



**Universität Bremen**

Fachbereich 6 Rechtswissenschaften

**Сверхимперативные нормы  
международного частного права в странах  
Российской Федерации и Республике  
Беларусь**

**geschrieben in russischer Sprache**

**Dissertation**

zur Erlangung des akademischen Grades  
Doktor der Rechtswissenschaften

an der Universität Bremen

Vorgelegt von Jaroslaw Poljak  
Jurist des internationalen Privatrechts

# Оглавление

<b>ВВЕДЕНИЕ</b>	C. 1-6
<b>1. Глава 1. КОНЦЕПЦИЯ ИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ</b>	C. 7-76
1.1. История возникновения и развития теории императивных норм	C. 7-21
1.1.1. Предпосылки зарождения теории императивных норм	C. 7-8
1.1.2. Теория специальной связи	C. 8-12
1.1.3. Теория анализа правительственного интереса	C. 12-18
1.1.4. Концепция норм „непосредственного применения“	C. 18-21
<b>1.2</b> Понятие императивных норм в современном международном частном праве, их отличие от норм диспозитивных	C. 22-42
1.2.1. Понятие императивных норм	C. 22-35
1.2.2. Соотношение понятий «императивная норма» и «императивная норма международного характера»	C. 36-39
1.2.3. Проблемы терминологии императивных норм	C. 40-42

1.3	Соотношение понятий «сверхимперативная норма» и «публичный порядок	С. 42-76
1.3.1.	Понятие публичного порядка	С. 42-59
1.3.2.	Негативная (германская) концепция публичного порядка	С. 60-69
1.3.3.	Позитивная (франко-итальянская) концепция публичного порядка. Соотношение позитивной концепции публичного порядка и концепции сверхимперативных норм	С. 69-76
2.	<b>Глава 2. ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ В СРАВНЕНИИ С ИМПЕРАТИВНЫМИ НОРМАМИ РОССИИ И УКРАИНЫ И ИХ СООТНОШЕНИЕ С НОРМАМИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ</b>	С. 77-125
2.1.	Правовые нормы Республики Беларусь в сфере договорных отношений	С. 78-108
2.2.	Правовые нормы Республики Беларусь в сфере отношений собственности и иных вещных правоотношений	С. 108-125
3.	<b>Глава 3. СУДЕБНАЯ И АРБИТРАЖНАЯ ПРАКТИКА ПО ВОПРОСУ ПРИМЕНЕНИЯ СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ</b>	С. 126-190
3.1.	Применение императивных норм государства суда и арбитража ( <i>lex fori</i> и <i>lex loci arbitri</i> ).	С. 126-162
3.2.	Применение императивных норм права, примененного к отношениям сторон ( <i>lex causae</i> )	С. 162-173

3.3.	Применение императивных норм иностранного государства, с которым правоотношение имеет тесную связь	С. 173-191
4.	<b>ЗАКЛЮЧЕНИЕ</b>	С. 192-197
5.	<b>СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ</b>	С. 198-210
	Нормативные правовые акты	С. 198-204
	Монографии и статьи	С. 204-209
	Судебная практика	С. 209-210

## ВВЕДЕНИЕ

Международное частное право – довольно молодая отрасль белорусского права. Во время существования Союза Советских Социалистических Республик возможность возникновения частноправового отношения с иностранным элементом была ничтожно мала, т.е. отсутствовали предпосылки и основания разработки и принятия нормативных правовых актов в данной сфере, правоприменительная практика редко сталкивалась с необходимостью урегулирования споров в данной сфере. Однако нельзя сказать, что международного частного права в Беларуси не было вообще. Гражданский кодекс Белорусской ССР содержал Раздел VII «Правоспособность иностранных граждан и лиц без гражданства. Применение гражданских законов иностранных государств и международных договоров». Данный раздел насчитывал только 12 статей, содержащих правовое регулирование право- и дееспособности иностранных граждан и иностранных предприятий и организаций, права, применимого к форме и содержанию договора, к праву собственности, деликтам и наследованию. Таким образом, общие теоретические вопросы международного частного права (квалификация юридических понятий, обратная отсылка и отсылка к праву третьей страны, нормы непосредственного применения и др.) оставались вне поля зрения законодателя и разрешались в доктрине<sup>1</sup>. Только оговорка о публичном порядке была закреплена Гражданским кодексом (статья 563).

Ситуация коренным образом изменилась после принятия 7 декабря 1998 г. нового Гражданского кодекса Республики Беларусь. Это довольно современный нормативный правовой акт, разработанный на основе Модельного Гражданского кодекса государств - участников Содружества Независимых Государств (СНГ). Раздел VII кодекса называется «Международное частное право» и насчитывает уже 42 статьи. Следует отметить, что в большинстве вопросов международного частного права (МЧП) белорусский законодатель воспринял современные правовые тенденции. В настоящее время урегулированы наиболее проблематичные вопросы общей части международного частного права: квалификация, обратная

---

<sup>1</sup> Белорусской доктрины по международному частному праву как таковой в советские времена не существовало по причине чрезвычайной централизации власти. Доктрина по международному частному праву имела российскую «национальность». – См. Лунц Л.А. Международное частное право. – Учебник в 3-х т.т. – М., 1970-1978 г.г.

отсылка, императивные нормы, обход закона, установление содержания иностранного права. Дифференцировано определяется личный закон физического лица (закон гражданства, закон места жительства, закон государства, с которым лицо имеет наиболее тесную связь, закон государства, предоставившего убежище). Вопросы особенной части МЧП получили комплексное и детальное правовое регулирование. Появились нормы о праве, применимом к переходу и защите права собственности, к праву собственности на отдельные категории объектов (груз в пути, имущество, подлежащее регистрации). Белорусское право содержит подробное и отвечающее современным тенденциям регулирование права, применимого к договорным обязательствам: статьи 1124 – 1125 ГК используют подход, предложенный в проекте Регламента Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом, к договорным обязательствам, 2005 г., в то время как, например, международные договоры в рамках СНГ в качестве основного субсидиарного принципа при определении права, применимого к договору, называют закон места совершения договора – устаревшую на сегодняшний день привязку. Право, применимое к деликтам, к наследованию, к форме и содержанию завещания, регулируется также детально и комплексно.

В качестве отрицательных сторон нового правового регулирования международного частного права в Республике Беларусь следует признать некоторые архаичные нормы, перекочевавшие из актов «советского» времени (например, об обязательности письменной формы внешнеэкономической сделки, стороной которой выступает белорусский субъект), включение в текст статьи о недействительности соглашений, совершенных в обход закона (белорусского и иностранного), а также слишком узкая сфера применения автономии воли сторон – она распространяется только на договорные отношения. Регулирование брачно-семейных отношений в Кодексе о браке и семье также нельзя назвать отвечающим современным тенденциям в данной сфере.

Вместе с тем, эти недостатки, на наш взгляд, не умаляют значения нового Гражданского кодекса Республики Беларусь в сфере международного частного права, предложившего довольно прогрессивное видение многих частноправовых аспектов.

Одним из свидетельств прогрессивности и современности правового регулирования отношений МЧП в Беларуси является закрепление правового статуса императивных норм международного частного права.

Проблематика императивных норм в международном частном праве представляет большой интерес как для науки, так и для законодательной и правоприменительной практики. Данный институт является достаточно молодым, теория норм непосредственного применения начала складываться только в середине 20 века. Однако закрепление ее в международной и национальной правотворческой практике шло быстрыми темпами и на сегодняшний день имеет место в большинстве международных договоров по коллизионным вопросам и во внутреннем законодательстве большинства государств. Однако, несмотря на законодательное закрепление возможности применения судом императивных норм международного характера практика обращения к ним сопряжена с большим количеством трудностей. Многие законодательства, в том числе белорусское, не содержат в формулировке статьи, посвященной императивным нормам, системообразующих признаков таких норм. В доктрине применяется различная терминология, используемая для обозначения одного вида норм. Становятся понятными проблемы, с которыми сталкивается суд в правоприменительной практике, связанной с обращением к институту норм непосредственного применения. В отсутствие толкования данной нормы, примерного перечня сверхимперативных норм белорусский суд, как, впрочем, и российский, на практике не слишком часто обращается к данному правовому институту или же ошибочно применяет схожий с данным правовой институт (например, институт оговорки о публичном порядке).

Актуальность проблемы увеличивается и связи с тем, что в различных странах по-разному смотрят на необходимость применения императивных норм международного характера различных систем. Если применение сверхимперативных норм *lex fori* и *lex causae* является достаточно устоявшимся в мировой практике как на национальном, так и на международном уровне, то этого нельзя сказать в отношении сверхимперативных норм объективно применимого права или права, с которым правоотношение имеет тесную связь.

В силу особой сложности данной проблематики, а также особой значимости для государства, в Республике Беларусь практически отсутствуют какие-либо доктринальные исследования данного вопроса. В имеющихся же статьях и монографиях вопрос обращения к нормам непосредственного применения только затрагивается или рассматривается сугубо фрагментарно. В той или иной степени проблематику сверхимперативных норм и схожих правовых институтов исследовали Садиков, Кудашкин, Богуславский, Жильцов, Муранов, Кабатова, Тостых и другие ученые.

### **Цель и задачи исследования**

Цель диссертационного исследования состоит в том, чтобы определить сущность такого правового института как нормы непосредственного применения (императивные нормы международного характера), современное состояние и тенденции развития законодательства и судебно-арбитражной практики развитых государств, а также на международном уровне, определить степень соответствия белорусского и российского подхода по данному вопросу доктринальной, законодательной и правоприменительной практике развитых государств, а также внести предложения по совершенствованию законодательства и правоприменительной практики.

Достижение указанной цели осуществляется постановкой и решением следующих задач:

1. Проведение исторического анализа происхождения и развития института норм непосредственного применения в различных правовых системах.
2. Определение понятия сверхимперативных норм и их отличия от императивных норм гражданского права, а также от другого механизма ограничения действия коллизионного метода – оговорки о публичном порядке.
3. Анализ международно-правовых документов по вопросу применения сверхимперативных норм права страны суда и государств, с которыми договор имеет тесную связь, выявление основных тенденций в развитии унификации норм в данной сфере.
4. Анализ основных коллизионных и материально-правовых норм непосредственного применения в белорусской законодательной практике, сравнение их с российским подходом в данной сфере.



5. Определение основных подходов белорусской и российской правоприменительной практики в данной области, а также в практике развитых государств.

Предметом исследования является международно-правовое и национально-правовое (в Беларуси и за рубежом) регулирование применения императивных норм международного характера: национальные нормативные акты, положения международных договоров, нормы *lex mercatoria*, решения национальных судов различных государств, а также решения международных арбитражей, касающиеся различных подходов к решению проблемы применения императивного законодательства к отношениям, осложненным иностранным элементом.

#### **Методология и методы проведенного исследования**

Общей методологической основой диссертационного исследования является материалистическая диалектика, универсальная теория познания социальной действительности. В процессе работы используются также метод научного анализа, сравнения, обобщения, моделирования, исторический и логический методы исследования.

#### **Научная новизна и значимость полученных результатов**

Диссертация представляет собой первое комплексное научное исследование специфики законодательного установления и применения сверхимперативных норм на постсоветском пространстве, преимущественно, в практике Республики Беларусь, Российской Федерации и частично Украины. На основании анализа западной и постсоветской доктрин, национального законодательства различных государств, судебной практики, международно-правовых документов и их проектов выводится понятие императивных норм международного характера, рассматриваются особенности законодательной и правоприменительной практики различных государств.

#### **Практическая значимость полученных результатов**

Проведенный анализ и обобщения могут быть использованы в процессе совершенствования правоприменительной практики Республики Беларусь.

Теоретические выводы, содержащиеся в диссертации, могут быть использованы в научной и педагогической работе в области международного частного права, гражданского и торгового права зарубежных государств, а также судьями и

международными арбитрами при разрешении споров, вытекающих из правоотношений, осложненных иностранным элементом.

Результаты исследования могут быть использованы и в законодательной практике в сфере норм непосредственного применения.

### **Структура и объем диссертации**

Диссертация состоит из введения, трех глав, заключения и списка использованных источников.

# Глава 1. КОНЦЕПЦИЯ ИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

## 1.1. История возникновения и развития теории императивных норм

### 1.1.1. Предпосылки зарождения теории императивных норм

Раскрытие вопроса генезиса теории императивных норм обуславливается двумя причинами. Во-первых, развитие доктрины играет огромную роль в становлении международного частного права и оказывает серьезное влияние как на законодательную, так и на правоприменительную практику. Во-вторых, внутреннее право различных государств по-разному решает вопрос правовой природы и юридической силы императивных норм.

Ярким примером роли императивных норм в международном частном праве может служить ситуация с проблемой признания действительности договора, поскольку эти вопросы как раз, преимущественно, и регулируются императивными нормами. В мировой практике сложилось две основные правовые системы: англосаксонская и континентальная. Согласно основному принципу англосаксонской системы действительность договора определяется правом, свойственным договору, под которым понимается право, с которым договор имеет наиболее тесную и реальную связь<sup>2</sup>. Из этого правила есть два исключения. Во-первых, суд должен применять к действительности договора императивные нормы страны суда (*lex fori*). Во-вторых, могут применяться императивные нормы страны, где происходит исполнение договора (*lex loci solutionis*). Второй принцип сложился в доктрине позднее. Применяя этот принцип, английские суды отказывались признавать действительность договоров, противоречащих императивным нормам иностранного дружественного государства.

В континентальной системе действительность договора определялась по праву, применимому к договору, под которым понималось право страны, в которой локализовано правоотношение (находится местожительство сторон, место осуществления деятельности, находится предмет договора, заключена сделка,

---

<sup>2</sup> Dicey and Morris on the Conflict of the Laws. 11-th ed., Collins, L.ed., London, 1987. Vol.2. – P.1218.

исполняется договор). Такой подход был предложен в теории **Ф.К. фон Савиньи** в середине 19 века, которая устанавливала «оседлость правоотношения» (*Sitz des Rechtsverhältnisses*), т.е. **заранее определенный конкретный коллизионный принцип** для каждого типа правоотношений: *lex loci delicti comissi*, *lex loci contractus* и др.<sup>3</sup> Единственным исключением была возможность применения императивных норм **страны суда**. То есть в это время в Европе господствовала теория «жестких» коллизионных принципов. Такой подход существовал в европейских странах до принятия Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 года, которая в статье 4 предложила совершенно иной подход, то есть «гибкие» коллизионные привязки. Но даже новая теория «гибких» коллизионных норм не решала все вопросы, поскольку критике подвергался сам коллизионный метод. Поэтому в середине 20 века во Франции начала формулироваться концептуально новая теория сверхимперативных норм (*les règles d'application immediate*), которая учитывала недостатки, порожденные применением исключительно коллизионного метода.

