tortfeasor to its local jurisdiction, where there is an adequate link between the tortfeasor and the damage. Further case developments should elaborate the tests for determining whether local jurisdiction can be taken. Second, the mere occurrence of damage within the province is not alone sufficient to subject the non-resident tortfeasor to local jurisdiction.

It is not surprising that the province must show an adequate nexus to subject the defendant to its jurisdiction. While the US cases may go somewhat further than *Moran*, they clearly require something more than mere damage within the state for there to be local jurisdiction. US analysis is made in terms of due process, but it is hard to see why US and Canadian law should not agree basically on approach. Indeed, Mr Justice Dickson in *Moran* sounds startlingly like a US judge or academician, casting jurisdictional power over tort in terms of governmental interest:

> [I]t would not be inappropriate to regard a tort as having occurred in any country substantially affected by the defendant's activities or its consequences and the law of

174 Ibid, at 396; 588
175 Ibid, at 409; 598

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 32 1977

which is likely to have been in the reasonable contemplation of the parties. Applying this test to a case of careless manufacture, the following rule can be formulated: where a foreign defendant carelessly manufactures a product in a foreign jurisdiction which enters into the normal channels of trade and he knows or ought to know both that as a result of his carelessness a consumer may well be injured and it is reasonably foreseeable that the product would be used or consumed where the plaintiff used or consumed it, then the forum in which the plaintiff suffered damage is entitled to exercise judicial jurisdiction over that foreign defendant. This rule recognizes the important interest a state has in injuries suffered by persons within its territory.[176]

Support for the position taken here may also be found in dicta of Rand J in *A-G Ont.* v *Scott*,[177] a case which will be analyzed in detail in connection with foreign judgments. The plaintiff in *Scott* had obtained a temporary English order for maintenance for which she sought enforcement in Ontario against her Ontario-resident husband. One argument made against enforcement was that Ontario had no jurisdiction over the plaintiff and could not therefore confer any rights upon her. Rand J disagreed. In his view, the province could vest a right within its territory in favour of a non-resident and against a resident defendant.

> Generally, the right so declared would be recognized and enforced under the principle of comity by other jurisdictions. But a like declaration purporting to extinguish a right based on jurisdiction over the debtor only could not bind the non-resident creditor – in the case of a province, even in its own courts, *Royal Bank of Canada* v *The King* – outside of that jurisdiction unless otherwise supported by recognized elements furnishing jurisdiction over him or the right. In short, a state, including a province, does not require jurisdiction over a person to enable it to give him a right in personam; but ordinarily, and to be recognized generally, such a jurisdiction is necessary to divest such a right. That is not to say that jurisdiction of this nature is in itself always sufficient to such divesting.[178]

In commenting on *Scott*, Professor Bora Laskin (as he then was) put a slightly different complexion on the matter. In his view, Ontario could empower its courts to make an order against a non-resident in any circumstances in which the cause or the subject matter of action lay within the province, 'unless the courts propose to raise the ordinary requirement of personal jurisdiction to the level of a constitutional principle.'[179] Presumably he meant that, if a province would not be violating the *Royal Bank* principle by applying its domestic law to a particular contract, then that province could likewise invest its courts with jurisdiction over any controversy connected with that contract. This position resembles the one voiced by the dissent in

176 Ibid
177 Supra note 130. See text accompanying notes 254–62, supra
178 Ibid, at 141; 426
179 Comment, (1956), 34 *Can. Bar. Rev.* 215, at 215–16 & n 5 (hereinafter *Scott* Comment)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 33 1977

Hanson v *Denckla*: if the controversy bears a sufficient relation to a state for local law to be applied, then it probably bears a sufficient relation to subject all concerned parties to local jurisdiction.[180]

Whether we are considering constitutional limitations on provincial choice of law or on provincial judicial jurisdiction, the problem is one of local legislative competence. If the forum is competent to apply its own law to affect a non-resident's rights, then the forum can require the non-resident to defend those rights in local courts or suffer a default judgment for failure to do so. In the words of Rand J in *Scott*, the forum province may bind the non-resident to the extent that there exist 'recognized elements furnishing jurisdiction *over him or the right*.'[181] The problem is: to what 'right' are we referring?

Suppose that A, an Alberta resident, and B, a Saskatchewan resident, enter into a contract in Saskatchewan in which A borrows money from B. Under Alberta law, A lacks capacity to enter into such a contract, while under Saskatchewan law he may. A fails to pay off the loan. B brings an action in Alberta. The Alberta courts, applying Alberta law, hold that the contract is void because A lacked capacity to borrow money from B. *Lillienthal* v *Kaufman*,[182] an Oregon case on all fours with this example, has been found to be objectionable by some[183] and acceptable by others,[184] but it and similar cases[185] have never been subject to constitutional criticism in the US. Of course, domicile is no longer as important a choice of law factor as it once was in regulating capacity, having given ground to the 'proper law' concept[186] or the law having the most 'significant relation' with the capacity issue.[187] But this common law development ought not to prevent a province from legislatively adopting the rule that domicile regulates capacity. Indeed, Quebec has such a rule.[188]

While Alberta might apply its own law to the capacity question, surely it could not apply its law to *any* legal issue arising under that contract. The contract itself is not a 'civil right' in the province; only the matter of capacity can be said to be such a right. Nor could Alberta take jurisdiction over B, the Saskatchewan resident, if he were in breach of the contract. The matter of

180 Supra note 6, at 258–9; 1242–3 (Black J dissenting)
181 Supra note 177, at 141; at 436 (emphasis added)
182 *Lillienthal* v *Kaufman* (1964), 239 Ore. 1, 395 P.2d 543
183 Cavers, *The Choice of Law Process* (1965) 191–2
184 Currie, Comment on Reich v Purcell, (1968), 15 *U.C.L.A. L. Rev.* 551, at 603–4
185 See eg, *Union Trust Co* v *Grosman* (1918) 245 U.S. 412; 38 S.Ct. 147; *University of Chicago* v *Dater* (1936) Mich. 658; 270 N.W. 175.
186 Eg, *Charron* v *Montreal Trust Co* [1958] O.R. 597; 15 D.L.R. (2d) 240 (Ont. C.A.)
187 Restatement, supra note 48, s 188
188 Civil Code, art 6 (1973). Compare MacKenzie, Book Review, (1935), 1 *U.T.L.J.* 200, at 201 (suggesting that Quebec may not apply its rule as to capacity to extraterritorial marriages), with LeMesurier, Reply, (1935), 1 *U.T.L.J.* 350, at 351 (arguing that Quebec's law was pre-Confederation and could be applied). See generally Johnson, *Conflict of Laws* (2d ed 1962) 241–3.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 34 1977

capacity, which may be governed by Alberta law, is far different from other contractual issues, which bear no connection with Alberta.

Could Alberta, which can apply its law to the capacity question, authorize the Alberta resident to bring an action to *void* the contract for lack of capacity and require the defendant to defend in Alberta? It would be permissible under Professor Laskin's reasoning, which relentlessly links power over choice of law and power over judicial jurisdiction. Whether the result is the best one for a federal system is questionable. If constitutional limitations have a role to play, it would appear to be far better to separate the issues of choice of law and local jurisdiction and draw separate constitutional parameters for each according to its functions.[189] Yet to do so would involve separating sections 92(13) and 92(14) and recognizing that power over the 'administration of justice ... in the province' under section 92(14) does not necessarily include all matters which might fall under section 92(13). Unfortunately, such an approach would not appear to be consistent with past interpretation of the BNA Act, which confers the right on local legislatures to act under section 92(14) when they are competent under section 92(13).[190]

Provincial power under section 92(14), however, transcends that under section 92(13). When jurisdiction under federal matters is assigned to the provincial superior courts, the provinces are competent to establish procedure as it applies to those causes of action,[191] so long as 'no pre-confederation or federal post-confederation procedure associated with such causes of action is in force in the province'[192] and so long as the rules are truly ones of procedure and not ones of substance.[193] Once the courts in the province have jurisdiction over particular matters, the procedure for dealing with those matters involves 'the administration of justice in the province,' subject to the federal power to invest federal matters in federal courts.[194] But this exception does not empower the provinces to give the provincial

189 Cf *Moran* v *Pyle National (Canada) Ltd,* supra note 139, at 397; 589 ('The rules for determining situs for jurisdictional purposes need not be those which are used to identify the legal system under which the rights and liabilities of the parties fall to be determined.') See also LaForest, *The Allocation of Taxing Power under the Canadian Constitution* (1967) 93–4 (some property may for constitutional purposes have different situses for various types of taxes).

190 (1879) 3 S.C.R. 1, at 89 (per Gwynne J). Accord, ibid, at 18 (per Ritchie CJ); at 67 (per Henry J); and at 81 (per Taschereau J). See also *Shields* v *Peak* (1883) 8 S.C.R. 579, at 591 (per Ritchie CJ).

191 *Adler* v *Adler* [1966] 1 O.R. 732, at 735; (1965), 55 D.L.R. (2d) 113, at 116 (Ont. C.A.) (per Laskin J); *Alexander* v *Vancouver Harbour Commissioners* [1922] 1 W.W.R. 1254, at 1255–6 (B.C.C.A.) (per Martin JA)

192 Laskin, supra note 12, at 811

193 *Morris* v *Morris* [1950] O.R. 697, at 704; [1951] 1 D.L.R. 38, at 45–6 (Ont. H.C.). For example, provincial legislation conferring jurisdiction on county court judges to try actions for divorce and other matrimonial matters is valid in the absence of conflicting federal legislation, those judges being federal appointees under s 96: *A-G B.C.* v *McKenzie* [1965] S.C.R. 490; 51 D.L.R. (2d) 623.

194 *Davidson* v *Davidson* [1953] 1 D.L.R. 297, at 298; (1952), 7 W.W.R. (N.S.) 272, at 273 (Sask. C.A.); *Alexander* v *Vancouver Harbour Commissioners*, supra note 191

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 35 1977

courts jurisdiction over matters outside provincial control.[195] Thus, in *Royal Bank of Canada* v *The King*, the civil right between the bank and the London bondholders was totally outside the province, and there was no basis upon which the Alberta courts could call upon those bondholders to defend their rights in Alberta any more than the province could act to divest them of those rights.

Why, then, do the provincial courts have jurisdiction over foreign causes of action, which they can hear when the defendant is served with process within the province? When the *Interprovincial* case was before the Manitoba Court of Appeal, Hall J reasoned that the Manitoba legislature was competent to define the conditions upon which damages in foreign tort actions are awarded because '[t]he Courts of Manitoba can and do entertain actions and award damages for torts committed abroad.'[196] As we have seen, under the *Royal Bank* doctrine and *Interprovincial*, the fact that provincial courts have jurisdiction over foreign torts because of the tortfeasor's presence does not mean that the provincial legislature may affect the substance of those tort actions. Yet why, if the 'foreign tort' is neither a civil right 'in the province' nor a matter covered by federal legislation, does the provincial court have jurisdiction to hear controversies concerning them?

The issue concerns all foreign causes of actions. A non-resident defendant may be served with process in the province on a cause of action arising under foreign law, and there is good jurisdiction over him.[197] The same applies to a foreign corporation, deemed to be 'present' within the province because of sufficient contacts with it.[198] Once we admit that the court has subject-matter jurisdiction over the cause, it follows as a matter of course that the province may provide for ancillary procedure under section 92(14). Yet how does the provincial court have jurisdiction to adjudicate foreign-law matters, which is neither a matter 'in the Province' nor a federal matter?

Dicta in a few cases has suggested that the right to bring an action is a civil right within the province.[199] This means that the province may restrict the plaintiff's access to the courts, but of course not with respect to federal matters.[200] Nor, as we shall see, may the provinces restrict access to the courts as a means of circumventing the *Royal Bank* principle.[201] In essence, the province's right to enlarge or restrict the jurisdiction of provincial courts is not limited when the subject-matter under that jurisdiction is within a part of section 92 other than section 92(14). When the jurisdiction is invoked merely

195 See Blumenstein, Matrimonial jurisdiction in Canada, (1928), 6 *Can. Bar Rev.* 570, at 575–7.

196 *Regina* v *Interprovincial Co-operatives Ltd*, supra note 153

197 Eg, *Hubert* v *DeCamillis* (1963) 44 W.W.R. 1; 41 D.L.R. (2d) 494 (B.C.S.C.)

198 Eg, *Central Trust Co of China* v *Dolphin Steamship Co* [1950] 2 W.W.R. 516 (B.C.C.A.)

199 *Reference re Debt Adjustment Act* [1942] S.C.R. 31, at 49; [1942] 1 D.L.R. 1, at 18 (per Crocket J dissenting); *North American Life Ass Co* v *McLean* [1941] 3 D.L.R. 271; [1941] 1 W.W.R. 430 (Alta S.C.)

