

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ И ГРАЖДАНСКОЕ ПРАВО

Сверхимперативные нормы: различные теории, объясняющие механизм их применения (Часть II)

*Асосков А.В.**

В статье рассматриваются различные теории, которые были предложены в западноевропейской литературе для объяснения института сверхимперативных норм (ст. 1192 Гражданского кодекса РФ). Подробно проанализированы содержание, преимущества и недостатки теории строго территориального характера публично-правовых норм, теории специальной связи, теории применения сверхимперативных норм договорного статута, теории учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела, а также теории специальных двусторонних коллизионных норм. В статье отмечается нецелесообразность использования различных критериев для определения возможности принятия во внимание сверхимперативных норм иностранного договорного статута, с одной стороны, и сверхимперативных норм третьих стран, с другой стороны. Делается вывод о том, что наиболее перспективными являются теория специальной связи и теория учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела, а также сочетание данных теорий, которое предполагает возможность постановки вопроса о применении той или иной иностранной сверхимпера-

* Асосков Антон Владимирович - к.ю.н., магистр частного права, доцент кафедры гражданского права юридического факультета МГУ им. М.В. Ломоносова; арбитр МКАС при ТПП РФ. Адрес: 119991, ГСП-1, Москва, Ленинские горы, МГУ им. М.В. Ломоносова, юридический факультет, кафедра гражданского права (ауд. 745).

тивной нормы последовательно на двух различных уровнях – уровне международного частного права и материально-правовом уровне.

Ключевые слова: сверхимперативные нормы; нормы непосредственного применения; договорный статут; Римская конвенция 1980г. о праве, применимом к договорным обязательствам; Регламент ЕС Рим I о праве, применимом к договорным обязательствам.

Теория учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела (*materiellrechtliche Berücksichtigung*)

Данная теория исходит из того, что сверхимперативные нормы подлежат применению не в качестве самостоятельных правовых норм, непосредственно подчиняющих себе определенные аспекты спорного отношения, а в качестве фактических обстоятельств дела, подлежащих оценке на основании *lex causae*, определенного с помощью традиционных коллизионных предписаний. Идея о том, что отечественный суд может не применять иностранные сверхимперативные нормы, а принимать их во внимание, используя нормы *lex causae* о недействительности сделок или невозможности исполнения обязательств, была озвучена уже в упоминавшейся выше статье К. Цвайгерта 1942 г.¹

Проиллюстрировать применение данной теории можно на примере судебной практики Верховного суда Германии. В 1972 г. на рассмотрение суда попал спор из договора страхования культурных ценностей, которые подлежали транспортировке из Нигерии в немецкий порт Гамбург². Условия страхования содержали оговорку о применении права Германии. Груз был потерян в процессе транспортировки, и страхователь предъявил страховщику требование об уплате страхового возмещения. Страховщик отказывался произвести страховую выплату со ссылкой на то, что вывоз застрахованного имущества с территории Нигерии противоречил законодательству Нигерии об охране культурных ценностей, которое действовало уже на момент заключения договора страхования. Верховный суд Германии использовал избранное сторонами немецкое право, однако в рамках применения немецкого материального права посчитал необходимым квалифицировать нарушение установленного нигерийским законодательством

¹ См. Kunda I. Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws. The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation. 2007. - P. 59.

² 22.06.1972. II ZR 199/60.

запрета на экспорт культурных ценностей в качестве факта, дающего основание для применения параграфа 138 ГГУ о сделках, противоречащих добрым нравам³. В рассуждениях суда важное место занимает признание того, что преследуемая нигерийским законодателем цель соответствует тенденциям, проявляющимся на международном уровне и разделяется немецким законодателем (в частности, суд сослался на то, что в момент принятия соответствующих законодательных норм уже разрабатывался проект Конвенции ЮНЕСКО 1970 г. о мерах, направленных на запрещение и предупреждение незаконного ввоза, вывоза и передачи права собственности на культурные ценности)⁴. Соответственно, договор страхования был признан ничтожной сделкой по немецкому праву, и в иске о взыскании страхового возмещения было отказано.

В другом деле, рассмотренном в 1984 г.⁵ Верховный суд Германии столкнулся с ситуацией, когда иностранная сверхимперативная норма была принята иностранным государством уже после заключения договора. В данном деле в 1977 г. между немецкой пивоварней и иранским покупателем был заключен долгосрочный договор на поставку партий пива. После прихода к власти в Иране режима Аятолла Хомейни в Иране был введен запрет на импорт алкогольных напитков, включая пиво. В связи с этим иранский покупатель отказался от принятия дальнейших партий пива. В данном случае суд в рамках применимого немецкого права учел наличие введенного в Иране после заключения договора запрета на импорт пива и освободил должника от обязанности по принятию и оплате следующих партий товара, основываясь на положениях параграфа 275 ГГУ о невозможности исполнения обязательства.

³ Верховный суд Германии применил пар. 138 ГГУ о сделках, противоречащих добрым нравам (*sittenwidriges Rechtsgeschäft*), а не пар. 134 ГГУ о сделках, нарушающих требования закона (*gesetzliches Verbot*), поскольку в соответствии со сложившейся практикой последняя норма охватывает исключительно положения немецкого законодательства. Данный подход был подвергнут критике некоторыми немецкими авторами – см., напр., von Hoffmann B. *Assessment of the E.E.C. Convention from a German Point of View // Contract Conflicts. The E.E.C. Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations: a Comparative Study*. Ed. by P. North. 1982. P. 229-230.

⁴ Сборник действующих договоров, соглашений и конвенций, заключенных с иностранными государствами, М., 1967 г., вып. XXIII, с. 595. Конвенция ратифицирована СССР в 1988 г.

⁵ 08.02.1984. 6 IPRax 1986. P.154-157.