### 1.1.2. «Теория специальной связи»

Первые шаги по разработке теории императивных норм были предприняты в Германии в тридцатые годы. В 1939 году профессор В.Венглер (*W.Wengler*) впервые сформулировал ряд принципов, которые впоследствии легли в основу «теории специальной связи» (*Sonderanknüpfung*). Согласно этому учению, к действительности договора должны применяться судом не только **императивные нормы государства, право которого регулирует данный договор (*lex causae*)**, но и могут применяться императивные нормы других государств, с которыми **договор имеет связь**. Таким образом, договор, действительный по *lex causae*, может быть признан судом недействительным, если суд сочтет необходимым применить к нему императивные нормы другого государства, по которым он недействителен. Венглер только в самом общем виде сформулировал **критерий связи** договора с правовой системой другого государства – если договор затрагивает **сферу интересов определенного государства**, суд может учитывать

---

<sup>3</sup> Лунц Л.А. Международное частное право. Москва: «Юридическая литература», 1970. – С. 115.

его императивные нормы<sup>4</sup>. То есть «теория специальной связи» впервые ввела в международное частное право совершенно новый метод определения применимости императивных норм. Применение императивной нормы стало зависеть не от того факта, признано ли это право применимым к правоотношению, а от стремления самой императивной нормы к применению. Этот критерий стремления императивной к применению лег в основу дальнейших исследований в сфере императивных норм в международном частном праве. Необходимо отметить, что предложенные Венглером принципы не заменяют традиционный коллизийный метод, а дополняют и развивают его.

Основные постулаты теории Венглера легли в основу учения другого знаменитого немецкого ученого в области международного частного права профессора К. Цвайгерта (*K. Zweigert*). Он исходил из того, что иностранные императивные нормы могут применяться судами другого государства, **если это затрагивает экономические интересы государства**, например, ограничение, квотирование и запрет экспорта и импорта определенных категорий товаров, ограничение или запрет на перевод валюты и т.д. Однако, Цвайгерт предлагает следующую оговорку: применение императивных норм другого государства возможно только тогда, когда это **оправдано с точки зрения мирового сообщества**<sup>5</sup>.

Цвайгерт пошел дальше Венглера в том плане, что он попытался предложить конкретный критерий определения тесной связи с договором права государства, императивные нормы которого претендуют на применение. В частности, Цвайгерт говорит, что такая связь имеет место при **пересечении товара территории государства**, которое содержит императивные нормы, признающие недействительным такой договор<sup>6</sup>. Разумеется, надо отдать должное этому ученому, который впервые предложил такой критерий. Но внешнеэкономическая деятельность не ограничивается только международной коммерцией, то есть сформулированный Цвайгертом критерий применим только к одной, узкой сфере хозяйственных правоотношений и не может рассматриваться как универсальный критерий, применимый к другим правоотношениям по аналогии. Поэтому можно

---

<sup>4</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 16-17.

<sup>5</sup> Mann F. Conflict of Laws and Public Law // 132 Rec.des Cours. - 1971. - P.157.

<sup>6</sup> Там же. – С. 158.

сказать, что Цвайгерт предложил общую основу теории, а разработкой ее конкретных положений займутся другие теоретики в области международного частного права.

Кроме того, интересно рассмотреть критерий применимости императивных норм одного государства судами другого государства. Очевидно, что иностранная императивная норма должна отвечать каким-то требованиям, что объясняло бы ее особый характер и, как следствие, экстерриториальное действие, в исключение из общего правила. Цвайгерт призывает руководствоваться «общими принципами международного права», разделяя правовые системы государств на те, которые соответствуют требованиям мирового сообщества, и те, которые не соответствуют им, то есть являются «чуждыми»<sup>7</sup>. Соответственно, суд может применить императивные нормы государства первой группы и не должен применять нормы второй группы. Кроме того, Цвайгерт использует и политический критерий, **называя чуждыми правовые системы социалистических государств**. С данным тезисом трудно согласиться, так как нельзя сказать, что общепризнанным принципам международного права противоречит вся социалистическая правовая система. Такой вывод можно сделать о некоторых нормах, например, в сфере права частной собственности, особенно недвижимости, права на осуществление внешнеэкономической деятельности только в отношении определенных юридических лиц – торговых представительств государства, плановый способ ведения хозяйства и т.д. Правовые же нормы, например, в сфере брачно-семейных, трудовых отношений, социального обеспечения социалистической системы были хорошо разработанными, действующими на практике и в некоторых аспектах (например, в области равенства прав мужчин и женщин, права на развод) социалистические нормы порой были более демократичными, чем некоторые европейские.

Вряд ли можно согласиться и с характером самого критерия – суд должен давать политическую и идеологическую оценку иностранных правовых систем, что, на наш взгляд, противоречит современному подходу юриспруденции вообще. Именно этот аспект теории Цвайгерта был подвергнут критике

---

<sup>7</sup> Mann F. Conflict of Laws and Public Law // 132 Rec.des Cours. - 1971. - P.160.

английским ученым коллизионистом Ф.Манном (*Mann*)<sup>8</sup>. Другой недостаток данного учения – предложение применения субъективной оценки. Судья должен определить, какой из интересов является наиболее типичным для международного сообщества – тот, который защищает императивная норма, или тот, который содержится в иностранной норме, применение которой не допускает эта императивная норма. Обратим внимание на абстрактность и неконкретность такого критерия. Таких принципов, «типичных для международного сообщества» в письменном виде не существовало в то время, и даже в настоящее время нам сложно четко их определить.

Можно отметить тот факт, что при разработке Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 года было предложено как раз исходить из похожего критерия – «критериев, признанных международным сообществом» (например, существование близких правовых норм в различных правовых системах, защита этими нормами общепризнанных ценностей и др.) – при определении судами возможности применения иностранной императивной нормы. Однако, такое предложение было отвергнуто большинством экспертов на том основании, что подобных признанных мировым сообществом критериев не существует и, следовательно, суды будут поставлены в затруднительное положение<sup>9</sup>.

В целом, оценивая учения Венглера и Цвайгерта, хочется отметить, что это были **первые попытки** выработать единую теорию императивных норм, а первые шаги не могут не иметь недостатков. Несмотря на неразработанность критерия применимости иностранных императивных норм судами другого государства, эти видные ученые, во-первых, показали несовершенство традиционного коллизионного метода, а во-вторых, предложили методологическую основу для устранения этих недостатков, тем самым заложив

---

<sup>8</sup> Mann F. Conflict of Laws and Public Law // 132 Rec.des Cours. - 1971. - P.161.

<sup>9</sup> Punkt 3 zum 7 Artikel des Kommentare Das Uebereinkommen vom 19 Juni 1980 in Rom: «Eine Delegation hatte vorgeschlagen, diesen Ausdruck in der Weise zu praezisieren, dass die Natur und der Gegenstand der betreffenden Bestimmungen nach international anerkannten Kriterien gerechtfertigt sein muessten ( zum Beispiel gleichartige Rechtsvorschriften in anderen Staaten oder Rechtsvorschriften, die einem allgemein anerkannten Interesse dienen). Andere Sachverstaendige wiesen jedoch darauf hin, dass es keine solchen internationalen Kriterien gebe und dass man daher den Gerichten nur Schwierigkeiten bereiten wuerde. Ausserdem beruehre diese Loesung das heikle Problem der Glaubwuerdigkeit auslaendischer Rechtsordnungen. Ohne den Gedanken an sich zu verwerfen, machte sich die Gruppe daher diesen Redaktionsvorschlag nicht zu eigen»// Journal official. - №° C 282. - 31/10/1980. - P. 0001 - 0050.

фундамент для дальнейших научных исследований и разработки проектов международных договоров.

### 1.1.3. «Теория анализа правительственного интереса» Б. Карри

Следующей концепцией в истории развития учения об императивных нормах, получившей как позитивные, так и негативные отклики в трудах других авторов, стала «теория анализа правительственного интереса» (*Governmental Interest analysis*), разработанная американскими учеными - коллизионистами в середине 20 века. Эта концепция связана с таким именем как Брайнерд Карри (*B. Currie*)<sup>10</sup>. Он вообще отвергает коллизионный метод как таковой на том основании, что тот не в должной мере справедлив и целесообразен и не приводит к объективному решению коллизионной проблемы. Карри считает несправедливым тот факт, что тщательно разработанная прогрессивная национальная правовая система может быть сведена на нет применением иностранного права на основании принципа международной вежливости.

Карри предлагает собственную систему принципов, альтернативных коллизионному методу. Следует заметить, что этот ученый оперирует только принципами интерлокальной коллизии, то есть межштатной, а не международной, межгосударственной<sup>11</sup>. Он отмечал, что в сфере его внимания – действительные, а не ложные коллизии законов. Под действительными коллизиями он понимал коллизии законов двух и более штатов, которые на равных основаниях могут претендовать на применение к спору их внутренних норм<sup>12</sup>. Ложной коллизией законов Карри считал ситуацию, при которой один штат заинтересован в применении своего права, а другой – нет. В этом случае предполагается, что должен применяться закон суда. Сам тезис о «ложной коллизии» являлся главным теоретическим открытием Карри, которое оказало впоследствии серьезное влияние на развитие американского и европейского международного частного права, поскольку эта теория призывала учитывать цели самой нормы.

---

<sup>10</sup> Currie B. Selected essays on the conflict of laws. - Durham. - 1963.

<sup>11</sup> Американское международное частное право развивалось по пути движения от исследования межштатных коллизий к исследованию межгосударственных. Такой подход наблюдается и в европейских государствах с федеративным устройством, например, в Швейцарии.

<sup>12</sup> Влияние современных доктрин на развитие коллизионного регулирования /Международное частное право: современные проблемы. – М., 1994. – С. 387.



Карри призывает признавать компетентным материально-правовой порядок, руководствуясь не коллизионными нормами, а целями этих норм и выражаемыми ими интересами. Осуществляя разбирательство по делу с участием иностранного элемента, суд должен первоначально определить цель и «политику», на которые направлены каждая из потенциально применимых норм. Существует презумпция применения закона страны суда, но суд должен определить, является ли связь между страной суда и рассматриваемым делом (сторонами, предметом, характером сделки и самим разбирательством) достаточной, чтобы данное дело попадало в сферу правительственного внимания на основании объективного интереса государства в данном конкретном случае.

Карри не рассматривает понятия «политика» и «интерес» как синонимичные. «Политика» - «результат установившегося равновесия между противоположными интересами отдельных лиц, а также групп людей, которые стремятся повлиять на содержание права путем изменения законодательных источников и принятия решения в судах»<sup>13</sup>. Простого факта выражения нормой какой-либо политики недостаточно для того, чтобы суд применил эту норму. Она должна содержать особый «правительственный интерес» в применении такой «политики» к правоотношению с участием иностранного элемента. Под «интересом» понимается «результат, во-первых, государственной политики, а, во-вторых, существования надлежащей связи между штатом (государством), о политике которого идет речь, и сделкой, сторонами или судебным разбирательством»<sup>14</sup>. Если суд установит, что его государство имеет «интерес» к применению своих правовых норм к спорному правоотношению, а другое государство – нет, то он применит свое внутреннее право. Если же окажется, что в применении своих правовых норм заинтересованно другое государство, а государство суда – нет, то суд применит нормы того иностранного государства.

Что же касается «действительных коллизий», то есть ситуаций, когда несколько правовых систем имеют «интерес» к применению своих норм к одному правоотношению, то здесь суд должен руководствоваться «толкованием умеренных целей», на которые направлен один из коллидирующих законов<sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Currie B. Selected essays on the conflict of laws. – Durham, 1963. – P.189.

<sup>14</sup> Там же. – P. 621.

<sup>15</sup> Currie B. The Disinterested Third State. – 28 Law & Contemporary Problems, 1963. – P. 757.

Таким образом, суд должен определить, какая из конфликтующих правовых систем имеет наименьший, «умеренный», недостаточно выраженный интерес в регулировании данного правоотношения. Если это сделать невозможно, то суд применяет собственные правовые нормы исходя из презумпции применения права страны суда. Если же суд преуспел в толковании «умеренного интереса» и определил, какое государство имеет наименьший интерес, то налицо «ложная коллизия» и суд будет применять право государства, иного, чем имеющее «умеренный интерес».

Карри выделяет и такое понятие как «негативная коллизия», то есть ситуация, когда ни одно из государств, имеющих связь с данным правоотношением, не имеет «правительственного интереса» в применении внутреннего права. В данном случае суд должен применить *lex fori*. Карри считает такой подход более удобным и экономичным, поскольку суд не должен устанавливать содержание иностранного права, осуществлять квалификацию иностранных правовых понятий, что порой бывает затруднительно.

Самым сложным моментом теории Карри является ситуация, именуемая проблемой «незаинтересованного третьего государства». Когда суд устанавливает, что несколько иностранных правовых систем заинтересованы в применении своего права к данному правоотношению, а правовая система суда не демонстрирует такого интереса, то как должен действовать суд в такой ситуации, учитывая, что существует презумпция применения закона суда? Ответ на этот вопрос у Карри с течением времени изменялся. Сначала он сомневался в правомерности применения в такой ситуации закона суда, так как не видел никаких оснований для этого, за исключением ситуации, когда нормы права страны суда и иностранного права идентичны. Но впоследствии Карри пришел к выводу, что при неприменении закона суда надо делать выбор между различными, но равными по силе правовыми системами, имеющими одинаковый интерес в применении своих норм к правоотношению. Таким образом, это влечет неизбежное подчинение интересов одного государства интересам другого государства, что для Карри недопустимо на том основании, что нельзя найти критерий для разрешения коллизии интересов в пользу одной из равноценных правовых систем. В такой ситуации Карри предлагает суду либо вообще отказаться от рассмотрения такого дела, либо,

используя доктрину «умеренной квалификации», приходиться к квалификации ситуации в качестве «ложной коллизии». Если же это невозможно, то суду следует применять собственное право. «Когда несколько штатов проводят различную политику, и при этом имеют законный интерес в применении этой политики, суд не может «взвешивать» противоборствующие интересы, или оценивать их суть, для осуществления выбора между ними... Ни при каких обстоятельствах суд не может провозгласить интерес другого штата менее значимым. Суд лишь может просто применить свое право. Но когда суд при разрешении действительной коллизии законов решит применить иностранное право, он берет на себя большую ответственность: он признает политику, или интерес, своего штата менее значимым и отдает предпочтение политике, или интересу, другого штата...»<sup>16</sup>.