200 *Atlas Lumber Co* v *A-G Alta and Winstanley*, supra note 40

201 See text accompanying notes 226–31, infra.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 36 1977

because the plaintiff wishes to bring an action, the question then becomes whether that desire can be satisfied under section 92(14), 'administration of justice within the province.'

The common law courts in England could take 'jurisdiction in respect to any cause of action, in whatever country such cause of action [arose],' provided that the action was in personam and '[a]t the time for the service of the writ, the defendant [was] in England.'[202] 'The service of the writ, or something equivalent thereto [was] absolutely essential as the foundation of the court's jurisdiction.'[203] Certainly, under section 129 of the BNA Act[204] the provincial courts retain this common law jurisdiction, which is based on the ability to serve a writ within the jurisdiction, so long as it is not negated by competent legislation. While ancillary procedure can add machinery to the basic jurisdiction, this could not include substituted service of the writ to a degree which would involve not 'a matter of procedure but an extension of jurisdiction.'[205] 'Jurisdiction and procedure are quite different. When jurisdiction is given to a Court, that Court can provide for rules and machinery for exercising that jurisdiction. Jurisdiction goes to the root of the subject matter and procedure goes to the form.'[206]

While limitations on a court's territorial jurisdiction are waivable, and generally speaking a condition which is waivable does not go to the question of subject-matter jurisdiction,[207] consent is a substitute for personal service of the writ. Personal service, or consent, is a sine qua non of common law jurisdiction over foreign in personam causes of action, and as such cannot be dispensed with if the jurisdiction is to exist.

Provincial courts might therefore derive their fundamental jurisdiction over foreign causes of action by derivation through section 129 of the BNA Act. Indeed, many courts were equipped with the power to serve writs *ex juris* when their provinces entered the confederation.[208] English courts could serve writs of summons *ex juris* in 1852.[209] The British Columbia

202 Dicey, *The Conflict of Laws* (1896) 233–4

203 *Laurie* v *Carroll* (1958) 98 Comm. L.R. 310, at 323 (H.Ct. Austr.)

204 British North America Act, 1867, R.S.C. 1970, appx 5, s 129: 'Except as otherwise provided by this Act, all Laws in force in Canada, Nova Scotia or New Brunswick at the Union, and all Courts of Civil and Criminal Jurisdiction, and all legal Commissions, Powers, and Authorities, and all Officers, Judicial, Administrative, and Ministerial, existing therein at the Union, shall continue in Ontario, Quebec, Nova Scotia, and New Brunswick respectively, as if the Union had not been made; subject nevertheless (except with respect to such as are enacted by or exist under Acts of the Parliament of Great Britain or of the Parliament of the United Kingdom of Great Britain and Ireland) to be repealed, abolished, or altered by the Parliament of Canada, or by the Legislature of the respective Province, according to the Authority of the Parliament or of that Legislature under this Act ...'

205 Ibid, at 332

206 *CNR* v *Lewis*, supra note 159, at 151; 541. Accord, *Mulvey* v *The 'Neosho'*, ibid, at 5–6.

207 *Township of Cornwall* v *Ottawa & N.Y. Ry Co* (1915) 52 S.C.R. 466, at 497; 30 D.L.R. 664, at 682 (per Duff J)

208 See, eg, R.S.N.S. 1864, c 134, pt II, s 1. See also R.S.N.S. 1864, c 123, s 1.

209 The Common Law Procedure Act, (1852) 15 & 16 Vict., c 76

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 37 1977

courts had the jurisdictional powers of English courts as they stood in 1858, and Alberta, Saskatchewan, and Manitoba courts had those powers as they stood in 1870.[210] Yet since those days there have been changes in those rules covering service *ex juris*, and one would hope that constitutional parameters could refer to something more consistent than historical anomalies.

If provincial power over foreign causes of action depends solely upon history, this would mean that the provinces could not authorize the courts to take jurisdiction over foreign causes of action by attaching property within the province. 'Quasi-in-rem' jurisdiction, as it is called in the US, is based solely on the attachment of tangible and intangible property belonging to a non-resident defendant, causing him to come into the law district to defend his property or else to default and forfeit that property up to the amount of the plaintiff's claim. This type of jurisdiction did not exist in the common law courts[211] and could not be said to descend to the Canadian provinces through section 129. Nevertheless, the provinces should be able to give them jurisdiction on the basis of the presence of property. If title to a particular chattel were in issue, and the chattel were located within the province, it would be absurd to think that the province could not authorize litigation on the title issue. That, of course, does not mean that on the mere basis of the chattel's presence the province could apply its own law to the question of who had title – *Royal Bank* resolved a highly analogous issue against such a proposition, and the fact that specie had not actually entered Alberta from Quebec surely did not affect the result. But the claim of good title in the chattel under foreign law, plus the presence of the chattel, would surely be sufficient grounds for the province to permit adjudication of the controversy in its courts. The same should be true in a truly 'quasi-in-rem' situation, where the plaintiff does not dispute the defendant's title in the chattel but wishes to attach it as a fund for paying off the judgment he is seeking. While title in the particular chattel is not in issue, the plaintiff's claim runs to any property of the defendant, and that should be sufficient reason for allowing the province to make a forum available. Finally, if mere presence of property is sufficient for a province to authorize its courts to take jurisdiction over a controversy founded on foreign law, the same theory would explain why the provinces could authorize its courts to take jurisdiction over non-residents on the basis of presence, without relying on section 129 of the BNA Act.

Provincial courts are now empowered to garnish debts in execution of judgments and in aid of pending actions.[212] This type of statute 'proceeds

210 Laskin, *The British Tradition in Canadian Law* (1969) 6–8

211 It is an outgrowth of the custom of foreign attachment in the Lord Mayor's Court in London: Hazard, supra note 35, at 209. It did not exist in the common law courts. Locke, *The Law and Practice of Foreign Attachment* (1854) 1, 23. The procedure became practically obsolete following *London Corp* v *London Joint Stock Bank* (1881) 6 App. Cas. 393; 45 L.T. 81. See 25 *Halsbury's Laws of England* (3d ed: 1958) 572

212 Eg, Attachment of Debts Act, R.S.B.C. 1960, c 20, s 3; Act respecting the Attachment of Debts, R.S.S. 1965, c 101, s 3

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 38 1977

upon the theory that the creditor has a right to be subrogated to the position of his debtor, and to assert ... any right which the debtor himself could assert.'[213] The cases go so far as to hold that, where the plaintiff has a judgment or claim outstanding within the province against a non-resident defendant, the courts may then bind debts owed outside the province by a garnishee within the province to the defendant, regardless of where the latter may be.[214] These provincial garnishment statutes purport to ignore the common law *situs* of debts and to bind them when the only connection between the assets and the province is the presence of the garnishee. Can the garnishment cases be reconciled with *Royal Bank*?[215]

Royal Bank was a situation very much like garnishment: Alberta was attempting to seize assets from the Edmonton bank branch and convert it to government use and control. In order to do that, Alberta ignored the London bondholders' right to obtain the money back because contractual conditions between the bondholders and the bank had not been met. One should view the case as deciding not that Alberta was unable to attach the funds belonging to the bondholders, but that Alberta was unable to effect a change in ownership of the funds by changing underlying law. That feature of the case distinguishes all of the garnishment cases and statutes. Under the latter, courts may attach debts owed by persons within the province to non-residents, but the transfer of ownership of the debt to the garnishing plaintiff is founded on the basis of a judgment or other claim, which does not violate *Royal Bank*. In other words, the court may be empowered to take jurisdictions over debts even though the province is unable to legislate with respect to the ownership of those debts. This is consistent with the view taken here that provincial power to administrate justice within the province may extend to rights and obligations over which it could not otherwise legislate. On this basis, a province should be able to enact a type of 'quasi-in-rem' jurisdiction.

This is not a predication that the Supreme Court will uphold the constitutionality of garnishment statutes as they are presently interpreted. In the US, broad garnishment statutes work because the Supreme Court exercises control through full faith and credit and the due process requirement that the non-resident defendant have adequate notice and opportunity to de-

213 *McMulkin* v *Traders Bank of Canada* (1912) 26 O.L.R. 1, at 4; 6 D.L.R. 184, at 186 (Ont. Div. Ct.)

214 *Gorman* v *Gorman & C.P.R.* [1949] 1 W.W.R. 153 (Alta S.C.), aff'd [1949] 1 W.W.R. 968 (Alta App. Div.); *Bell* v *Bell* (1960) 24 D.L.R. (2d) 435; 32 W.W.R. 376 (B.C.S.C.); *Haydon* v *Haydon & C.N.R.* [1937] 4 D.L.R. 617; [1937] 3 W.W.R. 537 (Man. C.A.)

215 The Supreme Court has recently left the constitutionality of such garnishment statutes open. *Bank of Montreal* v *Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd* supra note 143, at 558; 84. It applied one such statute in *Century Indemnity Co* v *Rogers* [1932] S.C.R. 529; [1932] 2 D.L.R. 582, where the constitutional question was not raised. The case can be distinguished on the grounds that the creditor had defended the Ontario action and there was no danger that any jurisdiction would refuse to recognize the Ontario garnishment and subject the garnishee to having to make a second payment to its creditor.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 39 1977

fend the garnishment.[216] Garnishment statutes in the past have created difficulties in the Canadian context, usually because recognition is not obligatory.[217]

In order for garnishment to work in an interprovincial setting without disruptive effects, recognition must be obligatory wherever the province is authorized to enforce the garnishment locally. The scope of recognition policy remains to be discussed below.[218] If recognition is not to be constitutionally mandated, then the possibility of 'double jeopardy' for the garnishee will continue to be a problem unless provincial power to garnish is severely limited.

Provincial power to garnish or to take jurisdiction over a defendant present within the province can therefore be justified under section 92(14) of the BNA Act. But if section 92(14) is an independent basis for permitting the provinces to open their courts to foreign causes of action, to what extent are the provinces limited? If the controversy concerns foreign land, the common law requires courts to disclaim subject-matter jurisdiction, even if both plaintiff and defendant are before the court.[219] Is this a rule which has constitutional content, or can a province change it? Similarly, if the subject-matter is federal, such as bills of exchange or divorce, can the province legislate as to the manner in which the courts take jurisdiction over controversies? For instance, can a province authorize service *ex juris* on a claim involving a bill of exchange? If the federal divorce act did not specify the grounds upon which provincial courts take jurisdiction in divorce, could the provinces authorize the courts to take such jurisdiction on any ground other than domicile, the pre-Confederation basis?[220] Such issues cannot be

216 Eg, *Harris* v *Balk*, supra note 8

217 *Bank of Montreal* v *Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd* supra note 143; *Tompkins Contracting Ltd* v *Northern Clearing Enterprises Ltd* (1964) 50 W.W.R. 246 (B.C.C.A.); *Richer* v *Borden Farm Products Co* (1921) 49 O.L.R. 172; 64 D.L.R. 70 (Ont. C.A.)

218 See text accompanying notes 233–62 infra.

219 *British South Africa Co* v *Companhia de Mocambique* [1893] A.C. 602; 69 L.T. 604 (H.L.); *Albert* v *Fraser Cos* [1937] 1 D.L.R. 39; 11 M.P.R. 209 (N.B.C.A.)