Аналогичный подход применялся судами Бельгии⁶, Австрии и Люксембурга⁷. Преобладающее мнение английской доктрины международного частного права заключается в том, что принятие во внимание сверхимперативных норм права по месту исполнения обязательства из договора также производится в рамках применимого английского материального права⁸. Соответственно, в случае, если *lex causae* будет являться не английское, а иностранное право, то данное правило может не действовать постольку, поскольку для его применения не будет необходимых оснований в рамках *lex causae*.

Интересно отметить, что ведущий советский коллизонист Л.А. Лунц в своем Курсе международного частного права также высказывает позицию, которая находится в русле теории учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела: «... Но здесь нет вообще вопроса о применении какого-либо иностранного закона, а налицо лишь положение, при котором неисполнение должником обязательства по собственному праву суда (а не по иностранному праву) не может быть признано виновным. Такие случаи относятся, следовательно, не к сфере международного частного права, а к сфере внутреннего гражданского права. Следовательно, **в рассмотренных нами категориях случаев речь шла о признании гражданско-правового эффекта иностранных «публично-правовых норм», а не о применении их как таковых** (выделено в оригинале – А.А.)⁹».

⁶ См. Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? P.114.

⁷ См. Vischer Fr. Connecting factors / International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. III Private International Law. Chief Ed. K. Lipstein. Chapter 4. 1999. P.6.

⁸ Именно так трактуется позиция английского суда в описанном выше деле *Ralli Brothers v. Compania Naviera Sota y Aznar*. См. Dicey, Morris & Collins, *The Conflict of Laws*. Gen. ed. L. Collins. 14th ed. Vol. 2. 2007; Kaye P. *The New Private International Law of Contract of the European Community. Implementation of the EEC's Contractual Obligations Convention in England and Wales under the Contracts (Applicable Law) Act 1990*. 1993. P. 260-261; Mann Fr. *The Proper Law in the Conflict of Laws // 36 Int. & Comp. L.Q.* 1987. №3. P. 449. Некоторые английские авторы оспаривают данную позицию и полагают, что принцип учета императивных норм по месту исполнения обязательства является полноценным коллизонным принципом, что сближает данных авторов со сторонниками теории специальной связи. Напр., Дж. Фосетт считает, что «невозможно полагать всерьез, будто бы правило, сформулированное в деле *Ralli Brothers* в отношении незаконности сделки, определяемой в соответствии с предписаниями иностранного права по месту исполнения обязательства, является внутренней нормой английского (материального) права. Это правило международного частного права» (*Fawcett J. A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation*. P. 206).

⁹ Лунц Л.А. Курс международного частного права. 2-е изд. В 3 тт. Том 1. Общая часть. М., 1973. Том 2. Особенная часть. М., 1975. Том 3. Международный гражданский про-

Преимуществом теории учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела в сравнении с теорией специальной связи является сведение к минимуму проблемы расщепления применимого права (*dépeçage*), которая неизбежно сопутствует применению сверхимперативных норм в рамках теории специальной связи. В последнем случае неизбежность *dépeçage* связана с тем, что сверхимперативные нормы, как правило, регулируют только отдельно взятые аспекты отношения сторон, в то время как по оставшимся вопросам необходимо обращение к *lex causae*¹⁰. Вот, как данный механизм описывает А. Бономи: «Сверхимперативные нормы требуют подхода, который основан на анализе каждого отдельного вопроса (*issue-by-issue approach*). В действительности, каждая императивная норма регулирует очень узкий вопрос и только в отношении этого вопроса возможно решить, следует ли применять норму независимо от двусторонних коллизионных правил. И наоборот, сверхимперативные нормы обычно не регулируют все правоотношение в целом исчерпывающим и исключительным образом; поэтому они не претендуют на полную замену двусторонних коллизионных норм. Поскольку последние имеют функцию выбора права, применимого к правоотношению в целом (*lex causae*), то определенное с их помощью право применимо, даже если один или более специальных вопросов регулируются сверхимперативными нормами права суда. В результате нормы *lex causae* и сверхимперативные нормы права суда сосуществуют, они применяются одновременно и кумулятивно»¹¹.

Описанное выше «сосуществование» правил договорного статута и сверхимперативных норм *lex fori* или третьих стран порождает сложный вопрос о том, насколько широко должны учитываться положения правопорядка, к которому относятся сверхимперативные нормы в изъятие из действия договорного статута. В частности, если речь идет о запрете совершения определенной сделки, то должен ли применяться

цесс. М., 1976. Цитируется по следующему изданию: Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 тт. М., 2002. С. 163-164.

¹⁰ Проблема расщепления применимого права не возникает только в том случае, если применимые сверхимперативные нормы содержатся в праве, признаваемом *lex causae*.

¹¹ Bonomi A. Mandatory Rules in Private International Law. The quest for uniformity of decisions in a global environment // Yearbook of Private International Law. Vol.I. 1999. P. 227. Автор в данном случае пишет только о сверхимперативных нормах *lex fori*, однако его рассуждения равным образом применимы к сверхимперативным нормам третьих стран.

только сам запрет, непосредственно зафиксированный в сверхимперативной норме, либо также присутствующие в данном правопорядке положения о недействительности сделок и последствиях их совершения. В какой момент суд должен перейти к использованию *lex causae*, определенного на основании традиционных двусторонних коллизионных норм?

Швейцарские авторы предлагают решать данную проблему за счет разделения непосредственных (*unmittelbare*) и опосредованных правовых последствий (*mittelbare Rechtsfolgen*) действия сверхимперативной нормы. К непосредственным последствиям предлагается относить, например, признание сделки недействительной и подчинять их тому правопорядку, в котором находится соответствующая сверхимперативная норма. Опосредованные последствия, связанные с имущественными результатами признания сделки недействительной (реституция, возмещение убытков, неосновательное обогащение), считается необходимым определять уже по *lex causae*¹².