Рассмотрев данную теорию «правительственного интереса», можно сделать вывод о том, что в подавляющем большинстве случаев должен быть применен *lex fori*. Причиной концептуального отхода от классического коллизионного метода, предусматривающего равное отношение суда к отечественному и иностранному праву, является невозможность для Карри сравнительного анализа различных правовых систем и интересов, преследуемых их нормами.

Интересно, что Карри, называя оценку значения конкурирующих интересов двух суверенных государств для определения верховенства одного из них политической функцией, отрицает возможность передачи ее на усмотрение суда. По его мнению, это прерогатива только законодательной власти. Лишь Конгресс США как законодательный орган, способен достичь такого результата.

На наш взгляд, теория «правительственного интереса» имеет много слабых мест. Во-первых, основной ее методологический недостаток связан с отказом осуществлять сравнительно-правовой анализ коллидирующих норм и, соответственно, выражаемых ими интересов. В результате, основной постулат теории о необходимости определения «правительственного интереса» теряет всякий смысл, поскольку имеет значение лишь для квалификации ситуации как «ложная» или «действительная коллизия», но не влияет на выбор применимого права. Такой недостаток приводит к схоластичности теории, отсутствию ее практической значимости.

---

<sup>16</sup> Currie B. Selected Essays. – P. 181-182.

Во-вторых, нельзя согласиться с Карри и по существу теории - в вопросе практически постоянного применения закона суда. Такой подход, с одной стороны, влечет отрицание международного частного права вообще, поскольку возможности применения иностранного права ничтожно малы, то есть присутствие иностранного элемента в правоотношении ни коим образом не влияет на решение суда. С другой стороны, применение только закона суда приводит к отсутствию единообразия в правовом регулировании отношений с иностранным элементом, так как результат будет всецело зависеть от того, в суд какого штата или государства подан иск. Дело с одинаковыми фактическими обстоятельствами будет по-разному решено в судах различных штатов (государств).

В-третьих, нам представляется неоправданным рассмотрение оценки судом коллидирующих норм права как политической функции и, соответственно, передача таких полномочий законодательной власти. В таком случае происходит стирание граней в разделении властей: законодательной, исполнительной и судебной. Только суд как независимый правоприменительный орган способен дать оценку и провести сравнительно-правовой анализ конфликтующих норм различной национальной принадлежности. Только суду по силе определить наличие и степень «интереса» в нормах государства, заинтересованного в регулировании конкретного правоотношения. Такие полномочия нецелесообразно передавать законодательному органу, например, Конгрессу США, потому что это негативно повлияет на его непосредственные функции.

В-четвертых, Карри фокусирует свое внимание на анализе только «правительственных интересов», не обращая внимания на интересы сторон правоотношения, которые, по идее, должны превалировать в рассмотрении гражданско-правовых отношений и, особенно, договорных.

Как уже говорилось выше, теория «правительственного интереса» была подвергнута критике как советской и позднее российской, так и западной доктриной международного частного права. Например, Ф.К. Янглер (*Juengler F.K.*) высказывался против выискивания целей материально-правовых норм<sup>17</sup>,

---

<sup>17</sup> Juengler F.K. Conflict of Laws: A Critique. – P. 33.

негативную оценку взглядов Карри можно найти и в трудах Лунца Л.А.<sup>18</sup>, Жильцова А.Н.<sup>19</sup>, Манна<sup>20</sup> и других.

Несмотря на обилие критики можно найти и некоторые положительные моменты в теории правительственного интереса. Эта теория оказала влияние на последующее развитие доктрины международного частного права и показала, что в силу особых целей некоторые материально-правовые нормы государства, иного, чем то государство, право которого регулирует данное правоотношение, должны применяться. Это императивные нормы страны суда. Данный тезис частично лег в основу теории «норм непосредственного применения».

Достоинства теории Карри отмечали такие авторы как Стрикверд Л. (*Strikwerd L.*): «теория сыграла роль катализатора в обновлении коллизионного права, даже в Европе»<sup>21</sup>, Янглер Ф.: «европейская концепция императивных норм во многом похожа на теорию Карри»<sup>22</sup>, Вильямс П. (*Williams P.*): «статья 7 Римской конвенции о праве, применимом к договорным отношениям 1980 года в определенной степени основана на идеях «теории правительственного интереса»<sup>23</sup>, Лагард П. (*Lagard P.*): «Римская конвенция 1980 года наделяет суды правом анализировать «правительственный интерес» перед принятием решения о применении императивных норм»<sup>24</sup>.

Некоторые ученые восприняли и развили учение Карри. Бакстер (*Baxter I.*), в частности, отказывается в своей «теории сравнительной оценки ущемления интересов» от презумпции применения закона страны суда и основывается на использовании анализа правительственного интереса коллидирующих норм для того, чтобы определить, какой из интересов государств, связанных с правоотношением, окажется более ущемленным, если законодательная политика одного из государств будет подчинена законодательной политике другого государства.

---

<sup>18</sup> Лунц Л.А. Международное частное право. - М.: Юридическая литература, 1970.

<sup>19</sup> Жильцов А.Н. Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. – 1997. - № 23-24.

<sup>20</sup> Mann F. Conflict of Laws and Public Law // 132 Rec.des Cours. - 1971.

<sup>21</sup> Strikwerd L. Interest Analysis: No More Than a Protest Song? // Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil. – Dordrecht, 1992.

<sup>22</sup> Juengler F.K. Conflict of Laws: A Critique.

<sup>23</sup> Williams P.R. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 35. – 1986. – P. 22.

<sup>24</sup> Kommentare Das Uebereinkommen vom 19 Juni 1980 in Rom // Journal official. - №° C 282. - 31/10/1980.

Эренцвейг в своей теории «*lex fori*» утверждает, что в первую очередь необходимо анализировать интересы права страны суда, но в отличие от Карри он предусматривает большие возможности для применения иностранного права, связанного с правоотношением. Суд должен констатировать наличие прямо выраженного стремления своего внутреннего права к регулированию данного правоотношения и тогда применить закон суда. Если это затруднительно, суд должен применить коллизионные нормы, как писанного, так и неписанного характера для определения применимого права.

Указанные теории имеют много различий, но в основе своей все они имеют один принцип – необходимость анализа интереса материально-правовой нормы, ее целей, целесообразности применения к конкретным фактическим обстоятельствам. В дальнейшем эти идеи были положены в основу европейской теории императивных норм.

#### **1.1.4. Концепция норм «непосредственного применения»**

Основы теории норм «непосредственного применения» были заложены в середине 20 века французским ученым Франсескакисом Ф. (*Francescakis F.*), который путем обобщения судебной практики Франции и Италии пришел к заключению о существовании особых материально-правовых норм, выпадающих из общей коллизионной схемы определения применимого права в отношении с иностранным элементом. Нельзя сказать, что это была абсолютно новая идея. Еще в 19 веке Фридрих Карл фон Савиньи, предложивший для каждого правоотношения жесткие коллизионные привязки, обращал внимание на существование законов «строго позитивного, или императивного характера», которые могли применяться независимо от коллизионных принципов в целях защиты основополагающих принципов права страны суда<sup>25</sup>. Эту идею Савиньи развил Чарльз Брошер в конце 19 века, который разделял нормы внутреннего публичного порядка и международного публичного порядка. Но все эти идеи оставались на втором плане до того времени, как государство не стало активно вмешиваться в частноправовые отношения и в доктрине международного частного

---

<sup>25</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С.31.

права не стали громко высказываться мысли о необходимости модификации традиционного коллизионного метода с целью учета интересов государств, связанных с правоотношением. То есть эти обстоятельства послужили толчком для разработки специальной теории императивных норм или в той терминологии - норм непосредственного применения.

В общем, суть теории можно выразить в нескольких тезисах:

1. В каждом государстве существует особая категория материально-правовых норм непосредственного применения, которые называют сверхимперативными, обязательными или абсолютными нормами, которые применяются в правоотношениях с иностранным элементом независимо от содержания коллизионной нормы, отсылающей к иностранному праву.

2. Нормы непосредственного применения сами определяют сферу своего действия при помощи специального «квалифицирующего элемента», то есть указания на территориальную и /или персональную сферу действия нормы. В саму структуру императивной нормы включается особый признак, выделяющий ее из общей массы правовых норм. Императивная норма состоит из двух частей: материально-правовое содержание и «квалифицирующий элемент». Но императивная норма может и не иметь такой специальной структуры, а заключать этот императив в цели, для которой эта норма была принята. Таким образом, суд должен не только внимательно рассматривать структуру правовой нормы, но и толковать эту норму для определения ее императивного характера.

3. Императивные нормы выражают **особо значимый для государства интерес**. Этот интерес превалирует над общей целью коллизионного метода правового регулирования, то есть достижение гармонии в принятии решений судами различных государств в применении как отечественного, так и иностранного права.

4. Как правило, нормы непосредственного применения затрагивают **публично-правовые отношения** и, соответственно, имеют публично-правовой характер. Но некоторые нормы непосредственного применения затрагивают частноправовую сферу. Поэтому наличие публично-правового аспекта императивной нормы не является исключительным признаком для определения ее правовой силы.

5. Нормы непосредственного применения распространяют свое действие только на **определенную сферу**, часть правоотношения, но не на все правоотношение в целом. К тем же сферам данного правоотношения, которые не подпадают под действие императивной нормы, будет применяться свой коллизионный статут, то есть свой компетентный правопорядок, определяемый на основе коллизионной нормы.

На основании этих тезисов можно сформулировать следующие выводы. Теория «норм непосредственного применения» отличается от теории «анализа правительственного интереса» тем, что она не отвергает коллизионного принципа вообще, а дополняет его, несколько изменяя и привнося некоторые дополнения в части необходимости оценки и анализа не всех материально-правовых норм (как у Карри), а лишь отдельных материально-правовых норм, имеющих особое значение для государства их происхождения.

Родоначальник «теории норм непосредственного применения» Франсискакис следующим образом определяет эти нормы: **«Это нормы, соблюдение которых необходимо в целях обеспечения защиты политической, социальной и экономической организации конкретного государства»**<sup>26</sup>. Следует заметить, что такой критерий не решает проблему четкого выделения норм непосредственного применения из общей массы нормативно-правового материала. Есть основания сделать вывод о том, что в современных условиях развития общества любая правовая нормы, а не только норма императивная, выражает какой-либо государственный интерес политического, социального или экономического характера. Как раз в этом и заключается, на наш взгляд, определенное слабое место теории Франсискакиса, которое состоит в том, что на практике трудно определить, является ли норма нормой непосредственного применения или нет, так как **не всегда в ее тексте прослеживается «квалифицирующий элемент»**. Как отмечает французский ученый Майер П. (*Mayer P.*), «законодатель не всегда затрудняет себя указанием сферы применения разрабатываемых им норм... Очевидно, что определение четких границ категории норм непосредственного применения представляет собой очень сложную задачу»<sup>27</sup>.

---

<sup>26</sup> Franciscakis Ph. La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé. – Paris, 1958. – P. 11.

<sup>27</sup> Mayer P. Droit International Privé. – 4e édition. – Paris, 1991. – P. 87-88.



Но указанный недостаток не умаляет значения теории «норм непосредственного применения» и не может служить основанием для отказа от данной теории. Концепция императивных норм отражает объективную реальность и эффективно служит защите интересов государства, имеющего связь с конкретным правоотношением либо на стадии возникновения, изменения или прекращения правоотношения, либо на стадии судебного разбирательства.

Как правило, решение вопроса разграничения норм непосредственного применения от всех иных норм ложится на усмотрение суда при рассмотрении конкретных фактических обстоятельств. Конечно, этот момент вносит элемент непредсказуемости, однако, он устраняет основной недостаток коллизионного метода, заключающийся в отсутствии учета конкретных фактических обстоятельств и, соответственно, приводит к вынесению более справедливого судебного решения.

Некоторые авторы отмечают, что современной европейской практикой к императивным нормам относятся нормы, регулирующие права потребителей, защиту прав слабой стороны в договоре, некоторые нормы о ценных бумагах, правила валютного регулирования, таможенного контроля, экспортно-импортные ограничения, нормы о банковской и страховой деятельности<sup>28</sup>. В Республике Беларусь подавляющее большинство норм регулирования внешнеэкономической деятельности, норм в сфере налогообложения рассматриваются как императивные. Следует заметить, что вышеназванный перечень не является закрытым.

Основным критерием отнесения норм к нормам непосредственного применения является намерение законодателя, заключающееся в цели правовой нормы, что делает невозможным применение к определенному фактическому составу норм иностранного права.

Общий вывод данного раздела заключается в том, что теория Францискакиса предложила новый метод определения применимого права, дополнив и скорректировав традиционные коллизионный и материально-правовой методы. В следующем разделе данной главы будет предпринята попытка сделать глубокий, комплексный и всесторонний анализ данного метода.

---

<sup>28</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 34.

## **1.2. Понятие императивных норм в современном международном частном праве, их отличие от норм диспозитивных**

### **1.2.1. Понятие императивных норм**

Законодательная и правоприменительная практика выработали различные механизмы, определяющие пределы и условия применения коллизионных норм, действующие в различных направлениях и различными способами. Среди таких механизмов выделяются такие инструменты, которые ограничивают или исключают действие традиционного коллизионного метода.

Во-первых, как отмечает российский ученый В.П.Звеков<sup>29</sup>, квалификация применимого права как материального права, то есть непринятие обратной отсылки сужают направленность действия отечественной коллизионной нормы, ограничивают ее в конечном счете применением иностранного материального права, а, наоборот, признание обратной отсылки «возвращает» суд к собственному материальному праву, исключая применение иностранного.

Во-вторых, начало автономии воли сторон ограничивается пределами обязательственного статута. Иные же вопросы, например, форма договора, личный статут, деликтные правоотношения регулируются иными коллизионными правилами<sup>30</sup>. В законодательстве ряда стран автономия воли сторон в договорных отношениях допускается только в пределах, определенных локализацией договора, имеются и другие ограничения.

В-третьих, оговорка о публичном порядке, речь о которой пойдет подробнее ниже, исключает применение иностранного права в случаях, когда его применение противоречит основам правопорядка (публичному порядку).

В-четвертых, ответные ограничения – реторсии – могут быть выражены в ограничении применения отечественных коллизионных принципов в случаях,

---

<sup>29</sup> Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. – М.: Издательская группа НОРМА - ИНФРА М, 1999. – С. 144.