220 In *Scott* v *Scott* (1891) 4 B.C.R. 316 (B.C.C.A.), the full court held that it lacked appellate jurisdiction in divorce, because there existed none under substantive law and the province could not confer such jurisdiction on the full court under its s 92 powers. Accord, *Brown* v *Brown* (1909) 14 B.C.R. 142; 10 W.L.R. 15 (B.C.C.A.). Contra, *Bilsland* v *Bilsland* (1922) 63 D.L.R. 120; [1922] 1 W.W.R. 718 (Man. C.A.); *Ref re Divorce Act* [1952] 2 D.L.R. 513; (1951), 29 M.P.R. 120 (P.E.I.C.A.). *Scott* was held overruled in *Forsyth* v *Forsyth* (1965) 56 D.L.R. (2d) 322; 54 W.W.R. 577 (B.C.C.A.), relying on *A-G B.C.* v *McKenzie*, supra note 193. The *Forsyth* court went further, holding that 'the parliament of Canada did not have power to confer appellate jurisdiction in divorce matters' on the court, as the power to confer such jurisdiction was exclusively vested in the province unders 92(14), supra, at 336–7; 592, a holding manifestly contradictory to *Valin* v *Langlois* (1879) 3 S.C.R. 1, appeal refused (1879), 5 App. Cas. 115 (P.C.), and the cases following it. Eg, *Cushing* v *Dupuy* (1879) 5 App. Cas. 409; *Atlas Lumber Co* v *A-G Alta and Winstanley*, supra note 40; *Shields* v *Peak* (1883) 8 S.C.R. 579, at 591 (per Ritchie CJ). Despite the overruling of *Scott*, the *McKenzie* case stands for nothing more than the proposition that, once jurisdiction over a particular subject-matter is given to s 96 courts, the provinces – in the absence of conflicting and competent

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 40 1977

resolved easily, but the use of section 92(14) as an independent tool for measuring the authorized reach of provincial courts should involve some sort of contacts test to determine what situations truly involve local administration of justice.

In conclusion, the trend of case law seems to indicate that a Canadian province cannot subject the world to its jurisdiction, and judgments rendered under such assumed jurisdiction would be nullities even where rendered.[221] In that context, certain provincial rules for service of writs *ex juris* are clearly impermissible – for example, those such as Nova Scotia's rule 10.04,[222] which permits service of process without leave of court in any cause of action so long as the defendant is in the US or Canada, or Ontario rules 25(1)(l) and (o),[223] providing for service *ex juris* in actions 'to declare a marriage void' and 'against a person out of Ontario who is a necessary or proper party to an action properly brought against another person duly served within Ontario.' It has been suggested that the latter Ontario rule may be constitutionally infirm.[224] Certainly the Nova Scotia rule goes too far, putting no express limits on the power to require non-residents to defend actions in Nova Scotia.

The provincial courts retain all jurisdiction descended to them under section 129 of the BNA Act, except as modified by competent federal or provincial legislation. Such jurisdiction includes service of process within the jurisdiction on foreign and domestic causes of action as well as service *ex juris* in certain instances. To this basic jurisdiction the province may, of course, add matters falling within its subject-matter competence and include authorization of jurisdiction over non-residents in connection therewith. Finally, even though the subject-matter of the controversy is not within the province's legislative competence, the presence of the defendant or his property within the territory should be sufficient grounds for the province to authorize its courts to 'administer justice' concerning controversies involving them. But those controversies must be of such a nature that the taking of jurisdiction can fairly be said to involve 'administration of justice in the province.'

federal legislature – may distribute that jurisdiction among s 96 courts within the province. Putting appeal jurisdiction in a court probably follows the same pattern. But see *Forsyth* v *Forsyth* (1965), supra at 327; 581–2 (Davey J, dissenting) (*Scott* not inconsistent with *McKenzie*, as latter concerned original jurisdiction and former appellate jurisdiction). Even if it does, it does not follow that the province can establish subject-matter jurisdiction in a matter beyond its s 92 powers where such jurisdiction is not conferred on the courts by federal or pre-Confederation law.

221 But see *Richer* v *Borden Farm Products Co*, supra note 217; Castel, *Private International Law* (1960) 234.

222 Nova Scotia Civil Procedure Rules and Related Rules (1971)

223 Carthy and Millar, *Ontario Annual Practice* (1975) 115

224 *Scott* Comment, supra note 179, at 216 n5. Cf Precedents, supra note 157, at 610 (suggesting such a rule would violate due process).

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 41 1977

C LOCAL JURISDICTION: PROVIDING A FORUM

So much for the maximum reach of local jurisdiction. What about minimum jurisdictional requirements, analogous to *Hughes* v *Fetter*[225] in the US? Constitutional compulsion of the provinces to provide a court in particular cases may be found in cases which applied the *Royal Bank* doctrine.

In *Ottawa Valley Power Co* v *Hydro-Electric Commission*,[226] plaintiff and defendant had entered into four contracts. One of these provided for the development and utilization of water power which was partly in Ontario and partly in Quebec, and another put a price on the power to be delivered or held in reserve by the plaintiff for the defendant. In 1935 Ontario enacted the Power Commission Act, which in its second section declared the price and development contracts 'to be and always to have been illegal, void and unenforceable' against the defendant commission. The Ontario Court of Appeals held this section to be ultra vires, citing *Royal Bank*. As the contracts had created rights not wholly 'in the Province,' they could not be destroyed by the exercise of provincial power under the BNA Act. But there was more. The commission argued that the Ontario act had deprived the provincial courts of jurisdiction even to hear the case against the commission. This contention was also rejected.

> [I]t is urged ... that the only civil right which is taken away by the Act is the right to maintain an action in the Courts of Ontario. Undoubtedly the right to maintain an action in the Courts of Ontario is a civil right over which the Legislature of Ontario has control ... But ... that general authority over the procedure and jurisdiction of the Courts is subject ... to the exception that the power cannot be employed to limit the adjective jurisdiction of the Courts as a means merely of supporting *ultra vires* legislation which derogates from substantive rights over which the Province has no jurisdiction. In other words it cannot be prohibiting the right of action do indirectly what it cannot do directly.[227]

In a concurring judgment, Fischer JA went even further, arguing that there was a basic jurisdiction in the courts which could not be taken away from them.

> It has always been recognized that one of the invaluable rights of every subject of the King is an appeal to the King, and the right to seek justice in the King's Courts ... [The effect of the statute] is to take away from the Supreme Court [of Ontario] one at least of the essential characteristics of a Superior Court ...[228]

in violation of the spirit of the BNA Act, sections 96 and 127, which implied a basic jurisdiction to the Superior Courts in the provinces. Fischer J's argument is not limited to conflicts problems and it will not be explored here.

225 Supra note 38. See text accompanying notes 35–45, supra
226 Supra note 131
227 Ibid, at 313–14; 606–7 (per Masten JA)
228 Ibid, at 333; 622 (per Fischer JA, concurring)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 42 1977

Suffice it to say that the issue has not been conclusively resolved one way or the other.[229]

The point that jurisdiction cannot be removed as a device to evade *Royal Bank* has been approved by other courts.[230] Since '[p]rovincial legislatures cannot direct their own Courts to refuse to recognize ... a right [which has arisen outside the province] in an action brought in them',[231] it follows that they cannot simply remove jurisdiction as an alternative device to preventing the enforcement of those rights. If, for instance, provincial courts can enforce contract debts entered into within the province, they cannot have taken from them the power to enforce contract debts engaged *ex juris*, as the courts will view such legislation as a means of destroying those rights by rendering them unenforceable. On the other hand, if the province decides to end judicial jurisdiction over a particular cause of action, such as contractual debts, regardless of where it arises, there should be no constitutional problem (except the general one to which Fischer J alluded). This sort of distinction has been approved in the United States.[232]

In conclusion, Canadian provinces are required to take jurisdiction over cases to which they cannot apply municipal law to the extent that removing jurisdiction from the courts is a means of evading the *Royal Bank* principle. At least to that degree there is a minimum jurisdiction required for the provincial superior courts. In addition, as the next section should show, there may be an emerging doctrine of some degree of compulsory recognition of sister-province judgment, and, if so, the provinces may not authorize their courts to refuse jurisdiction to such judgments.

D RECOGNITION AND ENFORCEMENT OF FOREIGN JUDGMENTS

a/ Must a province give minimal weight to foreign judgments? The question whether the BNA Act restricts provincial power over the regulation of the recognition and enforcement of foreign judgments is a difficult one. The US constitution has the full faith and credit clause, which specifically requires

229 Compare Lederman, The independence of the judiciary, (1965), 34 *Can. Bar Rev.* 1139 (arguing that there is a guaranteed core of jurisdiction in the superior courts), with Laskin, supra note 12, at 765.

230 *IOF* v *Lethbridge Northern Irrigation District (No 2)* [1937] 4 D.L.R. 398; [1937] 3 W.W.R. 424 (Alta S.C.), aff'd [1938] 3 D.L.R. 819; [1938] 2 W.W.R. 194 (Alta App. Div.), aff'd [1940] A.C. 513; [1940] 2 D.L.R. 273 (P.C.)

231 Lefroy, *Canada's Federal System* (1913) 506

232 In *Hartness* v *Aldens, Inc* (1962) 301 F.2d 228 (7th Cir.), a South Carolina resident was injured there by a power lawn mower sold by mail order from Illinois. He died later from his injuries. His administratrix brought an action in Illinois for damages suffered between the date of injury and the date of death, relying on the South Carolina survival of actions statute. It was held that the South Carolina statute was not enforceable in Illinois because 'there is a basic opposition between the South Carolina statute and Illinois policy' which forbade recovery under both fatal accident and survival of actions legislation for the same tort. *Hughes* v *Fetter*, supra note 38, was distinguishable 'for the same reason that the Supreme Court distinguished [it] in *Wells* v *Simonds Abrasive Co* ... i.e., the [forum] laid an uneven hand on causes of action arising within and without the forum [state]': at 230

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 43 1977

interstate recognition and enforcement of judgments, subject to limited exceptions. Where full faith and credit does not apply – that is, foreign-country judgments – the constitution has not been read to require that the states adhere to a national standard. US courts have thus far failed to accept the argument that such standardization is needed to prevent detrimental local influence upon nation policy in foreign affairs and to bolster exclusive federal power over international matters. The argument should likewise be unsuccessful in Canada, where the federal government has far less explicitly exclusive power over foreign affairs than it does in the US.

At least one Canadian author has stated flatly that the provinces have the power to regulate the recognition and enforcement of foreign judgments under section 92(14) of the BNA Act.[233] The first question that one might ask is why *Royal Bank* would not apply. When a foreign jurisdiction renders a judgment in favour of a particular party, that party acquires rights under the judgment. No Canadian province can destroy those rights under the *Royal Bank* decision. As every province will enforce the judgments of its own courts, under *Ottawa Valley* the failure of a province to recognize foreign judgments in circumstances where it would recognize local judgments could be viewed as an attempt to destroy those foreign rights indirectly.

There is one very practical objection to this line of reasoning. If *Royal Bank* applied to require the recognition of foreign judgments, it would be impossible to distinguish between sister-province judgments and foreign-country judgments. Instinctively one feels that, if a certain amount of faith and credit were to be constitutionally accorded to out-of-province judgments, more protection should be given to sister-province judgments than to foreign-country judgments, even if the recognizing province is opposed to the cause of action underlying the judgment. The give and take over policy in a federal system requires tolerance in order for the federal system to work,[234] but that same consideration does not apply to foreign-country judgments. Consequently, even if one advocated a national standard for recognizing foreign-country judgments, that standard ought not to be linked constitutionally to a standard for sister-province judgments. The problem is to find doctrine and precedent which suggests that sister-province judgments must

233 Castel, The recognition and enforcement of foreign judgments in personam and in rem in the common law provinces of Canada, (1971), 17 *McGill L.J.* 11, at 132 (hereinafter Recognition). While it is true that provinces may enforce rights created extraterritorially, eg, *A-G Ont.* v *Scott*, supra note 130, this does not mean that they may refuse to enforce rights under all circumstances. To the extent that provinces give foreign judgments more effect than they had at common law, they are acting within the scope of their powers. The Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act is one such example. See generally Mendes da Costa, *Enforcement of Judgments and Orders across Canada* (1974, reprinted from Canadian Bar Association Continuing Education Seminars, no 2 Family Law). Such power does not, however, automatically permit the provinces to give foreign judgments less weight than they would have at common law.