Данное предложение вписывается в преобладающий в коллизионном праве общий подход, в соответствии с которым имущественные последствия недействительности сделки входят в сферу действия договорного статута, вне зависимости от основания недействительности сделки и вне зависимости от того, на основании какого права сделка была признана недействительной (пп.6) ст. 1215 ГК РФ, ст. 10(1)(е) Римской конвенции 1980 г., ст. 12(1)(е) Регламента Рим I). Тем не менее, в некоторых случаях проблема адаптации положений правопорядка, содержащего сверхимперативную норму, и *lex causae* может становиться весьма сложной. В качестве примера можно привести ситуацию, когда сверхимперативная норма прямо квалифицирует сделку в качестве ничтожной и предоставляет право на предъявление требований о применении правовых последствий такой ничтожности любым лицам, в то время как *lex causae* может быть не знакомо деление недействительных сделок на ничтожные и оспоримые, а также право на предъявление соответствующих требований любым заинтересованным лицом. В качестве более сложной иллюстрации может выступать ситуация, когда сверхимперативная норма прямо указывает на то, что спорная сделка порождает натуральное обязательство, не обеспеченное исковой защитой, в рамках которого сторона, тем не менее, не может

¹² Honsell H., Vogt N., Schnyder A., Berti St. Internationales Privatrecht. 2. Auflage. 2007. В 1975 S. - S. 175.

потребовать обратно исполнение, произведенное ею добровольно¹³. Договорному статусу институт натуральных обязательств может быть вообще не известен.

Приведенные выше примеры не следует расценивать в качестве излишнего теоретизирования или необоснованного усложнения вопроса. Практические сложности квалификации последствий применения сверхимперативной нормы наглядно проявляются на примере одной из наиболее известных сверхимперативных норм, нашедшей закрепление в международном договоре, участниками которого является большинство стран мира. Речь идет о ст. VIII(2)(b) Бреттон-Вудского соглашения 1944 г. о Международном Валютном Фонде: «Валютные контракты (exchange contracts), которые затрагивают валюту какого-либо из государств-членов и которые заключены в нарушение валютного контроля этого государства-члена, действующего или введенного в соответствии с настоящим Договором, лишены исковой силы (shall be unenforceable) на территории любого из государств-членов»¹⁴.

Использование в процитированной норме понятия, свойственного англо-американскому праву (unenforceability) и не знакомого континентальным правовым порядкам, породило на практике серьезные сложности и самые различные точки зрения. Как отмечает В. Эбке, «попытка приспособить понятие «unenforceability», в основе которого лежат представления англо-американского права о состоятельности процесса, к условиям правовых порядков континентальной Европы вызывает вполне ожидаемые трудности»¹⁵.

¹³ Примерами натуральных обязательств по российскому гражданскому праву являются требования, по которым истекла исковая давность (ст. 206 ГК РФ), а также требования, связанные с организацией игр и пари или с участием в них (ст. 1062 ГК РФ). Вопрос о возможности признания последнего правила сверхимперативной нормой получил важное значение в рамках требований, связанных с неисполнением обязательств по так называемым расчетным форвардным сделкам.

¹⁴ Российская Федерация, как член Международного Валютного Фонда (МВФ), является участницей данного Соглашения (Постановление Верховного Совета РФ от 22.05.1992 г. № 2815-1 «О вступлении Российской Федерации в Международный Валютный Фонд, Международный Банк Реконструкции и Развития и Международную Ассоциацию Развития»). Официальным текстом Соглашения является только текст на английском языке. Неофициальный русский перевод приводится по следующему изданию: Эбке В. Международное валютное право. Пер. с нем. М., 1997. С. 122. Сверхимперативный характер данной нормы (ее применение независимо от указаний коллизионных норм страны суда) был подчеркнут в Резолюции Исполнительных директоров МВФ 1949 г. (IMF Annual Report 1949. P. 82) – подробнее см. Proctor Ch. Mann on the Legal Aspect of Money. 6th ed. 2005. P. 374-375.

¹⁵ Эбке В. Международное валютное право. Пер. с нем. М., 1997. С. 192.

Некоторые авторы предлагали приравнять «unenforceability» к понятию недействительности сделки. Данной точки зрения, в частности, придерживался Фр. Манн, который являлся автором первых изданий авторитетного издания, специально посвященного правовому режиму денег и денежных обязательств¹⁶. Данная точка зрения была воспринята в ранней судебной практике некоторых немецких судов (в частности, Верховного земельного суда Франкфурта и Земельного суда Гамбурга)¹⁷. Однако практика Верховного суда Германии пошла по другому пути и стала квалифицировать норму ст. VIII(2)(b) Бреттон-Вудского соглашения 1944 г. в качестве процессуального условия допустимости иска. Подобная квалификация имела существенные практические последствия. Суд был обязан применять данную норму *ex officio*, а наличие оснований для применения этой нормы проверялось не на момент совершения сделки, а на момент завершения слушания дела. Это означало, что, в частности, основания для применения нормы ст. VIII(2)(b) Бреттон-Вудского соглашения 1944 г. отсутствовали в ситуации, когда на момент совершения сделки соответствующий валютный запрет был нарушен, однако к моменту слушания дела этот валютный запрет был отменен, либо соответствующее государство перестало быть членом МВФ¹⁸.

В. Эбке критикует сложившуюся практику Верховного суда Германии и предлагает третье толкование последствий применения нормы ст. VIII(2)(b) Бреттон-Вудского соглашения 1944 г. – признание обязательства, возникшего из нарушающей валютный запрет сделки, в качестве имеющего характер натурального (неполного)¹⁹.

Теория учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела снимает описанную проблему адаптации незнакомых правовых институтов к договорному статусу, поскольку как правовая квалификация нарушения запрета, установленного сверхимперативной нормой, так и определение имущественных последствий недействительности сделки осуществляются на основании одного и того же права – договорного статуса.

Однако данная теория может породить обратную проблему в случае, когда заложенный в сверхимперативной норме публичный интерес

¹⁶ Mann Fr. Legal Aspect of Money. 5th ed. 1991.