<sup>30</sup> Конечно, в данном случае речь идет только о белорусской и российской правовых системах. В западном праве в последнее время все чаще наблюдается признание применения автономии воли сторон в внедоговорных отношениях, например, в деликтных правоотношениях. В частности, Закон о международном частном праве Швейцарии 1988 года разрешает сторонам в любое время после совершения вредоносного деяния договориться о применении права суда. Возможность выбора сторонами применимого права предусмотрена и проектом регламента Европарламента и Совета ЕС от 22 июля 2003 г. № 427 (Rome II).

когда они отсылают к праву государства, которым были применены дискриминационные меры по отношению к гражданам, товарам первого государства.

Каждый из указанных механизмов имеет свою сферу применения. Но за их рамками остается действие императивных норм государства суда и в ряде случаев иных государств, поскольку они не подпадают под понятие «публичный порядок». Между тем, такие нормы способны ограничивать действие коллизионных норм и начало автономии воли сторон.

Как уже было установлено в первом разделе данной главы, институт императивных норм представляет собой сравнительно молодое правовое явление и в белорусской, и в западной юридической науке. Основные теоретические учения, разрабатывающие проблематику императивных норм, сложились в середине 20 века в западных странах – в Германии, в Соединенных Штатах Америки, во Франции. В социалистической доктрине этот вопрос вообще не разрабатывался. Законодательное закрепление вопросов, связанных с применением императивных норм, на международном уровне датируется концом 20 века: Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 года вступила в силу только в 1990 году. На национальном уровне проблема императивных норм стала включаться во внутренние законы о международном частном праве в 70 – 90 годах (например, в Швейцарии, Венгрии, Австрии). Социалистическим законодательством вопрос применения судом императивных норм других государств не регулировался вообще. И только новейшее белорусское и российское законодательство закрепляет данный вопрос: в Беларуси 7 декабря 1998 года принята новая редакция, вступившая в силу 1 июля 1999 г., Гражданского кодекса, в которую внесена статья 1100 «Императивные нормы», в Российской Федерации третья часть Гражданского кодекса, регулирующая применение императивных норм, вступила в силу в 2001 году.

Общее понятие императивных норм можно найти в доктрине у многих авторов. По мнению Францискакиса, как мы уже отмечали, императивные нормы международного частного права – это нормы, «соблюдение которых необходимо

для защиты политической, социальной и экономической организации государства»<sup>31</sup>.

Немецкие ученые Х.Кох, У.Магнус и П.Винклер фон Моренфельс (*H.Koch, U.Magnus, P.Winkler von Mohrenfels*) таким образом определяют это понятие: «императивные нормы - нормы, подлежащие благодаря своему большому народнохозяйственному и социально-политическому значению применению независимо от компетентного правопорядка, к которому отсылает коллизийная норма (или который выбран сторонами на основании автономии воли сторон). Эти нормы называют также международными императивными нормами»<sup>32</sup>.

Близкое определение дает Суд Европейских сообществ в знаменитом решении по делу *Arblade* от 23 ноября 1999 г.: «В своей основе императивная норма (*loi de police*) представляет собой внутригосударственное правовое предписание, соблюдение которого настолько важно для обеспечения политической, социальной и экономической организации государства, что каждое лицо, находящееся на территории этого государства или имеющее правовую связь, локализованную на территории этого государства, обязано его выполнить»<sup>33</sup>. Это определение легло в основу Регламента Европарламента и Совета ЕС от 15 декабря 2005 г. № 650, о котором речь пойдет в третьей главе.

Российская доктрина и законодательная практика используют такое определение императивных норм – нормы, которые «вследствие указания в самой норме или ввиду их особого значения для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующее правоотношение независимо от подлежащего применению права»<sup>34</sup>.

Французская доктрина следующим образом определяет понятие «норм непосредственного применения»: «положения, которые преследуют очень важные цели в глазах их принявшего государства, для чего отказывают в применении

---

<sup>31</sup> Francescakis Ph. *Conflits de lois (principes généraux)* // *Repertoire Dalloz de droit international*. – № 137.

<sup>32</sup> Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. *Международное частное право и сравнительное правоведение* / Пер. с нем. д-ра юр.наук Ю.М.Юмашева. – М.: *Междунар. Отношения*, 2003. – С. 409.

<sup>33</sup> Решение Суда Европейских сообществ по делу *Arblade* от 23 ноября 1999 г. // *Revue critique de droit international privé*. – 2000. – P. 710. – Note Fallon.

<sup>34</sup> Проект раздела VII «Международное частное право» проекта части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации // *Ведомственное приложение к «Российской газете»*. – 1996. – 30 ноября; Звеков В.П. *Международное частное право. Курс лекций*. – М.: Издательская группа НОРМА – ИНФРА М, 1999. – С. 149.

коллизии правил»<sup>35</sup>, то есть свехимперативные нормы «имеют в общем цель защитить интересы коллектива по отношению к категории индивид (наемных служащих, арендаторов, потребителей, несовершеннолетних в состоянии опасности и других)»<sup>36</sup>.

По мнению П. Майера (*Mayer P.*), императивные нормы – это нормы, которые должны быть применены «каждый раз, когда государству важно, чтобы интересы, которые оно стремится защитить, были защищены». Майер полагает, что определение Францискакиса является узким, поскольку, будучи применимым для большинства ситуаций, оно не применимо в случае, когда императивная норма преследует цель защиты не общей организации строя, а интересов конкретного лица (например, нормы о защите прав потребителя)<sup>37</sup>.

Оди Б. (*Audit B.*) несколько иначе формулирует понятие императивных норм и выделяет следующие их свойства:

- 1) они действуют в тех сферах, где присутствует публичный интерес (конкуренция, образование, труд);
- 2) их применяют, чаще всего, органы исполнительной власти, а не суды<sup>38</sup>.

Нам представляется весьма спорным второй из перечисленных данным автором критериев отнесения правовой нормы к нормам непосредственного применения. Решение вопроса применения императивной нормы в смысле международного частного права – прерогатива именно суда, а не какого-либо государственного или иного органа. Именно суд вправе дать оценку императивной норме применительно к конкретным рассматриваемым фактическим обстоятельствам. «Украшения и различные модификации определения Францискакиса вряд ли способны исправить положение, так как значимость, важность нормы – это **оценочный критерий**, который, как правило, не может быть использован вне рассмотрения конкретного дела. Доктрина не может опереться на этот критерий – это может сделать только суд»<sup>39</sup>.

---

<sup>35</sup> Ferry C. Contrat international d'agent commercial et lois de police // Journal du droit international. – 1993. – Vol.120. – P. 299 – 307.

<sup>36</sup> Audit B. Droit international privé. – Paris: Economica, 1991. – P. 94.

<sup>37</sup> Mayer P. La protection de la partie faible en droit international privé. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels // L.G.D.J. – № 17. - P. 522.

<sup>38</sup> Audit B. Droit international privé. – Paris: Economica, 3-eme edition. – P. 100.

<sup>39</sup> Толстых В.Л. Международное частное право: коллизии и регулирование. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 356-357.

Понимая несостоятельность и непрактичность общих определений, европейская доктрина сделала несколько попыток определения императивных норм на основе формальных признаков, учитывающих характер применения императивных норм международного права, а не их содержание.

Согласно П. Майеру, дать точное определение нормы непосредственного применения невозможно, следовательно, ее единственным признаком является то, что она признана в качестве таковой<sup>40</sup>. В принципе, и сам основоположник теории норм непосредственного применения Ф. Францискакис признает невозможность предварительного определения круга императивных норм, отмечая, что в каждом конкретном случае это должен делать судья<sup>41</sup>. Так же считает венесуэльский автор Г. Пара-Арангурен<sup>42</sup>.

По своей природе любая императивная норма является нормой, соблюдение которой необходимо для политической, социальной и экономической организации государства. Любая императивная норма выражает публичный интерес. Однако не любая императивная норма является императивной для целей международного частного права.

Для того, чтобы всесторонне рассмотреть понятие сверхимперативных норм, необходимо остановиться подробно на понятии императивных норм внутреннего гражданского права и их отличии от норм диспозитивных.

Общее отличие состоит в том, что стороны могут избежать применения диспозитивной нормы, установив в договоре иное, и не могут не применять положения императивной нормы. Исключить действие императивных норм можно только путем отказа от заключения договора, норма же диспозитивная допускает признание договора заключенным вне зависимости от отношения сторон к самой норме, т.е. согласны ли они с нею или отступили от нее. Это связано с тем, что отступление от правила, зафиксированного в императивной норме, противоправно, а от такого же правила диспозитивной нормы правомерно, поскольку возможность подобного отступления не только не противоречит норме, но и прямо предусмотрено ею. Диспозитивную норму очень легко распознать: в ее структуру

---

<sup>40</sup> Mayer P., Heuze V. Droit international privee. 7-eme edition. 2001.- P. 84.

<sup>41</sup> Francescakis Ph. Quelques precisions sur les lois d'application immediate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois // Revue critique de droit international privé. – 1966. – P. 10.

<sup>42</sup> Parra-Aranguren G. General Course of Private International Law: selected problems // Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye. – 1988. – T. 210. – P. 134.

включаются слова «если иное не предусмотрено соглашением сторон» или «если стороны не установили иное» и т.д.

Следует иметь в виду, что выбор диспозитивной нормой определенного варианта из множества возможных не случаен. Он, как правило, основан на обобщении договорной практики и в этом смысле представляет собой типичное, логичное, целесообразное, многократно проверенное решение. Отмеченное обстоятельство учитывается при разрешении преддоговорных споров. Суд имеет полное основание исходить из предположения: диспозитивная норма содержит оптимальный вариант. В этой связи сторона, которая предлагает иное, должна доказать другой стороне и суду преимущества предложенного ею варианта договорного условия.

Диспозитивные нормы, несомненно, в наибольшей степени соответствуют сущности отрасли гражданского права, созданной для регулирования рыночных отношений. Вместе с тем в составе гражданского законодательства – и это в полной мере относится к его институтам, посвященным договорам, – немало императивных норм.

В отличие от диспозитивных императивные нормы не имеют внешней атрибутики. Сам способ изложения нормы, и, в частности, отсутствие ссылки на возможность предусмотреть в договоре иное, должны свидетельствовать об ее безусловной обязательности для контрагентов.

Императивные нормы носят абсолютно обязательный характер и, в частности, противоречат руководящему принципу гражданского права - свобода договоров, закрепленному в статье 391 Гражданского кодекса Республики Беларусь (далее – ГК Беларуси) и в статье 421 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее ГК РФ): «Граждане и юридические лица свободны в заключении договора...Условия договора определяются по усмотрению сторон в порядке и пределах, предусмотренных законодательством». В этой связи в самой указанной статье применительно к обоим аспектам свободы договоров – свободы заключения договора и свободы выбора определенной его модели (отдельных положений конкретного договора) – содержится указание на приоритет закона по отношению к нормам не только закрепляющим, но и выражающим принцип свободы договоров. Здесь четко видна разница между императивной и диспозитивной нормой.

Принцип свободы договора распространяет свое действие только на диспозитивные нормы. Определение таких норм содержится и в белорусском законодательстве, а именно в части 3 статьи 391 ГК: «норма, которая применяется, поскольку соглашением сторон не установлено иное». «Стороны могут своим соглашением установить условие, отличное от предусмотренного в диспозитивной норме. При отсутствии такого соглашения условие договора определяется диспозитивной нормой».

Самого понятия «императивная норма» белорусское законодательство не содержит. Но в общих чертах определяет его в пункте 1 статьи 392 ГК: «Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законодательством». Здесь следует акцентировать внимание на важном исключении из принципа «закон не имеет обратной силы», которое имеет место в белорусском законодательстве. Статья 4 ГК Беларуси достаточно жестко ограничивает сферу действия принципа обратной силы в договорных отношениях, отсылая к положениям статьи 392 об императивных нормах. Приоритет императивных норм имеет место как в момент заключения договора, так и в момент внесения изменений в законодательство после заключения договора. Часть 2 статьи 392 таким образом решает вопрос применения императивных норм после заключения договора: «Если после заключения и до прекращения действия договора принят акт законодательства, устанавливающий обязательные для сторон правила, иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора должны быть приведены в соответствие с законодательством, если иное не предусмотрено законодательством»<sup>43</sup>. В отличие от белорусского, российский Гражданский кодекс иначе, более либерально регулирует данную проблему. Во-первых, он непосредственно использует термин

---

<sup>43</sup> Исключением из данного правила является «стабилизационная оговорка», применяемая к деятельности коммерческих организаций с иностранными инвестициями. В соответствии с ч.2 статьи 79 Инвестиционного кодекса Беларуси случае, если акты законодательства Республики Беларусь, принятые после создания коммерческой организации с иностранными инвестициями, ухудшают положение и условия деятельности для иностранных инвесторов и создаваемых с их участием коммерческих организаций с иностранными инвестициями (то есть на них возлагаются дополнительные либо увеличенные в сравнении с ранее существовавшими обязанности или они ограничиваются в правах либо лишаются имевшихся прав), то к иностранным инвесторам, коммерческой организации с иностранными инвестициями и (или) иностранным инвестициям в течение пяти лет с даты приобретения юридическим лицом статуса коммерческой организации с иностранными инвестициями применяется законодательство, действовавшее на дату регистрации коммерческой организации с иностранными инвестициями. Подробно речь об этом будет идти во второй главе.



«императивные нормы». Часть первая статьи 422 ГК РФ определяет: «Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения». Во-вторых, в соответствии с частью 2 статьи 422 ГК РФ, возможность отхода от принципа «закон не имеет обратной силы» рассматривается как исключение из общего правила: «Если после заключения договора принят закон, устанавливающий обязательные для сторон правила иные, чем те, которые действовали при заключении договора, условия заключенного договора сохраняют силу, кроме случаев, когда в законе установлено, что его действие распространяется на отношения, возникшие из ранее заключенных договоров». Как явствует из приведенных формулировок статей, российский ГК с большим уважением относится к принципу действия закона во времени, нежели белорусский. Белорусские же субъекты хозяйствования поставлены в весьма трудные условия неопределенности относительно норм права, обязательных для применения к их договорным обязательствам. Приведение условий договора в соответствие с императивными изменениями законодательства может свести на нет любой экономический интерес от такого договора.

Эти нормы были новыми для гражданского права как Беларуси, так и России, поскольку социалистическим гражданским правом принцип «закон не имеет обратной силы» не был установлен.