234 Castel, *Canadian Conflict of Laws* (1975) 200 (hereinafter Castel)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 44 1977

be accorded some degree of faith and credit while foreign-country judgments need not be treated the same.

The answer may lie in a recent case, *Bank of Montreal* v *Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd.*[235] Two companies, C.F.I. Operating Co Ltd (Opco) and Technopulp Machinery, Inc (Technopulp) had been contractors on a Manitoba project owned by a bankrupt Manitoba company. The plaintiff, Metropolitan, had supplied security guards for the project and was owed money for its services. Acting on behalf of all the project creditors, Metropolitan sought to impose a trust on four million dollars deposited by Opco and Technopulp in Montreal branches of the Bank of Montreal and the Royal Bank of Canada, both of which had Manitoba branches as well. Under Manitoba law all money received by contractors on Manitoba jobs was subject to a trust for the benefit of the job subcontractors and materialmen. The Manitoba Court of Appeal held that it had jurisdiction to deal with the money deposited in the Montreal banks because of the presence of the banks in Manitoba, the *in personam* jurisdiction of a court in equity, and the power of the court to make effective an adjudication that the trust existed under Manitoba law. Treating the judgment as a garnishing order, the Manitoba court also reasoned that it could attach the debt owing from the banks to Opco and Technopulp so long as the debtor banks were present within the province.

Before examining the Supreme Court's response, it is interesting to compare the lower court's garnishment analogy to similar situations in the US context. The Manitoba court[236] relied on *McMulkin* v *Traders Bank of Canada*,[237] a case which preceded *Royal Bank of Canada* v *The King* by about a year. *McMulkin* simply decided that the mere presence of a debtor bank within a province permits the province to attach debts owing by the bank, no matter where they may be formally payable. In arriving at this conclusion, the *McMulkin* court distinguished *The King* v *Lovitt*[238] which held that New Brunswick could claim succession duty on money deposited in a branch of a bank located within its borders, even though the bank's head office was in England and the depositor was domiciled in Nova Scotia. The *McMulkin* court agreed that, had its rules been based upon the situs of the debt, it could not attach the money deposited at a branch of the defendant bank in another province. But, it said, its rule was based on the ability to serve the debtor bank within the province and that this was a sufficient nexus for the jurisdictional purpose of attaching the debt.

235 Supra note 217

236 *Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd* v *CFI Operating Co Ltd* (1972) 31 D.L.R. (3d) 196; [1972] 5 W.W.R. 621 (Man. C.A.)

237 Supra note 213

238 *The King* v *Lovitt* [1912] A.C. 212 (P.C.). *Lovitt* was also distinguished in *Royal Bank of Canada* v *The King*, supra note 144, at 298; 345, and, to the extent that *McMulkin* and *Royal Bank* are contradictory, this would appear to be quite significant.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 45 1977

As a matter of common law, other courts have reached the opposite conclusion.[239] But the problem in *Metropolitan* was one neither of common law nor statutory interpretation: it was whether a province can, by the mere presence of the branch of a bank within its borders, attach funds deposited in any other branch of that bank.

The US practice agrees with *McMulkin*, as a matter of constitutional law, but the case which approved the rule, *Harris* v *Balk*,[240] has been heavily criticized[241] although it continues to be put to surprising uses.[242] Harris, a North Carolina resident, was served with a writ in Maryland attaching a $180 debt which he owed Balk, another North Carolinian. Harris paid over the $180 in Maryland, but when Balk brought an action against him the North Carolina courts refused to recognize the Maryland judgment, despite the dictates of full faith and credit, on the grounds that Maryland had no jurisdiction over the debt which Harris owed Balk. They reasoned that, as the debt was owing in North Carolina and not in Maryland, rights in the debt were not baggage which accompanied Harris wherever he might go.

But the United States Supreme Court disagreed:

> We do not see how the question of jurisdiction *vel non* can properly be made to depend upon the so-called original situs of the debt, or upon the character of the stay of the garnishee, whether temporary or permanent, in the State where the attachment is issued ... If, while temporarily there, his creditor might sue him there and recover the debt, then he is liable to process of garnishment, no matter where the situs of the debt was originally ... The obligation of the debtor clings to and accompanies him wherever he goes. He is as much bound to pay his debt in a foreign state when therein sued upon his obligation by his creditor, as he was in the state where the debt was contracted ...[243]

Harris v *Balk* means that it is consistent with due process to attach a simple contract debt because of the mere presence of the debtor. While on its face the judgment does not differentiate between debts owed in US states and debts owed abroad, one case intimates such a distinction[244] and, in practice, the courts will refuse to entertain proceedings against a non-resident garnishee personally served in the state if the country of his residence would not

239 Eg, *Richardson* v *Richardson* [1927] p. 228 (Prob. Div.). Compare *Martin* v *Nadel* [1906] 2 K.B. 26 (C.A.), with *Swiss Bank Corp* v *Boehmische Bank* [1923] 1 K.B. 673 (C.A.). Canadian courts have differed on the validity of *McMulkin*. Compare *Haydon* v *Haydon & CNR* [1937] 4 D.L.R. 617; [1937] 3 W.W.R. 537 (Man. C.A.) (approving), with *Marlow* v *Yager & CPR* (1922) 67 D.L.R. 770; [1922] 2 W.W.R. 191 (Sask. K.B.) (disapproving).

240 Supra note 8

241 See eg, Beale, The exercise of jurisdiction in rem to compel payment of a debt, (1913), 27 *Harv. L. Rev.* 107; von Mehren & Trautman, Jurisdiction to adjudicate: A suggested analysis, (1966), 79 *Harv. L. Rev.* 1121, at 1178.

242 Eg, *Seider* v *Roth* (1966) 17 N.Y. 2d 111; 269 N.Y.S. 2d 99, constitutionality affirmed, *Miniciello* v *Rosenberg*, supra note 68, (attachment of insurance claim)

243 Supra note 8, at 222–3; 626

244 *United States* v *First National City Bank* (1965) 379 U.S. 378; 85 S.Ct. 528

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 46 1977

give effect to the US garnishment.[245] For *Harris* v *Balk* cannot be ripped from its context. It was decided at a moment in US legal history when *Pennoyer* v *Neff* imposed stringent constitutional limitations on state court in personam jurisdiction; and, even more important, the decision requires each state to recognize the garnishment judgments of other states. The peculiar local jurisdiction rule in *Harris* v *Balk* only made sense because there was full faith and credit.

In Canada, however, full faith and credit is not an explicit requirement. Unless it becomes one, the *McMulkin* rule could become highly disruptive.[246] Indeed, in *Metropolitan* itself, the Manitoba court acted to impose a trust on the Montreal funds, even though those funds were already subject to an attaching order by a Quebec court.

It was this last fact which decided the case for the Supreme Court of Canada and which makes *Metropolitan* look something like the harbinger of a Canadian 'full faith and credit' rule. For the Supreme Court declined to decide the validity of *McMulkin* and instead ruled that, as the funds in question had already been attached in Quebec, they could not be attached in Manitoba.

> Since the two banks were already subject to the Quebec garnishment when the Manitoba proceedings began, the Manitoba judgment calls upon them to be faithless to the competent order of a sister judicial district. This Court, with a reviewing and controlling authority over both the courts of Manitoba and of Quebec, cannot be expected to support such a call. Unless this Court is in a position (and it is not in these appeals) to rule on the validity of the Quebec garnishment, it cannot with any propriety approve an order of one provincial court that purports to deal with assets already captured by the competent order of another provincial court, and particularly an order of the court of the province where those assets are situated.[247]

If *Metropolitan* is limited to its own particular kind of situation, it will become a very obscure case. But if the Supreme Court means that Manitoba could not be faithless to a Quebec order even *after* the termination of the Quebec action, the case has launched a new principle: where once a competent order of a sister judicial district has been made, it cannot be disregarded.

Suppose the funds in *Metropolitan* had been distributed by the Quebec court. Could the Manitoba court (assuming *McMulkin* is a good law) then require the banks to hand over a second four million dollars for distribution? There is certainly no clear reason for distinguishing between the cases where the Quebec action is ongoing and one where it is over, unless the Supreme Court's only concern in *Metropolitan* was to avoid a direct clash between provincial courts.

245 Eg, *Parker, Peebles & Knox* v *National Fire Ins Co* (1930) 111 Conn. 383; 150 A. 313

246 See, eg, *Richer* v *Borden Farm Products Co*, supra note 217, infra notes 248–50.

247 *Bank of Montreal* v *Metropolitan Investigation & Security (Canada) Ltd*, supra note 143, at 557; 83.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 47 1977

A situation on all fours with the preceding hypothesis arose in *Richer* v *Borden Farm Products Co*,[248] with Middleton J, author of the judgment in *McMulkin*, writing for the majority. One Lauzon had obtained a Quebec judgment against the Richers and garnished money owed by Borden to the Richers in satisfaction of the judgment. The Richers brought an action against Borden in Ontario on the debts owed by Borden to them. The debts were ones due in Ontario. Middleton J wrote:

> Whether the court of Quebec should allow its machinery to be made use of for the purpose of realizing a debt due in Ontario with respect to a transaction in Ontario by a debtor resident in Ontario, merely because there is a power to reach such debtor by reason of his having assets within Quebec, is a question ... for the Courts of that Province. Suffice it to say that the English Courts have thought it not proper to exercise such a jurisdiction ... [if it were] to place the [debtor] in such a position that it would be liable to pay twice. If the same principle had been recognised in the Province of Quebec, the order would not have been made there.[249]

The court had evidently not realized that the Quebec court had faced a situation much like the one in *McMulkin*. But it intimated that it would be willing to avert the 'double liability' problem for Borden, remarking that '[i]t seems contrary to natural justice that after the defendants have been compelled to pay money in satisfaction of a judgment against these plaintiffs, the plaintiffs could be at liberty to compel payment again to themselves.'[250]

One can, of course, agree that such double payment would constitute a lack of natural justice to the defendant, but presumably the court would feel compelled nevertheless to make the defendant pay twice, if the provincial legislature ordered it to ignore the effect of such Quebec judgments. The lower court decision in *Metropolitan* demonstrates that such an attitude is far from an impossibility.[251]

If the Quebec court in *Metropolitan* was incompetent, and Manitoba had a right under *McMulkin* or otherwise to attach the funds, then there would be no question that Manitoba could ignore the Quebec judgment. But Quebec surely had good constitutional grounds for jurisdiction, under *The King* v *Lovitt*: if the situs of a bank deposit can tax it, surely it may attach it. And if *McMulkin* is good law, Quebec, Manitoba, and any other province with a Bank of Montreal branch could attach the funds. The Supreme Court could never permit them all to do it. Either *McMulkin* is wrongly decided or *Metropolitan* must be used to sort out resulting problems.

Even if *Metropolitan* means that there is now some sort of full faith and credit principle operating, all of the difficulties involved in the *McMulkin* situation are not solved. Suppose, for instance, that province X authorizes actions to be notified to non-resident defendants by publication. A, a resident of province Y, has assaulted B in province X. After A returns to province Y, B

248 Supra note 217
249 Ibid, at 175–6; 72–3
250 Ibid, at 176; 73
251 See cases cited in note 217, supra.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 48 1977

commences an action in X by publication for assault and, when A fails to appear, obtains a default action against him. Province X permits B to garnish a debt which C, a resident of X, owes to A in province Y. B garnishes the debt. A thereafter obtains jurisdiction over C in province Y.

Now we have a difficult choice: is province Y forced to recognize the garnishment in X, which is based upon a judgment which would not be recognized at common law for lack of natural justice? Or is Y permitted to ignore the X garnishment and force C to pay a second time? This problem does not arise in the US, as the original judgment against A would have been void for lack of due process. Likewise, 'quasi-in-rem' jurisdiction without providing adequate notice and opportunity for A to defend the debt owed him by C would also be void for lack of due process. In either event, such a judgment would not be recognizable by Y. In Canada, however, the BNA Act does not question provincial procedure, once the province can confer jurisdiction over a particular matter to the provincial courts. If *McMulkin* is broadly interpreted, then C can hardly argue that the debt which he owes is not garnishable in X, merely because A had no notice of the underlying judgment. But the Supreme Court would likewise find it difficult to argue that Y must recognize X's garnishment when it is so patently violative of natural justice. What should the approach of the Supreme Court be?