¹⁷ Эбке В. Указ.соч. С.193.

¹⁸ Там же. С.193-202.

¹⁹ Там же. С.202-212. Данная позиция поддерживается в российской литературе – см. Узойкин Д.А. Валютные сделки, лишённые исковой силы // Законодательство. 2001. № 8.

не может быть реализован в рамках *lex causae*, поскольку последнему не известны используемые в сверхимперативной норме правовые институты. Так, Фр. Вишер, критикуя теорию учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела, отмечает следующее: «Нахождение адекватного решения всегда будет зависеть от наличия соответствующего материально-правового способа защиты (*substantive relief*) в рамках *lex causae*; как уже было отмечено, сомнительно, что договорный статут во всех случаях способен предоставить необходимый механизм. Поэтому мои предпочтения склоняются в пользу коллизионного подхода (подхода, связанного с использованием теории специальной связи – *A.A.*)»²⁰.

В качестве примера можно представить себе ситуацию, когда определенное государство вводит новую сверхимперативную норму, распространяет ее на договоры, заключенные до этого момента, и предписывает применение для данной ситуации существующих в этом правопорядке правил об изменении или расторжении договора в связи с существенным изменением обстоятельств (*rebus sic stantibus*)²¹. Если в *lex causae* вообще будет отсутствовать институт изменения и расторжения договора в связи с существенным изменением обстоятельств, то применение *lex causae* неизбежно приведет к существенному искажению интереса, преследуемого законодателем при принятии подобного рода сверхимперативной нормы.

С теоретической точки зрения указанная зависимость реализации положений сверхимперативной нормы от наличия необходимых средств правовой защиты и правовых институтов в составе *lex causae* означает, что случаи и объем принятия сверхимперативных норм во внимание будут зависеть не только от соответствия критериям, определяемым на основании *lex fori*, но и принципам, на которых строится *lex causae*. Подобного рода подчинение механизма действия сверхимперативных норм контролю со стороны договорного статута выглядит довольно странно и не может найти адекватного объяснения. В связи с этим представляется неверным рассматривать теорию учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела той единственной теорией, которая объясняет механизм применения сверхимперативных норм третьих стран.

²⁰ Vischer Fr. General Course on Private International Law. P.177.

²¹ В российском гражданском законодательстве данный институт закреплен в ст. 451 ГК РФ.

Подходы, основанные на сочетании теории специальной связи и теории учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела

В работах немецких и швейцарских авторов были предложены интересные подходы, основанные на сочетании теории специальной связи (или теории автоматического применения сверхимперативных норм *lex causae*, если речь идет о сверхимперативных нормах договорного статута), с одной стороны, и теории учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела, с другой стороны.

В статье, опубликованной в 1988 г.²², известный швейцарский коллизιονист К.Зир выстраивает следующий многоступенчатый механизм использования института иностранных сверхимперативных норм. На первое место он ставит непосредственное применение (*unmittelbare Anwendung*) сверхимперативных норм *lex causae*, которое осуществляется в силу традиционных механизмов международного частного права – определения договорного статута на основании соглашения сторон или двусторонних коллизийных норм²³. Применительно к сверхимперативным нормам третьих стран К. Зир говорит об их «опосредованном принятии во внимание» (*mittelbare Berücksichtigung*) на двух различных уровнях (*Zweistufigkeit*). Первый уровень – это так называемый коллизийный уровень или уровень международного частного права (*kollisionsrechtliche Ebene*), который предполагает проверку возможности применения сверхимперативной нормы в качестве самостоятельной правовой нормы с помощью критериев, заложенных в ст. 7(1) Римской конвенции 1980 г. и ст. 19 швейцарского закона 1987 г. В случае, когда соответствующая сверхимперативная норма третьей страны не может быть применена на уровне международного частного права, поскольку не выполняется одно из условий, сформулированных в рамках теории специальной связи (например, суд на основе применения стандартов *lex fori* приходит к выводу о том, что отсутствует тесная связь правопорядка с отношением, либо характер и цели иностранной сверхимперативной нормы приходят в противоречие с принципами *lex fori*), то возможность учета той же сверхимперативной нормы следует проверить на втором уровне – материально-правовом уровне (*sachrechtliche*

²² Siehr K. *Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht* // 52 *RebelsZ* 1988. S. 41-103.

²³ Таким образом, К. Зира следует отнести к числу сторонников разобранный выше теории автоматического применения сверхимперативных норм *lex causae*.

Ebene). На данном уровне проверяется, не следует ли в рамках договорного статута учесть существование иностранной сверхимперативной нормы, если она оказывает фактическое влияние на способность должника к надлежащему исполнению обязательства. При этом учет иностранной сверхимперативной нормы на материально-правовом уровне уже может быть не связан со столь жесткими условиями, которые свойственны уровню международного частного права.

Обобщая высказанные предложения, К. Зир приходит к выводу, что «возможность принятия во внимание сверхимперативных норм третьих стран должна быть проверена в отношении одних и тех же обстоятельств дела на двух уровнях, а именно на уровне международного частного права, когда нормы *lex fori* предусматривают для соответствующей сверхимперативной нормы специальное или общее правило о возможности ее применения, и затем на материально-правовом уровне. В двухступенчатой проверке нет потребности, когда иностранная сверхимперативная норма применяется уже на основании специальных правил вне зависимости от точки зрения *lex causae*. Если, напротив, иностранная сверхимперативная норма не может быть учтена через общий коллизийный механизм, то это по общему правилу не означает, что не следует провести другую проверку (возможности принятия во внимания иностранной сверхимперативной нормы – *A.A.*) на основании договорного статута»²⁴.