Вместе с тем следует иметь в виду, что отличие рыночного хозяйства от хозяйства, основанного на жестком планировании и других столь же жестких способах регулирования со стороны государства, состоит не только в количественном соотношении императивных норм договорного права по отношению к диспозитивным (достаточно указать, что в первой и второй частях нового ГК РФ в составе норм, регулирующих отдельные виды договоров, около 1600 императивных и только около 200 диспозитивных<sup>44</sup>), а в целевой направленности императивных норм.

При оценке сущности императивных норм следует исходить из того, что они представляют собой особую форму, которую принимает публичное начало в гражданском праве. В самом общем виде соответствующее начало, имеющее

---

<sup>44</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: общие положения // [www.lawbook.by.ru](http://www.lawbook.by.ru)

исключительно важное значение для характеристики наиболее существенных изменений в сторону либерализации, которые претерпело современное гражданское законодательство России и Беларуси, закреплено в статьях, с которых начинаются Гражданские кодексы. Подразумевается провозглашение в них равенства участников отношений, неприкосновенности собственности, свободы договоров, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, признание граждан и юридических лиц свободными в установлении прав и обязанностей на основе договора и в определении любых, не противоречащих законодательству условий договора (статьи 2, 4 и другие ГК Республики Беларусь).

Но, по мнению белорусских и российских ученых, большое значение имеет и противоположная задача: государство должно каким-либо образом участвовать в определенном ограничении волеизъявления сторон правоотношения в необходимых случаях. Существует несколько причин для такого ограничения. «В природе рынка ...социальная защищенность человека просто не заложена. Чтобы обеспечить подобную защищенность, ее нужно ввести извне. В этом одно из важнейших направлений деятельности государства и права как средства сохранения стабильности общества. Вот почему государственно-правовое вмешательство в экономику необходимо, ибо оно несет в себе социальную защищенность человека. Мера вмешательства государства и права, формы вмешательства здесь различны, они зависят от состояния общества»<sup>45</sup>.

Законодательный императив может выражаться разными способами: запрещение или, наоборот, понуждение заключить договор, определенная модель и форма договора, включение обязательных условий в договор или, наоборот, запрещение включения определенных условий в договор.

Ограничения, вводимые государством посредством императивных норм, могут преследовать несколько целей. Во-первых, это защита слабой стороны в договоре. Во-вторых, это защита прав третьей стороны (например, прав кредитора). В-третьих, это цели, направленные на обеспечение правопорядка и общественной безопасности.

Сторонники данной точки зрения в качестве обоснования своей позиции приводят пример с законодательством Древнего Рима. Уже в то время государство

---

<sup>45</sup> Лившиц Р.З. Теория права. - М.: БЕК, 1994. - С. 178.

вводило посредством императивных норм какие-либо законодательные ограничения, преследуя те же цели, о которых мы говорили выше. Например, обращается внимание на правила, защищавшие интересы слабой стороны в договоре, в частности той, которая вынуждена была продать свою вещь дешево в силу тяжелых обстоятельств. Соответствующее правило (*laesio enormis*) допускало оспаривание договора по указанному основанию. Необходимо было лишь доказать, что за товар получено менее половины его стоимости.

Цели защиты третьей стороны в договоре служил Паулианов иск, и в частности, требование, которое было направлено против тех, кто накануне конкурса распродал свое имущество, чтобы оно не попало в конкурсную массу.

В отношении третьей цели, то есть охраны правопорядка, римское право считало обязательным для себя защиту интересов гражданского общества в целом и в этой связи вводило нормы, которые предусматривали необходимость признания недействительными договоров, которые противоречили не только правопорядку, но и общественным нравам<sup>46</sup>.

В современном белорусском и российском гражданском праве императивные нормы, направленные на защиту слабой стороны в договоре, связаны, прежде всего, со специальным правовым режимом в отношении потребителя. Кроме того, здесь следует назвать и нормы Гражданского кодекса о признании недействительными сделок, совершенных лицом в состоянии, при котором он не был способен понимать последствия своих действий или руководить ими, либо лицами, которые заключили сделку под влиянием заблуждения, обмана, насилия, угрозы, злонамеренного соглашения их представителя с другой стороной или стечения тяжелых обстоятельств, либо лицом, ограниченно дееспособным вследствие злоупотребления спиртными напитками или наркотическими средствами.

К императивным нормам, направленным на защиту прав третьих лиц, можно отнести, в частности, нормы о солидарных обязательствах, правила, предусматривающие необходимость получения согласия кредитора на перевод должником своего долга на другое лицо, предоставляющие кредитору во всех случаях нарушения или возникновения денежного обязательства право требовать

---

<sup>46</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: общие положения // [www.lawbook.by.ru](http://www.lawbook.by.ru)

уплаты процентов в указанном размере и порядке, нормы, предоставляющие гарантии кредиторам при реорганизации юридического лица, нормы о защите прав кредиторов в процедуре банкротства<sup>47</sup> и многие другие.

К императивным нормам третьей группы можно отнести нормы, устанавливающие определенную форму и обязанность регистрации для отдельных категорий договоров, о лицензировании, таможенном оформлении и т.д., а также норму, содержащуюся в российском и отсутствующую в белорусском Гражданском кодексе, признающую сделку ничтожной, если она противоречит основам правопорядка и нравственности. Пожалуй, к этой категории следует отнести и нормы в области правового режима имущества. Примеров, особенно в российской практике, перевода движимого и недвижимого имущества за границу в качестве взносов в уставный капитал различных обществ, фондов или трастовых компаний, создаваемых в одной из оффшорных юрисдикций множество. Подобные операции позволяют через подчинение имущества иностранному правопорядку экономить значительные суммы нередко в обход императивных норм отечественного налогового законодательства. С проблемой оценки таких действий сталкиваются не только судебные, но и нотариальные органы. В частности, в книге Медведева И.Г. «Международное частное право и нотариальная деятельность» приводится такой интересный пример правовых последствий обхода сверхимперативных норм. Проект завещания, представленный для удостоверения нотариусу одним известным российским предпринимателем, предполагал передачу всего имущества завещателя, в том числе недвижимого, частному пенсионному фонду на Каймановых островах, учредителями которого является сам предприниматель, его супруга и двое совершеннолетних детей. Это позволяет избежать уплаты налога на имущество, переходящее в порядке наследования, так как законодательство Каймановых островов, во-первых, не предусматривает налога на наследство и, во-вторых, разрешает титульному наследнику (пенсионному фонду) получить в местном суде правоустанавливающие документы на наследственное имущество независимо от места жительства наследодателя, при

---

<sup>47</sup> Интересно заметить, что белорусское законодательство о банкротстве доказывает, что его императивные нормы в большей степени направлены не на защиту интересов третьих лиц, а на защиту интересов государства, т.е. относятся к третьей группе императивных норм. В соответствии с положениями ст. 144 Закона об экономической несостоятельности (банкротстве) 2000 г. обязательства по выплате налоговых и иных платежей в бюджет идут ранее обязательств перед иными кредиторами. В России же в соответствии со ст. 134 Закона 2002 г. требования государства и иных кредиторов находятся в одной очереди.

наличии имущественных интересов последнего в данной экономической зоне. Устав пенсионного фонда, представленный нотариусу, предполагал, в частности, выплату остальным учредителям ренты из наследственного имущества в течение 5 лет с момента смерти завещателя и последующую ликвидацию фонда с распределением оставшегося имущества между учредителями.

Несмотря на очевидность попытки вывести имущество из-под действия российских императивных налоговых норм, в данной ситуации у нотариуса нет оснований для отказа в удостоверении завещания, так как обратное противоречило бы принципу свободы его совершения. Однако в данном случае имеет место уклонение от применения императивных предписаний российского налогового законодательства, поскольку ст. 1 Закона РФ «О налоге на имущество, переходящее в порядке наследования или дарения»<sup>48</sup> относит к плательщикам налога физических лиц, которые принимают имущество, переходящее в их собственность в порядке наследования или дарения (исключение, в соответствии со ст. 4 данного закона, представляют относительно рассматриваемой ситуации только наследственные права пережившего супруга). Кроме того, подлежит применению императивная коллизионная норма российского ГК о наследовании, то есть п. 1 ст. 1224, согласно которой к наследованию применяется право страны, где наследодатель имел последнее место жительства, а именно российское право. К наследованию недвижимого имущества применяется также российское право, поскольку наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, - по российскому праву. Из всего вышеизложенного вытекает исключительная компетенция российского нотариуса по месту жительства наследодателя или по месту нахождения недвижимого имущества при выдаче свидетельства о праве наследования. Получая правоустанавливающие документы (решение суда на Каймановых островах) на наследственное имущество в обход обязательной компетенции российского нотариуса, наследники могут столкнуться с невозможностью признания и приведения в исполнение на территории России решения иностранного суда, подтверждающего права наследника,

---

<sup>48</sup> Заметим, что данный закон утратил силу с 1 января 2006 г. в соответствии с Законом РФ от 1 июля 2005 г.

противоречащего российским императивным нормам<sup>49</sup>.

Можно приводить и другие примеры, но подробнее мы остановимся на рассмотрении этой проблемы во второй главе настоящей работы.

Однако, следует заметить, что жесткий подход белорусской и российской доктрины и законодательной практики в сфере установления императивных норм, направленных на охрану правопорядка и общественной безопасности, в некоторой степени основан на социалистических идеях. Западная же доктрина не так безоговорочно оправдывает ограничения, вводимые императивными нормами государства в свободный деловой оборот. В западной правовой мысли и, соответственно, законодательстве более жестко отстаивается принцип свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо, в том числе государства, в частные дела, признание граждан и юридических лиц свободными в установлении прав и обязанностей по договору и в определении любых, не противоречащих законодательству условий договора и т.д. Например, идея государственного регулирования в области ценообразования в государственном и частном секторе будет выглядеть, по меньшей мере, странной в западной правовой системе. В Республике Беларусь, например, действует постановление Министерства внутренних дел от 20 января 2005 года № 15 «О ценах на путевки в государственное учреждение «Санаторий «Белая Русь» Министерства внутренних дел Республики Беларусь», которое устанавливает фиксированные цены на путевки, причем цены различны в зависимости от того, является ли лицо резидентом Беларуси или нет. Более того, 19 мая 1999 года был принят Указ Президента Республики Беларусь № 285 «О некоторых мерах по стабилизации цен (тарифов) в Республике Беларусь<sup>50</sup> (с многочисленными изменениями за период 2000 – 2004 г.г.), который утвердил Перечень товаров (работ, услуг), цены (тарифы), надбавки (скидки) на которые регулируются различными государственными органами (Советом Министров, министерствами, Национальным банком и местными исполкомами). В этот перечень входит несколько десятков позиций товаров (работ, услуг), цены на которые в розницу устанавливаются государством. При превышении этих фиксированных цен

---

<sup>49</sup> Медведев И.Г. Международное частное право и нотариальная деятельность /И.Г.Медведев. – 2 изд. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 38-40.

<sup>50</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 02.06.1999.- № 40. - 1/371.

юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями (кроме коммерческих организаций с иностранными инвестициями, на которых требования об обязательном ценообразовании не распространяются) доход, превышающий установленную цену, взыскивается в бюджет и на данное предприятие налагается штраф в двукратном размере полученного дохода (пункт 1.6).

Необходимо заметить, что такой подход государства к жесткому и повсеместному императивному правовому регулированию экономических правоотношений существенно подрывает основные устои свободного рынка. Конечно, императивные нормы нужны, но как исключение из общего правила. Без таких обязательных предписаний не обойтись, например, в вопросах защиты потребителя, безопасности труда, защиты кредиторов при ликвидации юридического лица и т.д. Но искусственно расширять сферу применения императивных норм государства не целесообразно.

Итак, в настоящем разделе мы пришли к следующим выводам. Императивные нормы – это один из механизмов ограничения действия коллизионного метода. Императивные нормы в общем плане можно сформулировать как нормы, подлежащие благодаря своему большому народнохозяйственному и социально-политическому значению применению независимо от компетентного правопорядка, к которому отсылает коллизионная норма (или который выбран сторонами на основании автономии воли сторон). Эти нормы называют также международными императивными нормами. В отличие от императивных норм действия диспозитивной нормы можно избежать, установив в договоре иное. Как правило, императивные нормы регулируют публично-правовую сферу, но могут затрагивать и частноправовую сферу, осложненную публичным началом. Ограничения, вводимые государством посредством императивных норм, могут преследовать несколько целей: защита слабой стороны в договоре, защита прав третьей стороны, обеспечение государством правопорядка и общественной безопасности. Однако, в западной доктрине и законодательной практике вводимые государством посредством императивных норм ограничения охватывают более узкую правовую сферу, нежели в белорусской и российской доктрине и практике.

### **1.2.2. Соотношение понятий «императивная норма» и «императивная норма международного характера»**

Для исследования проблематики норм непосредственного применения необходимо провести различие между двумя понятиями, близкими, но не одинаковыми по содержанию. Дело в том, что термин «императивные нормы» употребляется в двух значениях. С одной стороны, императивная норма – это норма, обязательная для применения в рамках национальной правовой системы. Но такая норма теряет свой императив, когда к правоотношению с иностранным элементом подлежит применению иностранная правовая система в силу коллизионных привязок или автономии воли сторон. Такие нормы в доктрине принято называть императивными нормами внутреннего гражданского права. Эти нормы представляют собой антоним понятия «диспозитивная норма», то есть норма, которая применяется при отсутствии соглашения сторон об ином. Примером такой нормы является статья 197 Гражданского кодекса Республики Беларусь, которая устанавливает общий срок исковой давности в три года. Такая норма императивна для правоотношений белорусских юридических и физических лиц между собой, но она становится неприменимой, когда правоотношение регулируется иностранным правом, поскольку в соответствии со статьей 1118 ГК, исковая давность определяется по праву страны, применяемому для регулирования соответствующего отношения.

С другой стороны, под императивной нормой понимается норма особо важного характера, которая подлежит применению независимо от того факта, что данное правоотношение должно в силу коллизионных принципов или выбора сторон регулироваться иностранной правовой системой. Такие нормы называются императивными нормами международного характера. Именно о таких нормах и идет речь в определениях, сформулированных доктриной и судебной практикой, которые были приведены выше. Ярким примером такой нормы является ч. 2 статьи 1116 ГК Беларуси, в соответствии с которой «внешнеэкономическая сделка, хотя бы одним из участников которой является юридическое лицо Республики Беларусь или гражданин Республики Беларусь, совершается независимо от места заключения сделки в письменной форме». Данная норма в отличие от предыдущего



примера будет применяться независимо от места заключения, независимо от права, выбранного сторонами или определяемого согласно коллизионным принципам.