The answer to the problem would appear to be to relate the *Metropolitan* principle with the question of local provincial court jurisdiction. Any garnishment situation and, indeed, any attachment proceeding, falls into one of three broad categories, as follows:

1 the *res* is so closely identified with the province in which garnishment is authorized that the province would not be violating the *Royal Bank* principle in legislating with respect to that *res*. In that event, garnishment is acceptable and should be recognized in other provinces under *Metropolitan*. This conclusion is obvious, and can be compared with a situation involving taxation. If province X taxes A's car, seizes and sells it to B for arrears, and B takes it to province Y, Y surely cannot restore the car to A on the grounds that it will not recognize X's law. To do so would violate the *Royal Bank* principle.

2 The *res* itself is not so closely identified with the province that the province could legislate with respect to title, but the province can authorize adjudication under section 92(14) of the BNA Act *and* the basis upon which garnishment is made is a judgment which should be recognized extraprovincially under *Metropolitan*. This ties in to the argument, made below, that the *Metropolitan* principle applies to judgments in personam and in rem and can be deployed affirmatively as well as defensively. If the underlying judgment is recognizable under this extension of *Metropolitan*, then the garnishment should be as well.

3 the same result as (2) should follow if jurisdiction is based solely on the presence of the *res*, so long as the province can take jurisdiction under

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 49 1977

section 92(14) on that basis alone and the judgment would have been recognizable under *Metropolitan* if jurisdiction had been grounded on service of process within the province.

This approach eliminates the problem of 'double jeopardy' for the garnishee under the *McMulkin* doctrine. Simply put, wherever a province can constitutionally garnish a *res*, then that garnishment must be recognizable elsewhere in Canada. Conversely, wherever that garnishment would not be recognizable outside the province, garnishment may not be effected locally. The danger that the garnishee will have to pay twice is thus eliminated.

Can the *Metropolitan* principle be applied in actions in personam and can it be used affirmatively by the judgment creditor instead of merely defensively against other actions? Suppose that A has a claim in battery against B, a resident of Y, the action arising in X where A serves B personally with service of process. B counterclaims for battery against A. The X court finds B liable to A for battery and holds that there was no battery by A against B. B then goes to Y where he manages to obtain personal jurisdiction over A. B brings an action for the battery already litigated in X. A defends, asking that the X judgment be recognized as barring B's claim and asking further that his X judgment against B be enforced in Y. Y has a statute which says that no foreign judgments will be recognized or enforced.

There are thus two problems: 1/ is there anything which requires Y to recognize that A's judgment precludes B from bringing an action of the same cause already decided against him in X; and 2/ must Y enforce A's judgment in damages against B.

If *Metropolitan* means that Manitoba had to be faithful to Quebec's competent disposition of the funds as well as its attachment and could not relitigate the matter and subject banks to the hazard of having to pay $4 million twice, then it is hard to say why A should not prevail on point 1 above. X certainly is competent to render a judgment against B, and the tort obligation which B owes A is no less covered by X's power over 'property and civil rights in the province' than was Quebec's power over the funds deposited in the Montreal banks. What the Supreme Court meant by 'competent' is, of course, open to interpretation. Presumably B could plead lack of jurisdiction, for example. Limitations on the *Metropolitan* principle surely exist. But that principle seems to say at a minimum that Y cannot arbitrarily disregard A's defence based on the X judgment, even if Y would come to the opposite conclusion on the facts of the underlying case.

When we proceed to point 2, A tries to use his judgment affiirmatively and ask that Y concede that he has a cause of action based upon his X judgment. As the cause of action arises completely under X law, Y could not refuse to hear the action so long as it would grant relief under its own law for a similar act. To do otherwise would raise the *Hughes* v *Fetter*[252] problem, paralleled in Canada in *Ottawa Valley*.[253] That conclusion, however, does not mean that Y

252 Supra note 38
253 Supra note 131

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 50 1977

must accept an action on the X judgment, as distinct from the X cause of action. Furthermore, if the cause of action were one which Y could refuse to hear without violating the *Ottawa Valley* principle, then there would be all the more reason for Y to refuse to recognize the X judgment, pointing to its local public policy.

The approach used in *Ottawa Valley* would appear to apply here as well. Once one accepts the need for province Y to allow A to use his X judgment defensively, one is saying in effect that a right has been created for A's benefit which Y cannot denigrate. That right, which arises out of *Metropolitan's* requirement that one provincial court be faithful to the competent order of a sister judicial district, lies outside province Y and cannot be destroyed by its law. One can add then, applying *Ottawa Valley*, that Y cannot denigrate that right either by merely refusing to hear about it.

Basing itself upon the *Metropolitan* case, the Supreme Court of Canada could develop a full faith and credit doctrine and limit the extent to which provincial courts are free to refuse recognition and enforcement of sister-province judgments. A different, lower standard could be imposed using *Royal Bank of Canada* v *The King* for foreign country judgments. Applying *Metropolitan*, the court would need to assess the extent to which the principle could apply, interpreting when the rendering order was 'competent' and entitled to recognition and enforcement.

The arguments made here on the basis of *Metropolitan* are far reaching and it is entirely possible that the Supreme Court of Canada will step back from making such an extension to the case. One could plausibly distinguish the case from the usual recognition situation on the grounds that the Quebec case was ongoing at the time that the Manitoba action commenced. Underlying *Metropolitan,* though, is an acute understanding that arbitrary disregard by one provincial court of orders made by another could lead to a disruption of the national judicial system. That understanding would also seem to apply in many situations involving the recognition of foreign judgments.

b / May a province be prohibited from lending any weight to certain foreign judgments? The contrary problem in foreign judgments is the exceptional one of whether one province is constitutionally prevented from recognizing certain foreign judgments. In the US, the Supreme Court has decided that the recognition of a foreign judgment rendered without due process would itself violate due process. This principle is not one based on conflict of laws considerations, because implicitly there is *no* conflict when one jurisdiction renders a judgment and the other recognizes it. Rather, the problem is that the first judgment has failed to give a full and fair hearing to the party against whom the judgment has been rendered, and the recognition of such a judgment would preclude a full hearing by the recognizing court as well. The first judgment may lack 'due process' because the rendering court violated constitutional standards in subjecting the defendant to jurisdiction or because the defendant received inadequate notice or an arbitrary hearing. In Canada, the question of the 'fairness' of trial in a civil suit is wholly

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 51 1977

provincial. If province X renders a judgment against B in favour of A without any hearing, B has no constitutional cause for complaint. Y could likewise adopt the same method of trial, if it chose to do so, and therefore it is hard to see why Y could not recognize an X judgment using the same procedural methods Y might use. On the other hand, as has been argued above, X cannot always subject A to its jurisdiction. If B has not obtained personal jurisdiction over A in X, and the BNA Act would consider ultra vires any judgment by X against A, can Y recognize that judgment nevertheless, assuming that Y does have personal jurisdiction over A?

A related problem exists in choice of law: may province X, which we assume could apply its own law without violating the *Royal Bank* doctrine, apply the law of province Y, which could not apply its own law to that situation without violating the doctrine? The answer to both the choice of law and the recognition situations is indicated by *A-G Ont.* v *Scott*.[254] In *Scott*, Ontario and England enacted the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act. Elizabeth Scott had obtained an order from an English court for maintenance against her Canadian soldier husband, who was stationed in Ontario. The English court had no personal jurisdiction over the husband[255] but its order was not final and binding upon the reciprocating Ontario court. According to the Supreme Court, the Ontario court was 'not completing an operative foreign order ... [but was] making an original order of its own, the preliminary grounds and condition of which is a step taken elsewhere.'[256] However, the defences open to the husband before the Ontario court were limited to defences which he might have raised had he appeared before the English court.

The first thing to notice is that the English court order was not treated as a foreign judgment, and the Ontario court was not viewed as enforcing a foreign judgment. The act did provide for registration of orders made by courts of reciprocating states, but, in *Re Kenny*, it was held that that section did not apply unless the rendering court had jurisdiction over both parties.[257] In *Re Kenny*, the Ontario court of appeals ordered the registration of a British Columbia order expunged because the British Columbia court lacked jurisdiction over a defendant Ontario resident, who had not appeared in British Columbia. The Ontario Court of Appeals, concerned only with the interpretation of the Reciprocal Act, had held that jurisdiction in the rendering court was needed for there to be registration in Ontario. It did not ask whether Ontario could have enacted legislation to register a judgment rendered *without* such jurisdiction in the British Columbia court, and the Supreme Court avoided all comment on the validity of the registration

254 Supra note 130

255 Ibid, at 151; 442 (per Locke J); *Re Scott* [1954] O.R. 676, at 685; [1954] 4 D.L.R. 546, at 550–1 (Ont. C.A.)

256 Supra note 130 at 143–4; 438 (per Rand J); at 149; 440 (per Locke J); at 147; 447 (per Abbott J)

257 *Re Kenny* [1951] O.R. 153; [1951] 2 D.L.R. 98 (Ont. C.A.)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 52 1977

provisions.[258] The registration section has never been reviewed by the Supreme Court and, in view of the interpretation given to the statute, it is unlikely that a constitutional issue will be raised.

The issue raised in *Scott* was this: England had no legislative competence over the husband's rights. Ontario did. In dealing with those rights, was Ontario prevented from limiting the husband's defences to those established by English law?

Abbott J, writing for two justices, thought that 'it is clearly competent to any Province to determine for the purpose of a civil action brought in such Province, what evidence is to be accepted and what defences may be set up to such an action.'[259] In his view, Ontario was merely adopting a choice of law rule, and applying English law under section 92(14) of the British North America Act. Professor Laskin (as he then was) has pointed out that there is no question that under ordinary conflicts rules Ontario would apply its own law to determine defences available to the husband.[260] The problem then is whether Ontario had the power to select any law it wished to apply to rights existing within its borders.

Prima facie, a province would appear to be unlimited in its ability to fashion law applicable to rights within its borders, given that it has plenary power over internal property and civil rights.[261] The husband argued that, as the defences available in Ontario would be extended or limited by subsequent legislation in England, this amounted to an impermissible delegation of legislative authority. The Supreme Court rejected his submission, viewing the matter as one of Ontario's adopting or referring to English legislation rather than delegating power to legislate to the English parliament.[262]

The *Scott* case would appear to run counter to the US position for, just as the forum may not arbitrarily apply its domestic law to a matter over which it has insufficient interest, neither may it apply foreign law which has an insubstantial concern, even if the forum could have applied its own law. Notice that the US state might quite legitimately adopt a domestic law exactly similar to the foreign law chosen by its choice of law process; but the failure to apply domestic law, which should be applied, in favour of foreign law, which may not be applied, violates due process.

In purely domestic matters Canadian provinces may be as arbitrary as they wish, so long as they have jurisdiction over the subject-matter. Consequently,

258 *A-G Ont.* v *Scott*, supra note 130, at 150; 441 (per Locke J); at 146; 446 (per Abbott J)

259 Ibid, at 147; 447

260 *Scott* Comment, supra note 179, at 222–3

261 Supra note 130, at 143; 438 (per Rand J), citing *Hodge* v *The Queen* (1883) 9 App. Cas. 17, at 132

262 *Scott* Comment, supra note 179, at 218. Laskin goes one step further and questions why Ontario could not delegate rule-making authority to any body other than the dominion parliament. If he is right, then there could be no objection to a provincial choice of law reference to any law except federal law, so long as the *Royal Bank* principle were adhered to.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 53 1977

if a Canadian province can legitimately apply its own domestic law to a particular legal situation, then it is not limited in applying any other law, subject to the *caveat* that the application of such other law does not amount to a delegation of provincial authority. *Scott* does not seem to treat the latter situation as one likely to arise in most choice of law situations.

Now we can examine what happens when Ontario refers not to foreign law to apply to a legal right subject to its jurisdiction but rather to a foreign-court judgment. We suppose that the province could render a valid judgment of its own but instead chooses to rely upon a foreign judgment and to consider that it binds the parties before it. For example, is Ontario precluded in any way from recognizing and enforcing a British Columbia maintenance order, despite the fact that the rendering court was completely without personal jurisdiction over the person against whom it was rendered?

