

ФЕДЕРАЛЬНОЕ АГЕНТСТВО ПО ОБРАЗОВАНИЮ
ГОСУДАРСТВЕННОЕ ОБРАЗОВАТЕЛЬНОЕ УЧРЕЖДЕНИЕ
ВЫСШЕГО ПРОФЕССИОНАЛЬНОГО ОБРАЗОВАНИЯ
«ТОМСКИЙ ГОСУДАРСТВЕННЫЙ УНИВЕРСИТЕТ»

**ПРАВОВЫЕ ПРОБЛЕМЫ
УКРЕПЛЕНИЯ
РОССИЙСКОЙ
ГОСУДАРСТВЕННОСТИ**

Часть 43



ИЗДАТЕЛЬСТВО ТОМСКОГО УНИВЕРСИТЕТА
2009

Не умаляя значения деятельности руководства Совета Европы в сфере обеспечения демократии, защиты прав человека и гармонизации законодательства стран – участниц Совета Европы, следует признать на данный момент ведущую роль в тандеме двух общеевропейских организаций институтов Европейского Союза. Уже с 1975 г., после учреждения Комитета регионов ЕЭС и так называемых структурных фондов Общего рынка, от 5 до 10 % средств этих фондов направлялось *de jure* на трансграничную деятельность. Единый европейский акт 1986 г. под давлением председателя тогдашней Комиссии ЕЭС Жака Делара прокламировал существенную «дефункционализацию» границ – в пользу четырех «свобод движения» (товаров, индивидов, капитала и услуг). С началом 1990-х гг. особое значение приобретают так называемые программы-инициативы Сообществ (INTERREG-I (1990–1994), INTERREG-II (1994–1999), INTERREG-III (2000–2006)). Целью нового направления с 2007 г. становится так называемая конвергенция Фонда сплочения, Европейского фонда регионального развития и Европейского социального фонда в разработке трех приоритетов этих фондов.

К ВОПРОСУ О КОНСТИТУЦИОННОСТИ ИНОСТРАННОГО ЗАКОНА: ТЕОРЕТИЧЕСКИЕ АСПЕКТЫ

А.М. Кальяк

В юридической доктрине указанный в названии вопрос затрагивается в аспекте международного частного права, а именно: проблема рассматривается с позиции *возможности* решения вопроса о конституционности иностранного закона при его применении отечественным судом.

Так, французские ученые Нибуайе и Ж. Мори считают, что можно 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, т. е. совершить чисто интеллектуальную операцию¹.

Исходя из этого, В.Л. Толстых предлагает свой вариант решения вопроса. Поскольку судья должен применять иностранное право так же, как оно применяется в иностранном государстве, то если в иностранном

¹ См.: Толстых В.Л. Международное частное право: коллизийное регулирование. СПб., 2004. С. 285.

государстве суд решает вопрос о неконституционности закона, и наш суд вправе поступить так же. Но если конституция воспринимается как обычный источник права, то данный вопрос решается так же, как и вопрос о соотношении двух обычных законов иностранного государства. 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. В этом случае отечественный суд все же применяет спорный закон, потому что процессуальные возможности устранения его действия отсутствуют. Но далее следует уточнение: как правило, неконституционность иностранного закона влечет применение оговорки о публичном порядке, что снимает проблему¹.

Как представляется, последнее утверждение изменяет ракурс, с которого рассматривается вопрос. Противоречие публичному порядку – это противоречие результата применения иностранного закона основам *отечественного* правопорядка (ст. 1193 Гражданского кодекса РФ²).

Как представляется, оценка иностранного закона, подлежащего применению в деле, отечественным правоприменителем на соответствие Конституции РФ может быть опосредованной именно при применении *оговорки о публичном порядке*, поскольку в содержание публичного порядка включаются и принципы, закрепленные в Конституции³. Поэтому применение оговорки о публичном порядке превращается в институт, напоминающий децентрализованный конституционный контроль, что не предусматривается отечественным законодательством. При этом правовые последствия для иностранного закона будут принципиально иными. Однако цели реализации данных институтов являются несколько схожими: оговорка о публичном порядке рассматривается как последний рубеж на пути применения иностранного закона, «дефектного» с точки зрения основ отечественного права, а конституционный контроль направлен на защиту прав человека и гражданина, под-

¹ Толстых В.Л. Международное частное право: коллизийное регулирование. СПб., 2004. С. 286.

² См.: *Собрание законодательства РФ*. 2001. № 49. Ст. 4552.

³ См., например: Крохалев С. Применение оговорки о публичном порядке в судебной практике // *Арбитражный и гражданский процесс*. 2003. № 4; Афанасьев Д.В. Нарушение публичного порядка как основание признания сделки недействительной в российском и зарубежном праве // *Недействительность в гражданском праве: проблемы, тенденции, практика* / Отв. ред. М.А. Рожкова. М.: Статут, 2006.

держание должной работы государственного механизма и т. п., т. е. те положения, которые можно рассматривать в качестве важных основ отечественного права.

НЕРЧИНСКИЙ МИРНЫЙ ДОГОВОР 1689 г. О ПРАВОВОМ РЕГУЛИРОВАНИИ ТОРГОВО-ЭКОНОМИЧЕСКИХ ОТНОШЕНИЙ МЕЖДУ РОССИЕЙ И КИТАЕМ

А.В. Даньшин

Заключенный 27 августа (6 сентября) 1689 г. Нерчинский мирный договор о границах и условиях торговли явился не только первым договором между Россией и Китаем, но также первым договором Китая в торговых отношениях с европейскими странами. Его подписанию предшествовал ряд официальных шагов российской стороны по установлению прямых торговых связей между двумя странами. Первым таким шагом явилось направление в Китай в 1652 г. посольства, глава которого по указу царя Алексея Михайловича отправился в Пекин «проезжать, какие товары в Китайском царстве покупать и какие товары в Китайское царство посылать годятца, и на сколько рублей таких товаров доведетца послать... и торг впредь прочен ли будет, и часть ли немалые прибыли». Однако после отказа исполнить унижительные для российского посланника церемониальные обряды посольство лишилось возможности продать в Пекине свой товар. Более удачным оказалось российское посольство во главе с бухарским купцом Сейткулом Аблиным, личная аудиенция которого с китайским императором завершилась беспошлинной продажей привезенных из России товаров. Российская казна получила от этой торговой операции почти 300% чистой прибыли. В правительственных торговых кругах России утвердилось мнение о перспективности торговли с Китаем.

Правовые основы для такой торговли были заложены в двух заключительных статьях подписанного будущим первым кавалером ордена Андрея Первозванного Ф.А. Головиным (1650–1706) Нерчинского договора, по условиям которого подданным одного государства, имевшим при себе официальные «проезжие грамоты», разрешался свободный въезд на территорию другого с целью свободной покупки и продажи там любых товаров, а также гарантировалось беспрепятственное возвращение на свою родину (ст. 5). Если же торговый человек совершал на территории другого государства преступление, он должен был быть передан своим пограничным воеводам, которые обязаны были его сурово наказать, а в случае совершения преступления группой лиц подверг-