Следует обратить внимание, что не существует четкой границы между этими двумя понятиями. Норма, возникшая первоначально как императивная норма внутреннего гражданского права, в силу изменения политических, экономических и социальных приоритетов данного государства со временем может перерасти в императивную норму международного характера.

Достаточно сложная ситуация, связанная с разграничением этих двух понятий, сложилась и в международном законодательстве. Так, в переводе на русский язык Римской конвенции 1980 года о праве, применимом к договорным обязательствам<sup>51</sup>, в различных статьях используются разные понимания понятия «императивные нормы», несмотря на использование одного термина. В пункте 3 статьи 3 «Свобода выбора» говорится: «Выбор сторонами иностранного права...при условии, что все остальные элементы, относящиеся к договору, были расположены на момент выбора права на территории одного и того же государства, не может противоречить правилам, применение которых, согласно праву этой страны, невозможно исключить договором (далее «императивные нормы»)». Очевидно, что в данном случае речь идет об императивных нормах внутреннего гражданского права, которые становятся неприменимыми, если ситуация будет правомерно регулироваться иностранным правом.

Далее, в пункте 2 статьи 5 «Некоторые потребительские договоры» и в пункте 1 статьи 6 «Индивидуальный трудовой договор» также используется та же терминология - «императивные нормы права государства постоянного места пребывания потребителя» и «императивные нормы права работника» - в смысле императивных норм внутреннего гражданского права.

Кроме того, в пункте 6 статьи 9 «Формальная действительность» Римской конвенции также употребляется понятие «императивные нормы» в понимании «императивные нормы внутреннего гражданского права»: «К договорам, предметом которых является право на недвижимость или право пользования недвижимостью, применяются, несмотря на предыдущие правила, императивные

нормы права государства местонахождения недвижимости или право по контракту».

Однако, в статье 7 той же конвенции, которая озаглавлена «Императивные нормы», тот же термин употребляется в ином значении, здесь под ним подразумеваются императивные нормы международного характера. Можно задать вопрос, почему русский перевод употребляет один и тот же термин в разном значении?

Аналогичную ситуацию мы наблюдаем во внутреннем белорусском и российском праве и доктрине. Российское гражданское право использует один термин «императивные нормы» для обозначения двух видов этой категории норм. Вспомним уже упоминавшуюся статью 422 ГК РФ, дающую определение императивных норм как обязательных для сторон правил, установленных правовыми актами (то есть императивных норм внутреннего гражданского права), а также приведем в пример статью 1192 ГК РФ и статью 1100 ГК Беларуси «Применение императивных норм», которая подразумевает императивные нормы международного характера, т.е. нормы непосредственного применения. И хотя белорусский Гражданский кодекс в своем тексте не использует термина «императивные нормы» как внутренние гражданские нормы, доктриной эта терминология признана безоговорочно.

Такая путаница характерна и для правоприменительной практики, и для части доктрины. Например, М.М. Богуславский приводит в своем учебнике по международному частному праву такой пример из практики Международного Коммерческого Арбитражного Суда при Торгово-Промышленной Палате РСФСР. В решении по делу № 180/1988 г. суд признал, что, согласовав применимое право, стороны должны учитывать наличие в нем императивных норм. Польский и советский контрагент, заключая договор, согласовали, что к нему будут применяться положения Общих условий поставки Совета Экономической Взаимопомощи (СЭВ), в том числе по вопросам исковой давности, а по вопросам, неурегулированным соглашением – советское право. В решении арбитражный суд указал, что стороны обязаны были учитывать наличие в советском праве императивных норм, которые являются обязательными и отступление от которых по соглашению сторон не допускается. К таким нормам относилась и норма ст. 80

ГК РСФСР, согласно которой изменение по соглашению сторон сроков исковой давности не допускалось<sup>52</sup>. Мы видим, что в арбитражном решении происходит подмена понятий «императивная норма внутреннего права» и «императивная норма международного характера». В данном случае речь идет о первом понятии: изменение законодательством установленных сроков исковой давности не допускается только во внутренних отношениях, во внешних же отношениях к исковой давности должно применяться право, подлежащее применению к существу договора. Нельзя забывать и о приоритете норм международных договоров перед нормами внутреннего права. Таким образом, арбитраж вынес ошибочное решение, он должен был применить двухгодичный срок исковой давности, установленный Общими условиями поставок СЭВ, а не шестимесячный, предусмотренный внутренним законодательством РСФСР того времени, поскольку данная норма представляла собой императивную норму внутреннего права.

Официальный текст на французском языке самой Римской конвенции, и заменяющего ее Регламента Европарламента и Совета ЕС от 15 декабря 2005 г. № 650 такой проблемы не имеют, поскольку используют различную терминологию для обозначения разных понятий: «*disposition imperatives*» для обозначения императивных положений внутреннего гражданского права и «*lois de police*» для обозначения императивных норм международного характера. Однако, данной проблемы не лишен текст этих документов на английском языке, поскольку для обозначения двух разных понятий в различных статьях он использует один термин «*mandatory rules*».

Такой подход, по нашему мнению, приводит к путанице, неопределенности, смешению и подмене разных понятий. Целесообразно было бы применять разные термины для обозначения различных понятий при том, что доктрина и национальная законодательная практика предложила их (терминов) огромное множество. Вопрос о различии терминов будет подробно рассмотрен нами ниже. Мы же предлагаем ввести в русский и международный юридический обиход различие в терминах «императивные нормы» и «императивные нормы международного характера».

---

<sup>52</sup> М.М. Богуславский. Международное частное право. – М.: Юристь, 2006. – С. 106.

### 1.2.3. Проблемы терминологии императивных норм

Как уже говорилось выше, одной из проблем, связанных с применением императивных норм в международном частном праве, являются терминологические трудности. Дело в том, что такого рода нормы по-разному называются в белорусском и российском праве и доктрине – их называют и императивными, и сверхимперативными, и особо императивными, и императивно-запретительными<sup>53</sup>. Аналогичный вопрос имеет место и в зарубежной доктрине, где также присутствует различная терминология – *mandatory rules*, *lois de police*, *lois d'application immediate*, *leges d'application immediate*, *die zwingenden Vorschriften*, *self-applicating rules* и другая. Такая ситуация, естественно, затрудняет научно-правовые исследования данной категории норм, не способствует единообразию судебной-арбитражной практики по данному вопросу и, в целом, приводит к отсутствию определенности в данной области как в доктрине, так и в законодательной и правоприменительной практике, а также в международной коммерческой практике. На наш взгляд, целесообразно рассмотреть различия и нюансы всех используемых в мировой практике формулировок.

Термин «нормы полицейского права и права общественной безопасности» - *lois de police* - был впервые употреблен в статье 3 французского Гражданского кодекса 1804 года (Кодекса Наполеона), которая устанавливает, что «законы, касающиеся благоустройства и безопасности, обязательны для всех, кто проживает на территории Франции»<sup>54</sup>. Первоначально в категорию *lois de police* включались нормы публично-правового характера, направленные на обеспечение и защиту социально-экономических устоев государства. Позже судебная практика стала относить к таким нормам и нормы смешанного, а также частноправового характера, направленные на обеспечение и защиту основополагающих устоев государства и подлежащие применению во всех случаях в соответствии с выражаемыми ими интересами и преследуемыми ими целями. Таким образом, со временем исчезла грань, отделявшая нормы полицейского права и права

---

<sup>53</sup> Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 28 - 29, Звеков В.П. Международное частное право. – М., 1999. – С. 148, Международное частное право. Учебник / Под ред. Г.К.Дмитриевой. – М., 2004. – С.170, Ермолаев В.Г., Сиваков О.В. Международное частное право. – М., 1988. – С. 89.

<sup>54</sup> Code civil. – Paris: Dalloz, 1996. – P. 6.

общественной безопасности от норм непосредственного применения - *lois d'application immediate*, служивших предметом исследования Францискакиса. Эти термины стали практически синонимичными. Единственное отличие между этими двумя категориями можно провести по характеру исключительности, закрепленному в такой норме: термин «норма полицейского права и права общественной безопасности» - *loi de police* - подчеркивает особую функцию нормы, а термин «норма непосредственного применения» - *lois d'application immediate* - акцентирует внимание на особом механизме применения такой нормы, выделяющем ее из всей совокупности правовых норм, то есть подчеркивает отсутствие промежуточной коллизионной стадии при применении таких норм в правоотношении, осложненном иностранным элементом.

Подобным образом можно определить нюансы и других используемых терминов. Как общее правило, они представляют собой синонимы, однако каждый из них заостряет внимание на определенном свойстве этой категории норм. Так, термин «обязательные нормы» или «нормы обязательного применения» (*die zwingenden Vorschriften*) констатирует обязательность данных норм для суда, рассматривающего спор, вытекающий из правоотношения, затрагивающего действие данной нормы. Термин «самоприменяющиеся нормы» - *self-applicating rules* - акцентирует внимание на способности таких норм посредством особого «квалифицирующего элемента» самостоятельно определять сферу своего применения, в отличие от общего массива материально-правовых норм. Термин «абсолютные нормы» или «приоритетные нормы» подчеркивают безусловную применимость норм права, закрепленных в них.

Кроме того, можно отметить и особую территориальную применимость различной терминологии. Например, термин «нормы полицейского права и права общественной безопасности» применяется преимущественно французскими авторами и французской законодательной и правоприменительной практикой, в то время как термин «приоритетные нормы» употребляется, как правило, доктриной Нидерландов.

Вместе с тем, можно обратить внимание на некоторые особенности применения термина «императивные нормы» в международном частном праве. Он, как показывает анализ доктрины и национального и международного

законодательства, имеет два значения. С одной стороны, это синоним термина «нормы непосредственного применения», а с другой – комплекс норм, отличающихся от норм диспозитивных, как мы уже установили в предыдущем разделе. Причем, в последнее время этот термин в международной практике все чаще используется в первом значении, то есть как «международные императивные нормы».

### **1.3. Соотношение понятий «сверхимперативная норма» и «публичный порядок»**

#### **1.3.1. Понятие публичного порядка**

Для комплексного анализа такого правового института как «императивные нормы международного характера» необходимо рассмотреть проблему соотношения этого понятия и понятия «публичный порядок» в международном частном праве.

Термин «публичный порядок» имеет различный объем содержания в разных правовых системах. Дело в том, что в континентальной системе права (согласно французскому подходу) термин «публичный порядок» (*ordre public*) имеет более широкое содержание, нежели в англосаксонской системе понятие *public policy*. В Соединенных Штатах Америки данный термин значительно уже и употребляется только в процессуальной сфере, при отказе в признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения, если оно противоречит американскому публичному порядку<sup>55</sup>.

В целях нашей работы мы будем употреблять термин «публичный порядок» в смысле континентальной системы права.

В доктрине отмечается, что понятие «публичный порядок» является многоуровневым. С одной стороны, это «средство привлечения планового элемента в международное частное право»<sup>56</sup>. То есть это нормы, которые призваны исключить действие таких принципов гражданского права как свобода договора,

---

<sup>55</sup> Carter P. The Role of Public Policy in English Private International Law // *Intrnational and Comparative Law Quarterly*. – Vol. 42. – Part I. – 1993. – P. 3.

<sup>56</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 45.

автономия воли сторон. С другой стороны, «публичный порядок» в широком смысле слова можно определить как совокупность правовых предписаний, составляющих основу социально-экономического строя и правовой системы. Это самое широкое определение, оно распространяется как на отношения, осложненные иностранным элементом, так и на внутренние отношения. Это понятие будет применяться как судом, так и другими государственными органами. В узком значении этого слова, ссылка на «публичный порядок» может иметь место только в международном частном праве и применять его может только суд в случаях, когда применение иностранного права или признание и исполнение иностранного судебного решения может привести к нежелательным для закона суда, рассматривающего дело, последствиям.

Понятие «публичный порядок» - весьма сложное правовое явление. Во-первых, следует отметить, что этот институт известен правовым системам всех без исключения государств посредством закрепления его либо в законодательстве, либо в судебной практике. Формулировка оговорки о публичном порядке близка в различных национальных законодательствах. Статья 1099 Гражданского кодекса Республики Беларусь (аналогично ей звучит и статья 1193 Гражданского кодекса России) гласит: «Иностранное право не применяется в случаях, когда его применение противоречило бы **основам правопорядка** (публичному порядку) Республики Беларусь, а также в иных случаях, прямо предусмотренных законодательными актами. В этих случаях применяется право Республики Беларусь». Однако, российское законодательство содержит определенное дополнение к данной формулировке, на наш взгляд, весьма существенное: «Отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан только на отличии правовой, политической или экономической системы соответствующего иностранного государства от правовой, политической или экономической системы Российской Федерации».

Возможность применения оговорки о публичном порядке предусмотрена не только гражданским, но и гражданско-процессуальным и хозяйственно-процессуальным законодательством Беларуси. В частности, статья 11 Приложения 4 к Гражданскому процессуальному кодексу Республики Беларусь «Исполнение в Республике Беларусь судами решений иностранных судов и арбитражей

(третейских судов), если стороной по делу является гражданин, не являющийся предпринимателем» устанавливает, что «В признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения может быть отказано, если суд найдет, что ... признание и приведение в исполнение этого арбитражного решения противоречит публичному порядку Республики Беларусь». Пункт 6 статьи 5 данного Приложения санкционирует отказ в разрешении принудительного исполнения решения иностранного суда, «если исполнение решения противоречило бы **суверенитету** Республики Беларусь и угрожало бы **безопасности** Республики Беларусь либо противоречило бы **основным принципам законодательства** Республики Беларусь». Аналогичные правила закреплены и в статье 5 Приложения № 2 к Хозяйственному процессуальному кодексу Республики Беларусь. Отметим, что нормы с таким содержанием имели место и в советском законодательстве. В частности, статья 563 Гражданского кодекса БССР и статья 568 Гражданского кодекса РСФСР имели название «Ограничение применения иностранного закона» и формулировались следующим образом: «Иностранный закон не применяется, если его применение противоречило бы **основам советского строя**». Таким образом, несмотря на отсутствие в статье самого термина «публичный порядок» это понятие присутствовало в советском праве и регулировалось тем же образом, что и сейчас. В статье 6 (ранее 30) Вводного закона к Германскому гражданскому уложению (в редакции 1994 г.) говорится: «Правовая норма иностранного государства не применяется, если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с **основными принципами** германского права. В особенности она не может быть применена, если применение несовместимо с **основными правами**» (основные права закреплены в Основном законе Германии – Конституции). Похожие формулировки мы видим и в статье 12 Гражданского кодекса Испании, в статье 17 Закона о международном частном праве Швейцарии 1988 г. и в законодательных актах других государств. На уровне судебной практики оговорка о публичном порядке закреплена в Великобритании и США<sup>57</sup>.