The answer to that question depends on which of two different situations are involved. If Ontario could legislate concerning the rights governed by the foreign judgment without violating the *Royal Bank* doctrine, then its adoption of the foreign judgment as its own would not appear to be any more ultra vires than its application of English law in *Scott*. It would appear to be of no concern whether or not the foreign jurisdiction had jurisdiction over the person or subject-matter involved in the underlying case, so long as Ontario's enforcement of the foreign judgment were not an impermissible delegation. Ontario would, of course, not lack constitutional jurisdiction over the person so long as the subject-matter fell within its powers.

If, on the other hand, Ontario would not legislate concerning the rights governed by the foreign judgment without violating the *Royal Bank* doctrine, different considerations are involved. Ontario may or may not have personal jurisdiction over the defendant or any of his property at the time when it is called to recognize the foreign judgment, and that may preclude recognition of a foreign judgment. Also, it may make a difference that the foreign jurisdiction had or lacked personal or subject-matter jurisdiction in the case.

Even if Ontario lacks legislative power over the rights governed by the foreign judgment, presumably its courts may continue to recognize and enforce any judgment which it could recognize and enforce at common law. However, can Ontario provide for such recognition and enforcement in situations in which those judgments would *not* be recognizable or enforceable at common law – if, for example, they lacked 'finality,'[263] or were rendered by a foreign court lacking 'jurisdiction in the international sense'?[264] To do so, moreover, must the recognizing court have jurisdiction over the defendant's person, or at least his property – or may the province

263 Eg, *Nouvian* v *Freeman* (1890) 15 App. Cas. 1 (H.L.); *Patton* v *Reed* [1972] 6 W.W.R. 208 (B.C.S.C.)

264 Read, *Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the Common Law Units of the British Commonwealth* (1938) 124. See *Sirdar Gurdyal Singh* v *Rajah of Faridkote* [1894] A.C. 670 (P.C.); *Frederick A. Jones, Inc* v *Toronto General Ins Co* [1933] O.R. 428; [1933] 2 D.L.R. 660 (Ont. C.A.).

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 54 1977

allow registration of the judgment, regardless of the lack of such judicial jurisdiction?

First, have the provinces acted within their powers in providing for registration of foreign judgments, even when they lack all subject-matter jurisdiction over the right governed by the foreign judgment or jurisdiction over the defendant's person or property? A similar issue arose in the United States, when registration was suggested for foreign money judgments.

> Attack on the constitutionality of a state law providing for registration of sister state judgments and the direct levy of execution thereupon would be based on traditional notions as to the nature of judgments and their relation to due process of law. It has always been taken for granted that a new judgment must be secured upon an old judgment before execution can be levied in a second state. The assumed reason for this position lay in the federal system of the United States, the separateness of the individual states and the idea that under this system a judgment of a state has the quality of a judgment only within the state where it was rendered, being elsewhere merely a cause of action.[265]

The counter-argument was that registration would not violate due process, because '[t]he subject debtor has had his notice and opportunity for hearing in the first state; [and] traditional practice has never permitted him to litigate anew defences that were available to him all along.'[266] Although Professor Leflar described the constitutional doubts as 'superficial,' the Commissioners on Uniform State Laws were quite clearly of the opinion that there must be something in the nature of a second judgment for there to be viable enforcement of the foreign judgment, and that in order for there to be such a judgment by the recognizing court it, too, must have personal jurisdiction over the defendant in order for the judgment against him to operate as a personal judgment.[267]

In Canada under the Reciprocal Enforcement of Judgments Act, registration may be made *ex parte*,[268] which means that the registering court need

265 Leflar, The new Uniform Foreign Judgments Act, (1949), 24 *N.Y.U.L. Rev.* 336, at 347–8

266 Ibid, at 346

267 National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, *Proceedings of Annual Conference* (1946) 247; Uniform Enforcement of Judgments Act, ss 4, 5, and 7, in 12 *Uniform Laws Annotated* (1975). The recognizing court may also render a judgment *quasi-in-rem* following registration. Uniform Enforcement of Judgments Act, ss 6 and 12.

268 Eg, Stats N.S. 1973, c 13, s (2). The defendant must have attorned to the jurisdiction of the original court or have been personally served with process within or without the territory of that court: s 3. See generally Recognition, supra note 233, at 136–7. Notice of registration must be served on the judgment debtor 'in the same manner as an originating notice is required to be served.' Stats N.S. 1973, c 13, s 8(1)(a). Within one month after having notice, the debtor may apply to have the registration set aside, which the court may do on any of the grounds which would have prevented registration originally: ss 4(5), 8(2). After registration, the judgment has the same force and effect as a judgment of the registering court, except that in the case of *ex parte* registration, no disposition of the debtor's property shall be made until the expiration of the period during which the judgment debtor may move to set aside registration: s 7(a).

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 55 1977

have no jurisdiction over the person or property of the debtor to register and thus create an effective local judgment against the debtor. While personal service or attornment in the original court is a prerequisite for registration, the registering court may refuse to permit registration to be set aside even if the original court lacked any jurisdictional nexus with the defendant. Read literally, the legislation authorizes the registering court to treat the registered foreign judgment as a local judgment even though neither the registering court nor the original court had jurisdiction over the debtor's person or property. Of course, registering courts are unlikely to treat the matter thus;[269] still, the possibility is there. The contention here is that such a result is constitutionally impermissible.

Under what circumstances may a province authorize the registration of a foreign judgment? When the province has jurisdiction over the subject-matter underlying the foreign judgment, then of course there is no problem. Similarly, if the foreign judgment can be called a 'civil right,' then presumably that foreign 'civil right' is a sufficient basis on which the Canadian province can found its own judgment. Whether a particular foreign judgment is such a 'civil right' would appear to be a matter of Canadian constitutional law, just as in the US the question as to whether the foreign court's judgment comports with 'due process' and can thus be recognized by a US court is a matter of US constitutional law. A Canadian province, itself lacking jurisdiction over the subject-matter and jurisdiction over the person or property of the defendant, surely cannot declare any piece of paper brought before its courts to be a good foreign judgment. It would appear that the rendering court must have a minimum degree of contact with the litigational situation before it can be made the basis of a local Canadian judgment.

Given that the foreign judgment meets minimal Canadian constitutional standards, it would not appear to be necessary for the recognizing court actually to have jurisdiction over the defendant's person or property in order to adopt that judgment as its own. The foreign judgment, as a foreign 'civil right,' can be imported into the jurisdiction and acted upon by the provincial courts either in personam or in rem, as authorized by the provincial legislature. This situation is in sharp contrast with that involved in local jurisdiction, where the inchoate claim of the plaintiff arising under foreign

269 But cf *Coopey* v *Coopey* (1961) 36 W.W.R. 332 (Alta S.C.), where the court enforced a final English maintenance order, despite the fact that the English court lacked jurisdiction in the international sense. See also *Summers* v *Summers* (1958) 13 D.L.R. (2d) 454 (Ont. H.C.) (final maintenance order obtained without personal jurisdiction over defendant but ancillary to valid divorce decree may be enforced). In general, the courts have held that, under the Reciprocal Enforcement of Maintenance Orders Act, they take cognizance of only foreign provisional, and not final, orders rendered without such jurisdiction. *A-G B.C.* v *Buschkewitz* [1971] 3 W.W.R. 17 (B.C. Co. Ct.); *Re Kenny*, supra note 257. If provincially authorized, however, the result in *Coopey* might not have been ultra vires, as the defendant was subject to Alberta judicial jurisdiction and Alberta could arguably have adopted any English judgment as its own since it could apply its own law to affect the defendant's rights. See *Scott* Comment, supra note 179, at 222–3.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 56 1977

law cannot be the basis for world-wide jurisdiction over the defendant. But once that claim is reduced to a recognizable foreign judgment, it would appear to be a sufficient basis for the province to render its own judgment, regardless of the absence of the defendant.

If the foreign court lacks minimal contacts and yet renders a judgment, may the Canadian province authorize a recognition of the judgment, merely because the province has personal jurisdiction over the defendant? Surely not, unless personal jurisdiction over the defendant is a sufficient reason to say that the right to be affected by the judgment becomes a right 'within the province,' in terms of *Scott* and *Royal Bank*. Lacking minimal contacts, the foreign court's judgment is not the embodiment of any rights, and therefore the case should be treated exactly like a case in which the foreign judgment did not exist.

Finally, suppose that the foreign court has personal jurisdiction over the defendant, but applies its own law in rendering judgment in a situation which would violate *Royal Bank* if the foreign court were a Canadian province. Assume further that the recognizing province has personal jurisdiction over the defendant but could neither apply its own law nor the law of the foreign jurisdiction to the particular case. The 'proper law,' in other words, is that of a third jurisdiction. The answer is less clear-cut than the proceeding ones, where the lack of any minimal contacts between the foreign court and the litigation meant that the court lacked both jurisdiction over the person and any reasonable connection with the subject-matter. Where there is personal jurisdiction in the foreign court, the common law tradition has been not to look to the substance of the judgment,[270] unless there is a violation of natural justice.[271] If the original court were a Canadian provincial court, and its judgment were a violation of the *Royal Bank* principle, then it would be hard to see the Supreme Court's permitting the recognition and enforcement of such a judgment by another province. On the other hand, if the foreign judgment were one from another country, and, given that the *Royal Bank* principle is not applicable to sovereign nations, it might well be within provincial power to recognize such judgments. *Quaere*, however, if the foreign judgment rose to the level of a violation of international law.[272]

In conclusion, provincial recognition of foreign judgments would not appear to be greatly limited by the BNA Act. To the extent that the provinces may apply its own law to a particular claim, it is in no way limited in its power to recognize foreign judgments with respect to that claim, regardless of the basis upon which that foreign judgment has been rendered. When the

270 Eg, *Godard* v *Gray* (1870) L.R. 6 Q.B. 139; 24 L.T. 89

271 Eg, *Gray (orse. Formosa)* v *Formosa* [1963] p. 259; [1962] 3 W.L.R. 1246 (C.A.); *Burchell* v *Burchell* (1926) 58 O.L.R. 515; [1926] 2 D.L.R. 595

272 La Forest, May the provinces legislate in violation of international law? (1961), 39 *Can. Bar Rev.* 78 (provinces may not legislate in violation of international law); Vanek, Is international law part of the law of Canada? (1949–50), 8 *U.T.L.J.* 251 (neither dominion nor provinces may so legislate).

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 57 1977

province could not apply its own law to that claim under the *Royal Bank* principle, then it is probably limited to some degree in the foreign judgments which it may recognize. Of course it may continue to recognize foreign judgments under the common law or pre-Confederation law, as federal law has done nothing to change them. It may not, however, recognize a foreign judgment rendered by a court which did not have enough minimum contacts with the litigational situation to make that judgment a genuine right in the party asking for it to be recognized and divesting the losing party of the rights of defence which he would normally have under the law which should properly be applied to the underlying cause of action. Any other rule would seriously undermine the *Royal Bank* doctrine, because the recognizing province would be unlimited in its ability in calling just about anything a 'good foreign judgment.' This limitation applies whether or not the recognizing province has judicial jurisdiction over the person or property of the defendant in the enforcement action.

The difficult case is the situation where the foreign court had good jurisdiction over the person of the defendant but no connection with the underlying cause of action, and applied its own law arbitrarily to resolve the legal questions in the action. If the foreign court is a Canadian province, it would be hard to believe that the Supreme Court would permit another Canadian province to recognize a judgment which violated the *Royal Bank* principle. On the other hand, if the foreign court is a tribunal in a sovereign state, which is unhampered by that principle, conceivably a different rule would apply, given the ordinary reluctance of courts to look behind foreign judgments. Even if the province required recognition of such a judgment, it is, however, conceivable that the Supreme Court would prohibit such recognition.