В своих более поздних работах К. Зир сохранил идею о двухступенчатом принятии во внимание сверхимперативных норм третьих стран, однако поменял эти ступени местами: «Важно отметить, что не всегда требуется, чтобы ст. 19 швейцарского закона или ст. 7(1) Римской конвенции 1980 г. признавали действие иностранной сверхимперативной нормы. Необходимо в первую очередь спросить у *lex causae*, не могут ли сверхимперативные нормы проявить свое действие в его рамках путем признания наличия невозможности исполнения или противоречия сделке основам правопорядка, которые по этому праву (*lex causae* – *A.A.*) приводят к ничтожности сделки. Только когда сверхимперативная норма не вписывается в рамки *lex causae* и используется швейцарское международное частное право, получает применение ст.19 швейцарского закона, которая как прямо, так и опосредованно (через наполнение неопределенных правовых понятий неправомер-

²⁴ A.a.O. S.97-98.

ности или противоречия основам правопорядка) создает основу для учета сверхимперативных норм третьих стран»²⁵.

К. Зир демонстрирует данный механизм на примере описанного выше немецкого дела о незаконно вывезенных нигерийских культурных ценностей. По мнению К. Зира, если бы спор рассматривал швейцарский суд и, установив на основании общих положений международного частного права применение немецкого права, смог учесть нигерийские сверхимперативные нормы в рамках немецкого *lex causae* (признав сделку недействительной через параграф 138 ГГУ о сделках, противоречащих добрым нравам), то отсутствовала бы необходимость в обращении к ст. 19 швейцарского закона 1987 г. о международном частном праве, посвященной сверхимперативным нормам третьих стран. Такая необходимость появилась бы только в ситуации, когда положения сверхимперативные нормы нигерийского права не могли быть учтены в рамках немецкого *lex fori*, что потребовало бы постановки вопроса о прямом принятии во внимание нигерийского права через механизм ст. 19 швейцарского закона²⁶.

С нашей точки зрения, с учетом отмеченных выше недостатков теории учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела более предпочтительной является ранняя версия идеи К. Зира о двухступенчатом принятии во внимание иностранных сверхимперативных норм, когда в первую очередь проверяется возможность учета иностранной сверхимперативной нормы на уровне международного частного права, а не в границах *lex causae*. Теория специальной связи позволяет наилучшим образом реализовать интересы, которые преследует иностранное государство при принятии своих сверхимперативных норм. И только невозможность применения сверхимперативной нормы в рамках теории специальной связи должна вести к постановке вопроса о возможности применения своеобразного суррогата – теории учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела.

Другая интересная идея, связанная с использованием сочетания различных теорий учета иностранных сверхимперативных норм, высказывается в одном из ведущих немецких учебников по международному частному праву²⁷. Данная идея основана на необходимости раз-

²⁵ Schweizerisches Privatrecht. Band XI. Internationales Privatrecht. Teilband 1. S.325.

²⁶ Siehr K. A.a.O. S.611.

²⁷ von Bar Chr., Mankowski P. A.a.O. S.285-290.

граничения двух разновидностей правовых последствий, вызываемых иностранной сверхимперативной нормой.

Первой из возможных разновидностей правовых последствий являются препятствия к надлежащему исполнению обязательств (*leistungsstörungsrechtliche Komponente*). Авторы полагают, что в данной ситуации теория учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела является оптимальной. Договорный статут, как правило, будет предусматривать несколько гражданско-правовых институтов (невозможность исполнения обязательств, освобождение от ответственности в связи с наличием обстоятельств непреодолимой силы, изменение или расторжение договора в связи с существенным изменением обстоятельств), в рамках которых может быть принят во внимание факт наличия препятствующих надлежащему исполнению сверхимперативных норм третьих стран.

Вторая разновидность правовых последствий связана с пороками самой сделки, которые, как правило, приводят к той или иной форме недействительности сделки (*rechtsgeschäftsrechtliche Komponente*). В данном случае указание на возможность учета иностранной сверхимперативной нормы в качестве факта выглядит своеобразной фикцией, прикрывающей применение сверхимперативного предписания в обычном нормативном смысле. Действительно, как можно признать сделку недействительной в связи с нарушением запрета, установленного в иностранной сверхимперативной норме, и при этом утверждать, что запретительная норма была применена не в ее нормативном качестве, а всего лишь в форме фактического обстоятельства дела?

Тем не менее, Кр. фон Бар и П. Манковски полагают, что теория фактического учета может найти определенное применение и в этой ситуации. В качестве примера они приводят дело, в котором немецкий продавец по просьбе иностранного покупателя указал в товаросопроводительных документах и счетах заниженную стоимость товара (не соответствующую реально получаемой продавцом покупной цене), чтобы покупатель имел возможность уменьшить размер подлежащих уплате в иностранном государстве таможенных платежей. По мнению авторов учебника, немецкий суд может прийти к выводу о недействительности сделки, основываясь исключительно на нормах немецкого права, избранного сторонами или подлежащего применению в силу указания немецкой коллизионной нормы. При этом немецкий суд считает, что сделка противоречит не иностранным нормам таможенного

законодательства, а основным началам немецкого правопорядка, который считает недопустимым подобный умышленный обход закона²⁸.

Если совместить идею К. Зира о двухступенчатом учете сверхимперативных норм третьих стран с классификацией последствий применения сверхимперативных норм, предложенной Кр. фон Баром и П. Манковски, то, на наш взгляд, тезис о двухступенчатом учете может быть сохранен только в отношении таких сверхимперативных норм, которые создают препятствия к надлежащему исполнению обязательств (*leistungsstörungsrechtliche Komponente*). В данном случае даже если суд приходит к выводу о невозможности применения иностранной сверхимперативной нормы на уровне международного частного права, было бы несправедливым не принимать во внимание проблемы, с которыми сталкивается должник при исполнении обязательства, если государство, издавшее соответствующую сверхимперативную норму, способно обеспечить принудительную реализацию запрета вследствие того, что должник либо его активы находятся на территории такого государства (или другого государства, в котором принудительные меры в отношении должника, предпринятые государственными органами первого государства, будут признаны и приведены в исполнение)²⁹.