Проблема применения этой оговорки заключается в том, что ни один из правовых актов или судебных решений не содержит точной формулировки, что именно понимается под такими нормами права, что именно вкладывается в это

---

<sup>57</sup> См., например, Dicey & Morris on the Conflict of Laws. 11 – th ed. Vol. 1-2. – London, 1987. – P. 92.



понятие. Таким образом, только посредством толкования норм права суд в каждом конкретном деле определяет, затрагивает ли рассматриваемое правоотношение с иностранным элементом национальный публичный порядок или нет, отдавая такой чрезвычайно важный вопрос на усмотрение одного лица – судьи. «Публичный порядок – оценочная категория, наполнение содержанием которой зависит от конкретных обстоятельств места и времени... Она очень подвижна и развивается вместе с национальным позитивным правом и судебной практикой»<sup>58</sup>. Эта неопределенность и «размытость» понятия «*ordre public*» подвергается жесткой критике в современной европейской и постсоветской доктрине. Интересно, что этот вопрос остро стоял еще в дореволюционной России. Б.Э.Нольде, в частности, писал: «При всей понятности правил об *ordre public*, его нельзя однако не признать весьма опасным с точки зрения правильного разрешения коллизий. Оно настолько неопределенно, что узаконивает произвол судьи там, где столь желательны постоянство и твердость. Единственным средством уничтожения вредных последствий оговорки об «*ordre public*» является ее конкретизирование: пусть будет узаконен отказ от применения иностранного права, но пусть известно будет, в каких точно случаях этот отказ может иметь место»<sup>59</sup>. Аналогичный выход из сложившейся ситуации предлагался и в советской доктрине. А.Н. Макаров также говорит о целесообразности «точно определить случаи, когда иностранная материальная норма не подлежит по соображению публичного порядка применению: взамен общей формулы, отсылающей к «добрым нравам», мы получим конкретный перечень случаев, когда применяемая по общему правилу иностранная норма не должна применяться, когда она должна, по исключению, уступить место норме страны суда»<sup>60</sup>.

На негативные последствия неконкретности оговорки о публичном порядке обращает внимание и иностранная<sup>61</sup>, даже английская доктрина, которая предоставляет судье огромные полномочия по сравнению с континентальной системой права. «Опасность столь неопределенно сформулированной доктрины

---

<sup>58</sup> Медведев И.Г. Международное частное право и нотариальная деятельность /И.Г.Медведев. – 2 изд. – М.: Волтерс Клувер, 2005. – С. 37.

<sup>59</sup> Нольде Б.Э. Очерк международного частного права // Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. – Юрьев, 1909. – С. 481.

<sup>60</sup> Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. – М.: Изд-во Наркомюста РСФСР, 1924. – С. 58.

<sup>61</sup> Kropholler J. Internationales Privatrecht. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2004. – S. 244-245.

заключается в том, что при ее широком толковании ею может оказаться охваченным множество внутренних норм и она будет служить слишком легким предлогом для применения *lex fori*, подрывая, таким образом, основную функцию международного частного права»<sup>62</sup>.

Здесь нам хотелось бы обратить внимание на методологическое различие понятий «оговорка о публичном порядке» и, непосредственно, «публичный порядок». В доктрине часто эти понятия путаются, подменяются одно другим. Иногда указывается на неконкретность и расплывчатость понятия «оговорка о публичном порядке». Но это не совсем так. Именно оговорка представляет собой весьма точную и конкретную формулировку о недопустимости применения иностранного права, если это противоречит основам правопорядка данного государства (публичному порядку). А при исследовании понятия «публичный порядок» мы уже сталкиваемся с вышеназванными проблемами, то есть отсутствием точного указания на круг правоотношений, охватываемых этим понятием. Таким образом, говорить о расплывчатости можно только в отношении публичного порядка, но не оговорки о публичном порядке.

Доктрина и судебная практика различных государств выработала несколько принципов отнесения правовых норм к нормам публичного порядка. В частности, российская доктрина выработала следующие основные положения, входящие в публичный порядок:

- 1) основополагающие, фундаментальные принципы российского права, в первую очередь, конституционного, частного, процессуального;
- 2) общепринятые принципы морали, лежащие в основе российского правопорядка;
- 3) законные интересы российских граждан и юридических лиц, общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;

---

<sup>62</sup> Чешир Д., Норт П. Международное частное право. – М.: Прогресс, 1982. – С. 157.

- 4) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека<sup>63</sup>.

Большинство принципов, относимых российской доктриной к публичному порядку, входят в определение публичного порядка, содержащееся в Правовом толковом словаре Оксфордского Университета: «общественные интересы, интересы национальной безопасности и общепринятые нормы морали».

Современная судебная и арбитражная практика постсоветских государств, особенно российская, пытается как можно больше конкретизировать это весьма широкое и абстрактное понятие. Например, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 3 апреля 2003 г. определяет, что «решение третейского суда может быть признано нарушающим основополагающие принципы российского права (противоречащим публичному порядку РФ) в том случае, если в результате его исполнения будут совершены действия либо прямо запрещенные законом, либо наносящие ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагивающие интересы больших социальных групп, являющиеся несовместимыми с принципами построения экономической, политической, правовой системы государства, затрагивающие конституционные права и свободы граждан, а также противоречащие основным принципам гражданского законодательства, таким как равенство участников, неприкосновенность собственности, свобода договора»<sup>64</sup>.

Однако, оговорка о публичном порядке не должна применяться к регулированию гражданско-правовых отношений с иностранным элементом, не затрагивающих исключительных интересов государства и общества. Речь здесь надо вести только о таких особо важных, исключительных, коренных интересах, при воздействии иностранного права на которые, вся система правовых норм и внутригосударственных отношений потеряет равновесие. Одним из таких проявлений может выступать, например, нанесение ущерба безопасности и суверенитету государства. Определение Судебной коллегии по гражданским делам Верховного Суда РФ от 25 сентября 1998 г. указывает, что под «публичным порядком РФ», понимаются основы общественного строя российского государства.

---

<sup>63</sup> Международное частное право. Учебник./Под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: «Проспект», 2000. – С. 164.

<sup>64</sup> Там же.

Оговорка о публичном порядке возможна лишь в тех отдельных случаях, когда применение иностранного закона могло бы породить результат, недопустимый с точки зрения российского правосознания»<sup>65</sup>. Объясняя отсутствие необходимости применять оговорку о публичном порядке, постановление Федерального арбитражного суда Московского округа от 27 мая 2003 г. устанавливает, что «вынесенное Третьим судом решение не нарушает основополагающие принципы российского права, и этот вывод суда основан на всестороннем исследовании материалов третейского дела, рассмотренного без каких-либо нарушений таких норм права, которые можно было бы отнести к числу основополагающих принципов права (государственных, конституционных, экономических, общественно-политических, морально-культурных устоев РФ, подрыв которых невозможен и явно незаконен»<sup>66</sup>.

Российская судебная практика старается следовать данным критериям. Весьма положительным моментом является тот факт, что, не применяя иностранное право на основании оговорки о публичном порядке, при вынесении судебных решений судьи объясняют, каким именно элементам публичного порядка (или основам правопорядка) противоречит иностранное право в данном конкретном случае. Однако, нижеследующий анализ нескольких российских судебных решений позволяет сделать вывод о недостаточном следовании российской судебной практикой основным постулатам концепции применения оговорки о публичном порядке, в первую очередь, в вопросах необходимости наличия противоречия применения иностранного права или признания иностранного судебного или арбитражного решения именно особо важным, исключительным интересам государства и общества.

В постсоветских странах существует не слишком обширная судебная практика по применению оговорки о публичном порядке. В России было принято несколько решений по данному вопросу. В 1995 году Городской суд г. Москвы рассматривал ходатайство об отмене решения Морской арбитражной комиссии (МАК) при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, вынесенное по делу **Латвийского пароходства в г. Рига против Государственного внешнеэкономического объединения «Продинторг»**. В ходе пересмотра дела

---

<sup>65</sup> Там же.

<sup>66</sup> Там же.

решение МАК было отменено на основании его противоречия публичному порядку России, причем в решении были указаны следующие аргументы, которыми руководствовались судьи:

1) решение МАК противоречит основополагающим принципам российского права, в частности конституционному принципу права собственности на имущество и защиты всех форм собственности, гражданско-правовому принципу неприкосновенности собственности, а также самостоятельной ответственности субъекта права по своим долгам;

2) решение МАК противоречит общепризнанным нормам морали, которые лежат в основе правовой системы России, поскольку обязывает ответчика нести ответственность по обязательствам другого субъекта права – государства, таким образом, данное решение нарушает принципы справедливости и добросовестности;

3) решение наносит большой вред интересам общества и государства, поскольку создает юридический прецедент, следствием которого могут быть многочисленные аналогичные иски к другим российским юридическим лицам на многомиллионные суммы<sup>67</sup>.

На наш взгляд, решение, являясь достаточно аргументированным, имеет слабые места. Во-первых, государство осуществляет свою хозяйственную деятельность посредством именно таких юридических лиц как Государственное внешнеэкономическое объединение «Продинторг», то есть это предприятие представляет государство во внешнеэкономических сделках.

Во-вторых, в данном случае мы видим, что суд в целях обоснования своего решения использует слишком широкий подход в понимании публичного порядка. Оговорка применяется в имущественном споре между двумя юридическими лицами, когда напрямую не затрагиваются исключительные интересы государства, его безопасность, суверенитет, коренные интересы общества.

Данное судебное решение имело значительный резонанс в юридической литературе, причем мнения разделились. Одни авторы считают данное решение обоснованным и аргументированным<sup>68</sup> (среди них, в первую очередь, те, кто принимал непосредственное участие в разработке обоснования применения в

---

<sup>67</sup> Дело № 12/1994.

<sup>68</sup> Дмитриева Г.К. Проблемы, связанные с применением иностранного права. - Глава 5// Международное частное право. Учебник./Под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: «Проспект», 2000. – С. 165.

судебном решении оговорки о публичном порядке), другие критикуют его за применение категории публичного порядка к отношениям, не затрагивающим особо важные интересы государства и общества. «...Такой подход, оторванный от оценки фактического ущерба интересам государства и общества, не отвечает природе, сущности и содержанию такого правового средства, как оговорка о публичном порядке. Фактически он означает, что право существует само по себе, в отрыве от реальных общественных отношений, которые оно призвано регулировать.

По всей видимости, чувствуя уязвимость приведенных аргументов, суд в качестве такового приводит противоречие указанного решения МКАС (Международного коммерческого арбитражного суда – *прим. автора*) интересам общества и государства, так как создает прецедент для удовлетворения множества аналогичных исков к другим российским юридическим лицам, размер которых выражается в многомиллионных валютных суммах. Данный повод вообще не выдерживает критики, так как оценить его реальность и значимость невозможно»<sup>69</sup>.

Однако, ради справедливости следует отметить, что существует и позитивная российская правоприменительная практика по вопросу применения оговорки о публичном порядке. Очень интересное дело было рассмотрено Президиумом Верховного Суда РФ 2 июня 1999 г. по протесту заместителя Генерального прокурора РФ об отмене определения судебной коллегии по гражданским делам Московского городского суда, оставленного без изменения Судебной коллегией по гражданским делам Верховного суда РФ. Прокурор требовал отказать в признании и приведении в исполнение судебного решения Хозяйственного суда Латвии от 14 декабря 1995 г. о взыскании с **Внешнеэкономического акционерного общества «Союзплодимпорт»** (Россия, Москва) в пользу **Латвийского пароходства** в счет неисполнения обязательства по договору морской перевозки 4 825 727, 52 долларов США. Суд привел следующие аргументы:

1) по мнению прокурора, Хозяйственный суд Латвии разрешил спор, не подпадающий под условия арбитражного соглашения, ссылаясь на ст. 36 Закона РФ 1993 г. «О международном коммерческом арбитраже», однако данный закон не

---

<sup>69</sup> Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 20.

имеет отношения к рассматриваемому спору, поскольку Хозяйственный суд Латвии – государственный, а не третейский суд. Соответственно, правовое регулирование признания и приведения в исполнение решений такого суда содержится не в Законе РФ «О международном коммерческом арбитраже», а в Договоре между Российской Федерацией и Латвийской Республикой о правовой помощи и правовым отношениям по гражданским, семейным и уголовным делам, вступившем в силу 29 марта 1995 г., которым предусматривается взаимное признание и приведение в исполнение решения судов по гражданским и семейным делам одного государства на территории другого. Под «судами» в Договоре понимаются государственные, а не третейские суды, то есть суды общей компетенции и хозяйственные суды.

2) Прокурор ссылался на тот факт, что перевозка осуществлялась на основании коносаментов Латвийского пароходства, в одном из которых (от 18 ноября 1991 г.) местом рассмотрения споров по договору назывался СССР, то есть латвийский суд не имел права принимать такой иск к рассмотрению. Однако, СССР распался 8 декабря 1991 г., то есть к моменту возникновения спора его уже не существовало. В то же время, в соответствии со ст. 122 ГПК Латвии, истец может обратиться в суд по месту исполнения обязательства, которым согласно коносаменту являлся порт выгрузки Рига. Таким образом, спор был подведомственен Хозяйственному суду Латвии.

Другим примером необоснованного применения оговорки о публичном порядке является попытка ее использования во внутренних правовых отношениях, не осложненных иностранным элементом. Например, Государственная налоговая инспекция города Челябинска обратилась в Арбитражный суд Челябинской области с иском к **коммерческому банку «Мечел-банк»** и **ОАО «Мечел»** о признании недействительными соглашений об отступном и о взыскании в доход Российской Федерации с каждого по 1 500 000 000 рублей, полученных ими по этим сделкам. Решением суда в иске было отказано. Федеральный арбитражный суд Уральского округа своим постановлением решение суда отменил и исковые требования удовлетворил. Кассационная инстанция, принимая постановление об удовлетворении иска, исходила из того, что, подписав соглашение об отступном, стороны нарушили установленный законодательством порядок зачисления

выручки от реализации продукции на расчетный счет. При этом кассационная инстанция признала: стороны действовали умышленно и сознавали, что их действия приведут к непоступлению налоговых платежей в бюджет и нарушению **публичного порядка** государства. Своим постановлением Президиум Высшего арбитражного суда РФ отменил указанное постановление Федерального арбитражного суда<sup>70</sup>.