E CHOICE OF LAW

In view of the discussion above, the situation of choice of law will not require much by way of added detail. The *Royal Bank* case demonstrates what *Home Ins Co* v *Dick*[273] did in the US context: that when the connection between a province and a particular legal situation becomes too attenuated, the province will not be permitted to apply its law, even though its courts are the forum for the litigation. That principle is supported by the *Ottawa Valley* case and a number of others.[274] *A-G Ont.* v *Scott* suggests a proposition which is contrary to US law: where a province may apply its own law to a particular legal situation, it has the power to apply any foreign law it may choose, even one which has no connection with the particular litigation.

273 Supra note 66

274 *CPR* v *Workmen's Compensation Board* [1920] A.C. 184; [1919] 3 W.W.R. 167 (P.C.); *CPR* v *Parent* [1917] A.C. 195; 33 D.L.R. 12 (P.C.); *Gray* v *Kerslake* [1958] S.C.R. 3, at 18; (1957), 11 D.L.R. (2d) 225, at 233 (Locke J, concurring); *Desharnais* v *CPR* [1942] 4 D.L.R. 605; [1942] 3 W.W.R. 594 (Sask. C.A.)

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 58 1977

The most important case in this area is the recent one of *Interprovincial Cooperatives Ltd* v *The Queen*, which has been dealt with at some length in an earlier article.[275] Companies in Saskatchewan and Ontario polluted rivers which ran into Manitoba and prevented commercial fishing in rivers there. Manitoba enacted legislation to permit class actions against all polluters and, *inter alia*, cut off any defences which those polluters might have. At common law, the polluters could show that their acts were licensed by the provinces in which they acted, but not so under the Manitoba legislation, which specifically prevented such a defence.

The Supreme Court of Canada split three ways, with judgments being written by Laskin CJ for three justices, Pigeon J for three justices, and Ritchie J for himself. Ritchie J agreed in result with Pigeon J but emphatically rejected the latter's approach.

At the risk of gross oversimplification, the judgments held as follows. Laskin CJ, dissenting, would have held the Manitoba legislation intra vires, based primarily on the fact that Manitoba, as the forum and place of injury, had a predominant interest in applying its own law. As 'Manitoba law is applicable to redress the injury suffered in that Province, [there can be no] constitutional infirmity in its imposition of liability merely because the cause of the damage arose outside Manitoba ... or because Manitoba refuses to recognize within Manitoba the lawfulness of the discharge of pollutant outside Manitoba.'[276]

Pigeon J felt that the matter of constitutional legislative authority could not be settled by whether Manitoba law might be the 'proper law' in a civil tort suit. Saskatchewan and Ontario could not license polluting so as to preclude a legal remedy for those injured in Manitoba, but at the same time Manitoba could not regulate any amount of polluting, regardless of how minimal, in other provinces, which might cause injury within its borders.[277] Manitoba plaintiffs would be relegated to remedies at common law or under federal legislation.

Ritchie J thought that one had to begin with *Phillips* v *Eyre* to find the applicable law.[278] Damage within Manitoba might be a sufficient basis for founding local jurisdiction, but Saskatchewan and Ontario law had to be looked to as well to determine whether the defendants' acts could be considered civil wrongs at all. If the defendants were licensed under the law of those provinces, this gave rise to a 'civil right' which had to be recognized in Manitoba, or else there would be a violation of the *Royal Bank* principle.[279]

To a certain degree, each of the positions taken is objectionable because each could lead to unacceptable results. Ritchie J seemed to feel that, in cases that could be characterized as involving tort, the common law rule of *Phillips* v *Eyre* would control the constitutional ability of the province in which

275 Hertz, supra note 135, and text at note 152
276 Supra note 136, at 271–2; 349
277 Ibid, at 240–2; 356–7, 358–9
278 Ibid, at 248; 347
279 Ibid, at 250; 348

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 59 1977

damage was suffered to impose liability on acts in other provinces which caused that damage. In *Interprovincial*, this meant that the 'rights' of the defendants to pollute under the laws of Ontario and Saskatchewan could not be destroyed by Manitoba legislation. Such a rule, however, would mean that every province could protect its own residents from suit elsewhere, even if the acts of those residents were directed intentionally to injure persons in other provinces. Moreover, this would mean that if every province except one enacted laws imposing strict liability on manufacturers, those laws would not apply to manufacturers operating in that province, even if the whole of their production were exported to the rest of Canada. Even worse, it would mean that if Manitobans went to Ontario and then committed an 'interprovincial tort' upon other Manitobans, they could escape the law of Manitoba if the act was 'justifiable' under Ontario law. In sum, application of the rule in *Phillips* v *Eyre* in the constitutional domain would prevent provinces from controlling acts of their own residents, even when entirely directed at their home provinces, and would also prevent provinces from imposing higher standards of care upon actors causing damage in one province even though they acted in another, without taking into account the interests of the province where the act took place of protecting the actor.

Laskin CJ seemed to intimate that if a tort could be said to have 'occurred' in one province in the common law sense, then that was a sufficient basis for permitting that province to legislate with respect to all the aspects of the tort. In particular, in *Interprovincial* he was apparently focussing on the fact that damage occurred in Manitoba. It would be most unfortunate to have that one factor, damage, be given such an overriding weight. In many situations, the fact that there is damage may be the least important consideration in deciding which law to apply. For example, if A defames B in Ontario, and Ontario has decided to abolish the law of defamation in order to encourage free speech, while Manitoba has decided to eliminate all defences in defamation, it would be highly detrimental to matters internal to Ontario if Manitoba should apply its law of defamation, merely because a few people in Manitoba might hear the defamatory words. The words have very little to do with Manitoba, and the fact that one can say that there was 'publication' there would not appear to be of critical importance. In *Interprovincial*, it was only assumed that the defendants might be protected by Ontario and Saskatchewan law. But there was no attempt to assess what kind of protection was given, and that should surely have had some bearing on the problem.

Pigeon J, finally, came to the same conclusion as Ritchie J, but by a different and perhaps far more sweeping method. For him, it appears that when a matter can be said to be 'interprovincial,' provincial law is not applied at all. We apply federal law, if it is applicable, or else we fall back on common law. This means that we take into account neither the statute law where the act took place nor the statute law where the damage occurred. What will happen if both statute laws agree is not expressed; presumably he would not

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 60 1977

fall back on the rule in *Phillips* v *Eyre*, because, if he would, he should have done the same in *Interprovincial* as well. This would mean that, even if Ontario and Manitoba both agreed that domestic polluters should be able to raise no defences, interprovincial polluters could only be brought to justice under common law nuisance and negligence. In addition, Pigeon J's analysis does not tell us when a matter can be said to be 'interprovincial.' If two Manitobans go to Saskatchewan to enter into a contract involving matters wholly domestic to Manitoba, then surely Manitoba may apply its law to that contract, even though it is, strictly speaking, extraprovincial. Similarly, if a Manitoban crosses the border to Ontario, in which he pollutes a stream which flows directly into Manitoba, there is no real reason why Manitoba should not apply its law. The interests of Ontario are in no way affected by Manitoba's regulation of the problem, and it seems pointless to permit the Manitoban to escape Manitoba law merely by crossing a border.

There can be no doubt that provincial choice of law is regulated by the BNA Act. The problem is the degree to which it is so regulated. Let us assume that a particular legal issue would be ordinarily determined by the common law of province B under common law choice of law principles. For Pigeon J, that fact alone is insufficient reason to permit province B to modify the substantive content of its domestic law and automatically have that modified law apply. Laskin CJ, on the other hand, seems to believe that a province may apply its statute law to rights which would be otherwise regulated by its domestic common law. His analysis does not exclude the possibility that a province could modify its choice of law principles by statute as well, but he seems willing at the least to empower a province to apply its statute law in any situation where its common law would apply under common law choice of law principles.

In the final analysis, it would appear that Pigeon J is correct in divorcing the constitutional issue from the parameters set by common law. Constitutional limitations on provincial power should not be regulated by the historical distinctions of common law conflict of laws, which in any event are in the process of rapid metamorphosis. On the other hand, Pigeon J's denial to Manitoba of the right to regulate liability for damage occurring within its borders appears to limit provincial power too much. But if the common law is not the test for deciding how a province may apply its statute law, what should that test be?

Imperial Life Assurance Co v *Colmenares*[280] is a good vehicle for examining this problem. While resident in Cuba, Colmenares took out life insurance policies through the Cuban branch office of the defendant company, which had its headquarters in Ontario. All payments to or by the company were required by contract to be made in US dollars drawn on a New York bank. Subsequently, the insured moved to the US and applied for the dollar surrender value of the policies. The company refused to discharge its

280 *Imperial Life Assurance Co* v *Colmenares* [1967] S.C.R. 443; 62 D.L.R. (2d) 138

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 61 1977

contractual obligation on the ground that a Cuban foreign exchange law, enacted subsequent to the issuance of the policies, prohibited payment of obligations otherwise than by Cuban currency in Cuba.

To decide whether the company was relieved of its contractual obligation because of illegality under Cuban law, the Supreme Court of Canada proceeded by asking whether the 'proper law' of the insurance policy was the law of Cuba or Ontario. Since it found that the law of Ontario was the proper law, the Cuban law would not be applied by the Ontario court.[281] Presumably, the finding that the 'proper law' was that of Cuba would have forced the application of Cuban law, unless the court found that Cuban law violated Ontario public policy and would not be applied on that ground.

Counsel for Colmenares submitted that even if, *arguendo*, the 'proper law' of the policy was the law of Cuba, the option to take the surrender value of the policy should be treated as an irrevocable offer accepted in Ontario and thus governed by Ontario law, even if the remainder of the policy were not. The court rejected this view, finding 'nothing in the circumstances of the present case to support the unprecedented proposition that the proper law of a continuing contract can shift from time to time.'[282] The court's decision on the preceding point follows the Anglo-Canadian 'proper law of the contract' formula. US authorities, on the other hand, have tended in recent years to treat each choice of law issue separately, without requiring all issues involving a contract to be governed by a monolithic 'proper law.'[283] The latter approach would appear to be an ideal starting point for looking at constitutional matters.

Let us suppose that Cuba, Ontario, and New York in *Colmenares* are all Canadian provinces and that New York, which we shall assume to be the place of payment as well as the situs of the bank on which payment is drawn, enacts a law subjecting all surrender of insurance policies to particular statutory requirements. The insurer fails to meet these requirements and an action is brought against it in New York.

The 'proper law' of the policy is admittedly the law of Cuba or Ontario, but the issue is whether New York, consistent with the *Royal Bank* doctrine, can apply its statute to late payment on surrender of the policy. By interpreting a local New York statute as even applying to the policy in *Colmenares*, one has already started down the path towards finding that New York has a legitimate concern in legislating with respect to any insurance policy surrendered in New York. As for the constitutional issue, one must likewise examine the relation between the reasons why parties might choose a particular place for insurance payments and the purposes behind the New York law. If the New

281 Since Cuba was not the place of performance of the obligation, illegality under Cuban law would not bar performance under the principle of *Ralli Bros* v *Compania Naviera Sota y Azar* [1920] 2 K.B. 287 (C.A.).

282 Supra note 280 at 499; 144; rejecting *Varas* v *Crown Life Ins Co* (1964) 204 Pa. Super. 176; 203 A. (2d) 505, cert. denied (1965), 382 U.S. 827; 86 S.Ct. 62

283 Restatement, supra note 48, s 188(1), comment d

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 62 1977

York law designed to make insurance surrender payments proceed more easily – for instance, by requiring the insurer to meet reasonable deadlines subject to certain penalties for failing to do so – the law might be well within New York's powers, being directed to the act of payment, a 'civil right' within New York. If, on the other hand, the New York law attempted to denude the insurer of all contractual defences against payment, that would surely go too far in affecting the substance of the contractual arrangement, with which New York has no real contact, rather than the act of payment, with which it does. This analysis shows that the locus of the common law 'proper law' of the insurance policy has little to do with New York's ability to legislate with respect to certain issues involving the contract. Put another way, some 'right' under the contract can be said to exist in New York, even if the 'proper law' of the contract is not New York law.