Напротив, если суд, рассмотрев возможность применения на уровне международного частного права иностранной сверхимперативной нормы, предусматривающей недействительность сделки (или аналогичные ей последствия, как-то лишение обязательства исковой защиты) – *rechtsgeschäftsrechtliche Komponente*, – придет к выводу о невозможности ее применения вследствие несоответствия стандартам *lex fori*, то было бы весьма странным, если бы в том же деле тот же суд пришел к выводу о недействительности сделки, поскольку такая сделка якобы противоречит основным началам *lex causae*. По нашему мнению, отказ суда от признания сделки недействительной после отказа от применения сверхимперативной нормы на уровне международного частного права влечет невозможность постановки вопроса о применении тех же правовых последствий (недействительности сделки)

²⁸ А.а.О. S.290.

²⁹ Данная трактовка соответствует международной коммерческой практике. Например, в Рекомендациях МТП «Форс-мажорные обстоятельства» (публикация № 421 (Е)) в круг оснований освобождения от ответственности предлагается включать следующую разновидность форс-мажорных обстоятельств: «действия властей, законные или незаконные, за исключением тех, в отношении которых соответствующая сторона приняла на себя риск согласно условиям контракта».

на материально-правовом уровне. В связи с этим теория учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела в отношении разновидности норм, влекущих недействительность сделки или аналогичные правовые последствия, может иметь актуальность только для тех стран, которые вообще не признают возможность применения иностранных сверхимперативных норм на уровне международного частного права³⁰.

Теория специальных двусторонних коллизионных норм (theory of special multilateral conflict of law rules).

Сторонники данной теории полагают, что проблема сверхимперативных норм должна быть решена путем распространения на нее разнонаправленного подхода. Это означает, что должны быть сформулированы двусторонние коллизионные нормы, которые будут определять сферу применения как отечественных, так и иностранных сверхимперативных норм.

Большинство исследователей, использующих в той или иной степени данный подход, видят следующим образом процесс, который в конечном итоге приводит к появлению двусторонних коллизионных норм:

– при неэффективности сложившихся к настоящему моменту двусторонних коллизионных норм суды для достижения приемлемого материально-правового результата начинают в данной области все чаще и чаще применять оговорку о публичном порядке;

– после того, как количество случаев применения оговорки о публичном порядке достигает своей критической массы, как правило, выкристаллизовывается лежащее в основе всех подобных дел правило (коллизионная привязка), и законодатель формулирует на данной основе одностороннюю коллизионную норму, определяющую пределы применения отечественного права;

³⁰ К числу таких стран теперь относятся и страны Европейского союза, поскольку, как было подробно сказано выше, ст.9(3) Регламента Рим I ограничивает возможность применения иностранных сверхимперативных норм на уровне международного частного права только нормами, относящимися к праву страны, в которой обязательство из договора было исполнено или подлежит исполнению. Регламент ЕС от 11.07.2007 г. № 864/2007 о праве, применимом к внедоговорным обязательствам (Рим II) вообще не предусматривает возможности применения иностранных сверхимперативных норм в сфере определения права, применимого к внедоговорным обязательствам. Напротив, российское международное частное право допускает потенциальное применение на уровне международного частного права любых иностранных сверхимперативных норм (п. 2 ст. 1192 ГК РФ).

– после проверки данной односторонней коллизионной нормы на практике, а также в результате распространения в разных странах материально-правовых норм, чье применение «обслуживает» соответствующая специальная коллизионная норма, становится возможным превратить одностороннюю коллизионную норму в двустороннюю;

– двусторонняя коллизионная норма, сформулированная в коллизионном законодательстве одной страны, реципируется другими странами, в результате чего становится достижимой основная цель международного частного права – международное единообразие решений³¹.

Идеи, лежащие в основе рассматриваемой теории, восходят к работам немецкого коллизиониста конца XIX в. Фр. Кана. Именно ему принадлежит авторство тезиса о том, что публичный порядок – это институт, помогающий зарождению новых, до настоящего времени неизвестных коллизионных норм. Вот, как звучит данный тезис в изложении его российского последователя М.И. Бруна: «...публичный порядок есть не более как подушка, на которой засыпают ленивые умы ... публичный порядок есть еще неизвестная и не готовая часть частного международного права, складочное место, где прилежный искатель найдет большой запас новых коллизионных норм. Всякий раз, когда в действующее конфликтное правило нужно ввести исключение, то есть образовать новую, более специализированную конфликтную норму, или вообще изменить или преобразовать существующую норму, говорят, по застарелой привычке, что это делается во имя публичного порядка»³².

В качестве примера двусторонней коллизионной нормы, достигшей высшей стадии своего развития и решающей проблему воздействия на частноправовые отношения такой разновидности сверхимперативных норм, как правила валютного регулирования,

³¹ Наиболее последовательно данный сценарий описывается в след. работе: Zeppenfeld M. Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im internationalen Wirtschaftsrecht. 2001. S. 167-168. Рассуждения в том же ключе можно также найти в след. работах: Vischer Fr. General Course on Private International Law. P. 102-103, Private International Law at the End of the 20th Century: Progress or Regress? P. 123. О необходимости решения проблемы сверхимперативных норм путем разработки новых двусторонних коллизионных норм говорят также Г. Кегель и Кл. Шуриг. Для обозначения подобного рода специальных двусторонних коллизионных норм они используют особый термин «специальная привязка» (gesonderte Anknüpfung), чтобы противопоставить его терминологии рассмотренной выше теории специальной связи (Sonderanknüpfung) - Kegel G., Schurig Kl. A.a.O. S. 324.

³² Брун М.И. Публичный порядок в МЧП. Петроград, 1916. С.75.

сторонники анализируемой теории приводят процитированную выше норму ст. VIII(2)(b) Бреттон-Вудского соглашения 1944 г. о Международном Валютном Фонде.