On the other hand, New York would not have the *exclusive* power to regulate the means or mode of payment under the policy. This emerges by analogy from *Desharnais* v *CPR*,[284] in which the plaintiff Alberta employees brought an action against their Alberta employer for injuries received while working in Saskatchewan. In a situation remarkably similar to *Pacific Employers*[285] before the US Supreme Court, the Saskatchewan court held that the Alberta Workmen's Compensation Act could not deprive the plaintiffs 'of civil rights secured to them by the laws of Saskatchewan.' The court distinguished *CPR* v *Workmen's Compensation Board*[286] which had upheld the application of a British Columbia Workmen's Compensation Act to the deaths of British Columbia employees on the high seas. British Columbia could legitimately apply its law to the regulation of contractual matters between British Columbia employers and employees. While in *Desharnais* Alberta could do likewise, Saskatchewan was also permitted to regulate the same matter between the same parties because it involved a tort in Saskatchewan. A 'right' within the province may, for the purposes of section 92(13), have only one situs, but a particular legal situation may fairly be said to involve many different kinds of rights. Some of those 'rights' may be dealt with by one province and some by another, but both provinces may be able to regulate the particular legal issue by virtue of the 'rights' which they control. Thus, in our *Colmenares* example, New York might be able to regulate the means of payment under the policy by virtue of its connection with that aspect of the insurance relation, while Cuba and Ontario might be able to regulate the means of payment because of their generally close connection with the entire contract.

The converse should also be true. The fact that the 'proper law' of a contract may be the law of a particular place for common law purposes does not necessarily mean that that place should be able to regulate all aspects of

284 Supra note 274
285 Supra note 97; see text accompanying notes 99–102, supra.
286 Supra note 274

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 63 1977

the contract. For instance, if New York had been selected as the 'proper law' of the policy in *Colmenares*, should New York (viewing it again as a Canadian province) be authorized either to void the policy or to require the insurer to pay a large penalty to the insured because the insurer has failed to register under the New York companies act? The selection of New York law by the parties may have been solely to facilitate interpretation of the contract. That feature alone is hardly a sufficient foundation for New York to take complete control of all aspects of the relation. If we suppose that the London lenders and the Montreal bank in *Royal Bank of Canada* v *The King* could not settle on either English or Quebec law to settle interpretation of their contract and had chosen Alberta law as a compromise, one would still have expected the case to come out the way that it did, because the Alberta law in question was *ex post facto* and completely undermined the rationale for the particular contract involved.

The constitutional question is whether local law can affect legal issues which are not entirely connected with economic and social life in that local community. It is unrealistic to look at common law choice of law, which seeks a 'proper law' applicable to all 'contract' issues in order to lend certainty to contractual arrangements, and have the problem of constitutional power rise or fall on the outcome of the common law policy. The common law doctrine is closely related to the expectations of contracting parties, but the constitutional problem is far more related to the clash of governmental interests between different jurisdictions. To solve the constitutional problem, one must examine the issue – payment under a contract, for example – and ask whether the local law bears a sufficient connection to that issue to merit application.

The problem cannot, however, be examined merely from the local point of view without examining the competing interests of other jurisdictions. In *Interprovincial Co-operatives Ltd* v *The Queen*,[287] Manitoba attempted to impose stringent obligations upon corporate operations in Saskatchewan and Ontario, refusing recognition to any defences available because of licensing by those provinces. Potentially there was a conflict in the purposes behind the rules in Manitoba and those in the other provinces. Manitoba's rule was designed to halt pollution and protect its fishing industry, while the other provinces may have been authorizing pollution as a necessary cost of industrial development. All of the Supreme Court justices seemed to assume that they must treat that potential conflict as a real one. However, Ontario submitted a factum in support of Manitoba's position,[288] indicating that there was no genuine conflict between those two provinces. That fact should have been important in deciding the case.

In a case like *Interprovincial*, one should not view the legislation of one province in a void, without examining the need, if any there be, to accom-

287 Supra note 136
288 Ibid, at 253; 324

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 64 1977

modate the interests of other provinces. If Ontario's pollution law were identical to Manitoba's, it would be nonsensical to deny Manitoba the right to apply its law to Ontario polluters causing damage in Manitoba. Likewise, even if Ontario's law is not the same, application of Manitoba's law should be acceptable if it makes no substantial inroads on Ontario's policies. For example, if Ontario permitted pollution merely because its legislature had yet to come up with statutory changes to the common law, Manitoba's imposition of stricter standards might not be viewed as conflicting with Ontario policy. On the other hand, if Ontario had specifically authorized the pollution as a necessary evil for enhancing industrialization, the actual decision in *Interprovincial* could be justified, since in a true conflict between provincial interests the Supreme Court could rightly favour leaving the resolution of the matter to the federal parliament. But the extent to which Manitoba should be permitted to apply its law ought not to be made without asking if there were a conflict at all.

The views expressed here diverge from the US position,[289] but that divergence would appear justified by the differences between the US and Canadian constitutions. The US Supreme Court through the fourteenth amendment can control the substance of state law, even when that law is wholly domestic. Therefore, that Court can permit each state to legislate with respect to particular problems so long as the state has a minimal connection with the issue. The court is not particularly interested in the clash of interests between the states. Rather, it seeks to make the substance of law conform to particular national standards of fairness. If *Royal Bank of Canada* v *The King* were a US case, the US Supreme Court might well have decided that Alberta could affect the dispositions of funds deposited in Edmonton to some degree, even if that affected the interests of Quebec. At the same time, it would strike down the particular statute as a deprivation of property without due process of law, because it violated a national standard of fairness. But the fact that one state has a more substantial interest in a particular case does not prevent another, less concerned, state from legislating so long as minimal standards are met.

The Supreme Court of Canada, on the other hand, cannot deal with the substance of provincial laws. Yet it faces the same sort of problems as does the US Supreme Court. In some instances, provincial interests clash, even though the concern of each province is legitimate. In other instances, the clashing law of one province appears to be wholly outside the mainstream of Canadian tradition. *Desharnais* is an example of the first type of case and *Royal Bank* an example of the second.

There would appear to be three solutions to the problem:

1 Pigeon J's approach in *Interprovincial*, which tends to take all but the situations clearly localized in one province or another out of provincial hands and gives the regulatory power to the federal government. Thus,

289 See text accompanying note 107, supra.

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 65 1977

even if there is no real conflict between provincial interests, the forum may not apply local provincial law outside of truly localized situations. This solution obviates any need for examining provincial interests and it subordinates provincial power to federal power.

2 Laskin CJ's solution in *Interprovincial*, which tends to uphold provincial legislation whenever certain minimal contracts exist between the province and the legal situation. This approach centres a great deal of power in the hands of the provinces and does not seem to allow any means of dealing with extreme provincial laws. If damage within Manitoba is sufficient grounds for Manitoba to impose liability upon one who has caused foreseeable damage within Manitoba, may Manitoba impose liability on an Ontario company which ceases to do business with a Manitoba company in favour of an Ontario company, even though it can plainly foresee that the Manitoba company will become insolvent? The minimal criteria of foreseeable damage is there, but that factor is surely not enough. Once again, this approach avoids any need to examine conflicts between provincial laws.

3 An intermediary solution, which focusses on the clash of interests. Where there is no real clash of interests, and the forum province meets minimal contact requirements with the legal situation, then it may apply its own law. As the clash between interests becomes ever more severe, the court requires the legal situation to be ever more centered on the forum province for local law to be applied. The court will, *sub silentio*, probably be more inclined to find a given situation to be insufficiently localized to permit local statutes to apply when those statutes shock its sense of justice. To what degree this factor plays a part will depend upon the degree to which the court wishes to use a limitation on section 92 as an indirect way of controlling the substantive content of provincial law. The court has been inclined to find federal-provincial conflicts in order to strike down provincial law.[290] The substantive content of provincial law presumably influenced the outcomes in *Royal Bank* and *Interprovincial* as well. Yet even if one makes no value judgment as to the substantive content of the laws involved, examining a situation to see whether there is a conflict of interests leaves provincial power operative in many more situations than Pigeon J's approach permits. At the same time, depending on how localized one requires a situation to be for the law of one province to govern a situation in which the laws of other provinces conflict, there is room for shifting situations of conflict to the federal theatre. Chief Justice Laskin's solution is to allow local rules to govern, so long as there is a minimal contact with the controversy. Although that method may work in

290 *Switzman* v *Elbling and A-G Que.* [1957] S.C.R. 285; 7 D.L.R. (2d) 337 (Quebec 'padlock law' conflicted with federal power over criminal laws); *Atlas Lumber Co* v *A-G Alta. and Winstanley*, supra note 40 (Alberta moratorium legislation conflicted with federal power over interest).

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 66 1977

the US where national standards of domestic law are imposed by the constitution, it works far less happily in a system where the substantive content of law is unreviewable.

4 Conclusion

In a federal state, like Canada, in order to attain the common good, the courts should recognise and accomodate the differing rules of law of the several provinces ... No forum province should be allowed always to effectuate its policies by applying its own laws to *all* the cases that arise out of interprovincial transactions or events. In a federal system competing provincial interests in conflict of laws cases must be evaluated in the light of the national objective of interprovincial harmony.[291]

The tendency among courts – and particularly the unifying Supreme Court – may well be to politicize the 'conflict of laws ... in order to serve the interests of the federation on the interprovincial level and the interests of Canada on the international level.'[292] However, if the provinces are also not required to adhere to a minimum constitutional policy of accommodation, any judicial fostering of accommodation can be undermined by selfish localism. In the US, it has long been recognized that the central government, even though it has the power to act, is not inclined to interfere in the conflicts area. Constraints on local power over jurisdiction, recognition of foreign judgments, and choice of law have developed through judicial interpretation of the constitution. In a nutshell, that development has seen a loosening of limitations over local jurisdictional reach and choice of law, in favour of an ever stronger and more binding rule on full faith and credit owed to judgments. But that development is contingent on the ability of the US Supreme Court to exercise direct control over the substance of local laws and to impose a national standard on domestic legislation. The individual is saved harmless from the conflicting orders of two states by the full faith and credit clause; on the other hand, no state can render a judgment which does not conform to national notions of fairness as to procedure and substantive content.

In Canada, it is also unlikely that parliament will inject itself into a regulation of the private conflicts area. The Supreme Court has no direct review over the substance of provincial law, and the existence of any notions of full faith and credit are only suggested by the *Metropolitan* case. The Supreme Court would doubtless find it difficult to require one province to recognize the judgment of another province where the cause of action severely contradicted and affected the policies of the recognizing province. That problem is multiplied because the court has no direct control over the content of the original cause of action and cannot assure that a local judgment meets traditional notions of justice in its procedure or substantive content.

291 Castel, supra note 234, at 200 292 Ibid

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 67 1977

Faced with this dilemma, the Supreme Court of Canada will have to tread with care. A doctrine of full faith and credit will be needed, but only to insure that one province does not arbitrarily refuse recognition to judgments over which it has no legitimate concern. On the other hand the jurisdictional reach of provincial courts and legislatures will need to be tempered to prevent conflict between provinces and, particularly, to avoid the injustice of a defendant having to obey the contradictory orders of two provinces where full faith and credit cannot operate.

In sum, Canada has had a very weak policy of constitutional concern with the conflict of laws, although that policy certainly exists.[293] In extreme cases, the courts have stepped in and undercut unacceptable attempts by one province to disregard the interests of its neighbours or the general interests of Canada in the international sphere. *Royal Bank*, *Ottawa Valley*, and *Metropolitan* can all be cited for that broad proposition. The problem, of course, is to decide where the lines should be drawn; *Interprovincial* is one of those borderline situations where control might well have been unneeded. In the end, though, the policy of accommodation of interests in a multi-jurisdictional nation can only be solved by having some institution act as a regulator. When the provinces do not exercise self-restraint, and the federal government will not act, the task will of necessity fall to the Supreme Court through interpretation of the BNA Act.

293 Ibid, at 201

RAYMOND & HONSBERGER

BARRISTERS & SOLICITORS

85 Richmond Street West Toronto, Ont. M5H 2C9

Telephone (416) 366–3726

W. B. RAYMOND, K.C. (1885–1945)
JOHN D. HONSBERGER, Q.C.
R. BROWNING WATT
H. STANLEY HONSBERGER, Q.C.
SIEGFRIED R. QUICKERT
ALINE C. GRENON

HeinOnline -- 27 U. Toronto L.J. 68 1977