Еще один часто упоминаемый пример относится к швейцарскому закону 1987 г., в ст. 137 которого сформулирована двусторонняя коллизионная норма для отношений, связанных с неправомерным ограничением конкуренции: «К требованиям из ограничения конкуренции применяется право страны, на рынке которого вредные последствия ограничения конкуренции наступили непосредственно для потерпевшего». Данное правило стало основой для более сложного коллизионного регулирования, нашедшего отражение в ст. 6 Регламента ЕС от 11.07.2007 г. № 864/2007 о праве, применимом к внедоговорным обязательствам (РимII)³³.

Вместе с тем, теория специальных двусторонних коллизионных норм, несмотря на свою теоретическую изящность, имеет ряд серьезных теоретических и практических недостатков, когда речь идет об определении сферы применения публично-правовых норм.

Определение сферы применения как отечественных, так и иностранных свехимперативных публично-правовых норм на основе коллизионных правил *lex fori* может дать приемлемый результат только в том случае, если принципиальные подходы к пониманию пространственно-персональной сферы действия соответствующих свехимперативных норм совпадают у отечественного и иностранного законодателя³⁴. В противном случае, применение иностранных публично-правовых норм будет происходить в тех ситуациях, когда иностранный законодатель совершенно не желает применения собственных норм, и наоборот, в учете иностранных норм будет отказано, несмотря на явно выраженное стремление иностранного законодателя к охвату соответствующего отношения.

Необходимое совпадение мнений разных государств относительно подходов к пониманию пространственно-персональной сферы действия свехимперативных публично-правовых норм является на сегодняшний день весьма редким в сфере публично-правового регулирования,

³³ Regulation (EC) No.864/2007 of the European Parliament and of the Council of 11 July 2007 on the law applicable to non-contractual obligations. OJ. L 199. 31.07.2007.

³⁴ На это обращается внимание, в частности, в след. работе: Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 10. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-46) Internationales Privatrecht. S. 53.

поскольку преследуемые различными государствами публичные интересы существенно различаются. Даже те области публичного права, в отношении развития которых в разных странах мира наблюдаются схожие тенденции (напр., антимонопольное законодательство, законодательство об охране культурных ценностей), могут быть охвачены двусторонними коллизионными нормами только при одновременной унификации материально-правового регулирования, а также создании межгосударственных организационных механизмов, позволяющих координировать действия разных стран в данной области. Это наглядно видно на примере Бреттон-Вудского соглашения 1944 г. о Международном Валютном Фонде: фиксация двусторонней коллизионной нормы о применении права страны, в котором установлено валютное ограничение, стала возможной только на основе достигнутой в указанном международном соглашении материально-правовой унификации режимов валютного регулирования и создании контрольного механизма, реализуемого структурами Международного Валютного Фонда³⁵.

Успешные примеры подобного международного сотрудничества большого числа государств в сфере публично-правового регулирования являются весьма ограниченными. За этими пределами применение

³⁵ Бреттон-Вудское соглашение 1944 г. устанавливает определенные правила для введения валютных ограничений в отношении текущих валютных операций, а ст. VIII (2) (b), фиксирующая двустороннюю коллизионную норму, предусматривает, что она распространяется только на такие валютные предписания, которые были введены в действие государствами-участниками в соответствии со стандартами Международного Валютного Фонда.

Следует отметить, что даже в этих условиях практическое применение правила ст. VIII (2) (b) Бреттон-Вудского соглашения 1944 г. порождает огромное количество проблем. Помимо обозначенной выше проблемы толкования правовых последствий, связанных с нарушением валютного предписания, в судебной практике различных стран представлены несовпадающие мнения по поводу толкования термина «валютный контракт» (exchange contract). В практике английских и американских судов сложилось узкое толкование данного понятия, основанное на работах А. Нуссбаума (A. Nussbaum). В этих странах под «валютным контрактом» понимаются только валютнообменные сделки (договоры, направленные на обмен валюты одного государства-члена МВФ на валюту другого государства-члена МВФ), а также т.н. «скрытые валютные операции» (monetary transactions in disguise), направленные на умышленный обход валютных ограничений. В практике континентальных стран, напротив, применяется расширительное толкование, основанное на работах Фр. Манна (Fr. Mann) и Д. Голда (D. Gold), в соответствии с которым под «валютным контрактом» понимаются любые договоры (в том числе, договоры купли-продажи, оказания услуг и т.п.), исполнение которых затрагивает валюту одного из государств-членов МВФ. Подробнее см. Эбке В. Указ.соч. С. 146-171; Proctor Ch. Op.cit. P. 386-398.

двусторонних коллизионных норм в отношении определения сферы применения иностранных публично-правовых норм приводит к недопустимым практическим результатам. Ю. Базедов в своей работе показывает, что, как и в ситуации с теорией автоматического применения сверхимперативных норм *lex fori*, сторонники теории специальных двусторонних коллизионных норм не могут обойтись без того, чтобы дополнительно не учитывать иностранные нормы, определяющие пространственно-персональную сферу действия публично-правовых предписаний данного правопорядка³⁶.

Развивая идеи Ю. Базедова, следует признать, что без учета иностранных норм, определяющих пространственно-персональную сферу действия, обойтись практически невозможно, поскольку в отношении публично-правовых норм (в отличие от частноправовых норм) законодатель всегда имеет достаточно четкие представления о сфере их действия. Применение иностранных публично-правовых норм за установленными самим иностранным законодателем границами нарушает либо интересы иностранного законодателя (если иностранная публично-правовая норма не применяется, несмотря на то, что рассматриваемая ситуация входит в ее пространственно-персональную сферу действия), либо интересы отечественного законодателя (если иностранная публично-правовая норма, реализующая иностранный публичный интерес, применяется в ущерб традиционным коллизионным нормам *lex fori*, отражающим интересы отечественного законодателя в сфере частноправового регулирования, несмотря на то, что иностранный законодатель не стремился к применению данной иностранной публично-правовой нормы в рассматриваемой ситуации).

Получается, что правила *lex fori*, выдаваемые сторонниками теории специальных двусторонних коллизионных норм за самостоятельные двусторонние коллизионные нормы, являются не более чем дополнительными условиями, ограничивающими применение иностранных публично-правовых норм на основании стандартов, приемлемых для *lex fori*. Иными словами, эти предписания *lex fori* лишь конкретизируют описанные выше общие условия применения иностранных сверхимперативных норм (наличие тесной связи, соответствие характера и целей иностранной нормы отечественным стандартам, учет последствий их применения или неприменения) применительно к конкретной области отношений. Но в этом случае подобную систему нужно

³⁶ Basedow J. Op.cit. P.440-441.

считать не чем иным, как разновидностью рассмотренной выше теории специальной связи.

Для обоснования особого механизма применения сверхимперативных норм в западноевропейской литературе было предложено большое количество теорий. Развернувшаяся вокруг них дискуссия имеет важное значение для применения российских норм ст. 1192 ГК РФ, формулировки которых в значительной степени повторяют положения ст. 7 Римской конвенции 1980 г. Наиболее важную роль играют теории специальной связи и учета сверхимперативных норм в качестве фактических обстоятельств дела. Особенно перспективными представляются сочетания данных теорий, которые предполагают возможность постановки вопроса о применении той или иной иностранной сверхимперативной нормы последовательно на двух различных уровнях – уровне международного частного права и материально-правовом уровне.

Библиографический список

- Брун М.И. Публичный порядок в МЧП. Петроград, 1916. –97 с.
- Лунц Л.А. Курс международного частного права: в 3 тт. М., 2002. –1007 с.
- Узойкин Д.А. Валютные сделки, лишённые исковой силы // Законодательство. 2001. № 8.
- Эбке В. Международное валютное право. Пер.с нем. М., 1997. –332 с.
- Basedow J. Conflicts of Economic Regulation // Am. J. Comp. L. 1994. Vol. 42. P. 423-447.
- Bonomi A. Mandatory Rules in Private International Law. The quest for uniformity of decisions in a global environment // Yearbook of Private International Law. Vol.I. 1999. P. P. 215-247.
- Fawcett J. A United Kingdom Perspective on the Rome I Regulation. // La Nuova Disciplina Comunitaria della Legge Applicabile ai Contratti (Roma I). Ed. N. Boschiero. 2009. P. 191-224.
- Honsell H., Vogt N., Schnyder A., Berti St. Internationales Privatrecht. 2. Auflage. 2007. 3 1975 S.
- Internationales Vertragsrecht. Das internationale Privatrecht der Schuldverträge. Hrsg. Christoph Reithmann, Dieter Martiny. 7. Auflage. 2010. –2179 S.

Kaye P. The New Private International Law of Contract of the European Community. Implementation of the EEC's Contractual Obligations Convention in England and Wales under the Contracts (Applicable Law) Act 1990. 1993. – 515 P.

Kegel G., Schurig Kl. Internationales Privatrecht: ein Studienbuch. 9. Aufl. 2004. – 1190 S.

Kunda I. Internationally Mandatory Rules of a Third Country in European Contract Conflict of Laws. The Rome Convention and the Proposed Rome I Regulation. 2007. – 402 p.

Proctor Ch. Mann on the Legal Aspect of Money. 6th ed. 2005. – 831 P.

Schweizerisches Privatrecht. Band XI. Internationales Privatrecht. Hrsg. D. Girsberger. Teilband 1. Allgemeine Lehren. A. Furrer, D. Girsberger, K. Siehr. 2008. – 395 S.

Siehr K. Ausländische Eingriffsnormen im inländischen Wirtschaftskollisionsrecht // RabelsZ. 1988. Band 52. S. 41-103.

Siehr K. Das Internationale Privatrecht der Schweiz. 2002. – 797 S.

Vischer Fr. Connecting factors / International Encyclopedia of Comparative Law. Vol. III Private International Law. Chief Ed. K. Lipstein. Chapter 4. 1999.

Vischer Fr. General Course on Private International Law // Recueil des Cours / Collected Courses of the Hague Academy of International Law. Vol. 232. 1992-I. P. 9-256.

von Bar Chr., Mankowski P. Internationales Privatrecht. Band I. Allgemeine Lehren. 2. Auflage. 2003. – 745 S.

Zeppenfeld M. Die allseitige Anknüpfung von Eingriffsnormen im internationalen Wirtschaftsrecht. 2001. – 186 S.

Internationally Mandatory Rules: Different Theories Explaining the Mechanism of their Application (Part II) (Summary)

*Anton V. Asoskov**

The article examines different theories, which were proposed in Western European literature for explanation of the notion of internationally mandatory rules (art. 1192 of Russian Civil Code). The content, advantages and disadvantages of the following theories are analyzed: theory of strictly territorial application of public law rules, special connection theory, theory of the proper law of contract, theory of taking internationally mandatory rules into consideration as facts of the case, as well as theory of special multilateral conflict of law rules.

The author does not recommend using different criteria in order to determine the opportunity of taking into consideration the internationally mandatory rules of *lex contractus*, on the one hand, and internationally mandatory rules of third states, on the other hand. The author comes to the conclusion that the most promising are the special connection theory and theory of taking internationally mandatory rules into consideration as facts of the case, as well as their combination, which means the opportunity of application of this or that internationally mandatory rule on two consecutive levels – level of international private law and substantive law level.

Keywords: internationally mandatory rules; rules of immediate application; *lex contractus*; 1980 Rome Convention on the law applicable to contractual obligations; Rome I EC Regulation on the law applicable to contractual obligations.

* Anton V. Asoskov – Ph.D. in Law, master of private law, assistant professor at the Chair of Civil Law, Faculty of Law of the Moscow State University; Arbitrator in ICAC. *Address:* Office No.745, Faculty of Law, MSU, Uchebnyy Korpus 1, Leninskiye Gory, Moscow 119991.