Очевидно, что решение кассационной инстанции противоречило российским правовым нормам, в частности положениям статьи 1193 Гражданского кодекса РФ в которой идет речь о неприменении **иностранного** права по мотивам противоречия его публичному порядку данного государства, поэтому постановление Президиума Высшего арбитражного суда РФ вполне оправданно и правомерно.

Однако, в российской судебной практике существуют примеры и правомерного отношения к оговорке о публичном порядке.

Кроме того, оговорка о публичном порядке не может иметь место в судебном решении, если суд применяет отечественное право (*lex fori*) или международное право. Например, в кассационной жалобе ЗАО «Прайсватерхаус Куперс Аудит» на решение Арбитражного суда города Москвы, утвердившего решение Международного коммерческого арбитражного суда по делу № 106/2001 о взыскании в пользу российского истца ЗАО «Прайсватерхаус Связь - Аудит» задолженности по заключенному договору ответчик ссылался на то, что решение МКАС противоречит публичному порядку РФ. В постановлении по этому поводу Федеральный арбитражный суд подчеркивал: «Применение международным коммерческим арбитражем норм **национального права** исключает возможность ссылки на нарушение публичного порядка Российской Федерации»<sup>71</sup>.

Еще одной иллюстрацией неуместного применения ссылки на публичный порядок при применении норм международных договоров является следующее дело. В ходе рассмотрения иска афганской фирмы «Наим Анвар Ко.Лтд» к АО «Внешинторг» в 1998 году Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ применил нормы Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и положения

<sup>70</sup> Вестник Высшего арбитражного суда Российской Федерации. – 1998. - № 2.

<sup>71</sup> Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 11.



двусторонних советско-афганских правительственных соглашений и вынес решение в пользу иностранного истца. Но заместитель Генерального прокурора России опротестовал это решение на том основании, что оно противоречит публичному порядку РФ. Президиум Верховного Суда РФ оставил протест без удовлетворения<sup>72</sup> на основании того, что оговорка о публичном порядке не затрагивает сферу международных публичных отношений, имеет своим объектом международные частные отношения, а предметом – неприменение иностранного права, регулирующего гражданско-правовые отношения с иностранным элементом, если его применение нарушает публичный порядок государства. Кроме того, следует подчеркнуть, что российская и белорусская доктрины международного частного права основываются на дуалистической теории в вопросе о соотношении международного и национального права. Признавая взаимодействие и взаимовлияние международного и внутреннего права, постсоветская доктрина исходит из самостоятельности указанных систем.

В ходатайстве **открытого акционерного общества «Кристалл»** об отмене постановления Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 25 апреля 1997 г., направленном в Московский городской суд, заявитель обосновывал свои требования тем, что постановление МКАС противоречит публичному порядку РФ, так как прекращает разбирательство по делу о взыскании неудовлетворенной части суммы иска в размере 1 869 311 долларов США. Судебная коллегия по гражданским делам Верховного суда РФ оставила ходатайство без удовлетворения на том основании, что оспаривание постановления арбитража о прекращении разбирательства, когда оно стало по каким-либо причинам невозможным или ненужным, Законом РФ «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г. (ч.3 п.2 ст. 32) не предусмотрено. Возможность же оспаривания арбитражного решения, в соответствии со ст. 34 этого закона, предусмотрена только для арбитражных решений, вынесенных по существу спора, которыми постановления арбитража о прекращении разбирательства не являются. Вместе с тем, заинтересованное лицо может обратиться в общий гражданский суд за удовлетворением своих требований по спору. Добавим здесь, что апеллирование в жалобе ОАО «Кристалл» к

---

<sup>72</sup> Бюллетень Высшего Суда Российской Федерации. – 1998. - № 8-10.

нарушению арбитражным постановлением публичного порядка РФ не уместно, поскольку ссылка на оговорку, как мы уже установили, может иметь место только при противоречии **иностранного** права или иностранного судебного или арбитражного решения публичному порядку. Кроме того, даже если предположить факт нарушения ст.34 Закона РФ «О международном коммерческом арбитраже», то его ни как нельзя назвать противоречием фундаментальным принципам российского права. Вызывает удивление отсутствие таких замечаний к жалобе в судебном решении.

В западной судебной практике судьи осторожно относятся к вопросу применения оговорки о публичном порядке. Известный российский ученый в сфере международного частного права профессор М.М. Богуславский заявляет: «Можно констатировать, что к середине 20 века сложилась устойчивая практика признания актов о национализации в отношении имущества, находящегося на момент национализации в государстве, осуществившим такую национализацию. Несмотря на то, что национализация в Советской России проводилась без какой-либо компенсации, суды исходили из того, что она не затрагивает публичного порядка страны, поскольку проводилась за рубежом и не касалась граждан страны суда»<sup>73</sup>.

Большую известность получили дела по искам дочерей И.С. Щукина, рассмотренных французскими судами. Суд Большой инстанции г. Парижа 16 июня 1993 г. отказал в **иске Ирины Щукиной**, дочери знаменитого русского коллекционера, и **И.Коновалова**, внука другого коллекционера И. Морозова, которые требовали наложить арест на картины Анри Матисса из Государственного Эрмитажа и Государственного музея изобразительных искусств им. А.С.Пушкина, экспонировавшиеся в Центре искусства и культуры им. Помпиду на том основании, что они являются законными наследниками имущества (картин), принадлежащих их близким родственникам и национализированных в 1918 году государством. Истцы утверждали, что был затронут публичный порядок Франции, так как были нарушены их права и законные интересы как французских граждан –

---

<sup>73</sup> Богуславский М.М. Иск Ирины Щукиной (о решении французского суда) // Московский журнал международного права. – 1994. – № 2. – С. 51-52. Это дело подробно рассмотрено данным автором и в другой статье: Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право: современные проблемы. – М., 2002. – С. 213-238.

а именно принцип неприкосновенности и защиты частной собственности. Суд отказ в иске мотивировал тем, что национализация осуществлялась законным правительством на территории суверенного государства на основании принятых данным государством законодательных актов (Декрета о национализации 1918 г.) и в отношении собственных граждан. Таким образом, публичный порядок Франции в данном случае, по мнению суда, затронут не был. Интересно, что это судебное решение в точности повторяло решение суда департамента Сена 1954 г. по иску старшей дочери коллекционера - Екатерины Щукиной–Келлер фактически по тем же основаниям.

Имеется несколько судебных решений со ссылкой на оговорку о публичном порядке и в Беларуси. Однако, в отличие от рассмотренного выше российского дела, к сожалению, в судебных постановлениях судов Республики Беларусь нет объяснения тех элементов публичного порядка Беларуси, которые были затронуты данным делом. Так, в определении Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от **17 октября 2003 г. по иску ALLIANZ ELEMENTAR VERSICHERUNG AG (Австрия)** о разрешении принудительного исполнения в Республики Беларусь решения Торгового суда Франции о взыскании с белорусского ОАО денежных сумм суд отказывает в иске, ссылаясь на то, что такое признание и приведение в исполнение французского судебного решения противоречит **основным принципам законодательства Республики Беларусь**<sup>74</sup>. Не вдаваясь глубоко в суть спора, отметим, что истец заключил соглашение о переуступке требования с юридическим лицом, в пользу которого было вынесено французское судебное решение. Белорусский судья мотивировал отказ в приведении в исполнение иностранного судебного решения на том основании, что договор уступки права требования (цессия) подразумевает сингулярный (частный) переход прав кредитора по соответствующему обязательству к иному лицу на основании совершенной между указанными лицами сделки. Причем, по договору уступки права требования к цеденту переходят материальные, а не процессуальные права. Не может переходить право заявления ходатайства о признании и приведении в исполнение решения суда, вынесенного в пользу цессионария, а не цедента, без соблюдения надлежащей процессуальной процедуры – оформления

---

<sup>74</sup> Дело № ИПП-13/2003.

процессуального правопреемства. В обосновании своих слов суд сослался на пункт 3 постановления Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 20 июля 1999 года № 9 «О подведомственности споров после уступки требования или перевода долга»<sup>75</sup>, в соответствии с которым «...переход гражданских прав и обязанностей от одной стороны к другой не влечет за собой перехода процессуальных права и обязанностей, так как в процессуальном законодательстве нет института, аналогичного гражданско-правовому институту уступки требования или перевода долга...». Доводы истца о том, что для оценки юридических последствий применения договора переуступки права требования необходимо применять нормы австрийского права (так как Австрия – место регистрации и осуществления основного места деятельности обеих сторон договора о переуступке), поэтому суд обязан установить содержание его норм в соответствии с их официальном толкованием, практикой применения и доктриной соответствующего иностранного государства, судом восприняты не были, несмотря на то, что истец представил нотариально заверенное и легализованное письмо доктора Бригитты Виктор-Гранцер, адвоката Парижской и Венской коллегии, в котором говорилось, что «в соответствии с австрийским законодательством переуступка означает только изменение лица, имеющего право заявления ходатайства, но не изменяет правопритязание как таковое». Суд счел, что даже если и можно для оценки юридических последствий договора переуступки права требования использовать нормы австрийского права, то только в рамках материального, а не процессуального правопреемства. Кроме того, суд не согласился с тем, что правоотношения сторон по основному договору регулируются положениями Женевской конвенции 1956 г. о дорожной перевозке грузов<sup>76</sup>, к которой Беларусь присоединилась в 1993 г., и в соответствии с п.3 ст.31 которой решение, вынесенное по спору, возникшему по поводу перевозки, осуществляемой в соответствии с CMR, которое подлежит исполнению в этой стране, также становится обязательным для исполнения в любой другой из стран-участниц немедленно по сообщении предписанных для этого формальностей в этой стране. При этом такие формальности не могут иметь предметом пересмотра дела.

---

<sup>75</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 18.08.1999.- № 61. – 6/49.

<sup>76</sup> Международные перевозки грузов.- Санкт-Петербург, 1993. - С. 21 - 40.

(Дело в том, что юридическое лицо, которое уступило право требования ALLIANZ ELEMENTAR VERSICHERUNG AG, должно было выплатить нескольким предприятиям, страховщикам в договоре страхования ответственности при осуществлении грузовых перевозок, страховое возмещение). Суд счел, что требования истца к белорусскому ОАО не основаны на договоре перевозки, так как они не являются ни грузоотправителем, ни грузополучателем, ни перевозчиком, ни экспедитором, ни каким-либо иным участником отношений перевозки грузов в соответствии с Конвенцией CMR, то есть отношения основывались не на перевозке, а на страховании. Кассационная жалоба истца была отменена судом на тех же основаниях.

Анализ данного судебного определения позволяет нам сделать вывод о не совсем корректном применении белорусским судом понятия «публичный порядок». Как мы установили выше, одной и основной категорией публичного порядка является противоречие иностранного права или приведения в исполнение иностранного судебного решения **основополагающим принципам** белорусского права. В данном же деле, на наш взгляд, эти основополагающие, т.е. сверхзначимые, принципы конституционного, частного или процессуального права не затронуты. Решение суда достаточно логично и аргументировано ссылками на белорусское законодательство, но применение в судебном определении термина «основные принципы законодательства», как нам представляется, не совсем целесообразно. Возможно, более правильно было бы для суда в мотивировочной части судебного определения сослаться на норму статьи 1100 Гражданского кодекса Республики Беларусь о применении императивных норм, которой, по своей сути, является белорусская норма о процессуальном правопреемстве.

Еще больший интерес представляет другое судебное решение, вынесенное Хозяйственным судом г. Минска по иску немецкого **юридического лица X** о признании и приведении в исполнение решения Международного арбитражного суда *ad hoc* на территории Республики Беларусь. Ответчик по делу – белорусское **юридическое лицо Y** против приведения в исполнение данного арбитражного решения не возражал. В мотивировочной части судебного определения суд указывает на неправомерность арбитражного процесса на том основании, что «арбитражным решением не разрешен вопрос о распределении арбитражного

сбора, а также издержек, связанных с рассмотрением спора», но, в соответствии со статьей 15 Закона Республики Беларусь «О международном арбитражном (третейском) суде» от 9 июля 1999 г., «размер арбитражного сбора и издержек, а также период их взимания определяются для международного арбитражного суда для рассмотрения конкретного спора соглашением между сторонами спора и арбитрами». Кроме того, суд заявил, что в отношении должника – белорусского юридического лица У возбуждено производство о признании его экономически несостоятельным по основанию наличия задолженности по уплате налогов и сборов в бюджет Республики Беларусь и по погашению кредитов. На основании всего этого, суд определил, что признание и приведение в исполнение арбитражного решения повлечет **нарушение интересов государства, кредиторов** в процедуре о банкротстве и будет противоречить **публичному порядку** Республики Беларусь.

Данное судебное решение представляется нам не совсем правомерным. Главным его недостатком является ссылка на пробелы арбитражного решения. Такие недостатки решения арбитража ни как не могут оправдывать отказ в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, поскольку статья V Нью-Йоркской конвенции 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений<sup>77</sup>, которая вступила в силу для Беларуси в 1961 году, содержит исчерпывающий перечень оснований отказа в признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения. Такого основания как «отсутствие распределения арбитражных сборов и издержек между сторонами» она не содержит. Более того, статья 15 Закона Республики Беларусь о международном арбитражном (третейском) суде говорит о том, что распределение арбитражных издержек должно иметь место в специальном **соглашении между сторонами и арбитрами**, а хозяйственный суд предъявляет претензии к отсутствию такой оговорки в **арбитражном решении**. Но, как мы видели, такого требования ни Конвенция 1958 г., ни Закон Республики Беларусь 1999 г. не содержат. Таким образом, ссылка на публичный порядок по данному основанию не оправданна, поскольку приведение в исполнение иностранного арбитражного решения не противоречит основным принципам белорусского права.

---

<sup>77</sup> Бюллетень нормативно-правовой информации. - N 5. – 1996.

Что касается банкротства должника, то в соответствии со статьей 38 Закона Республики Беларусь от 18 июля 2000 г. «Об экономической несостоятельности (банкротстве)»<sup>78</sup>: «С момента вынесения хозяйственным судом определения о возбуждении производства по делу о банкротстве должника приостанавливается в общем или хозяйственном суде либо ином государственном органе производство по делу, связанному с взысканием с должника денежных средств и (или) иного имущества должника, по ходатайству руководителя должника, временного управляющего или иных лиц». То есть в этой части аргументы суда справедливы, но негативно можно оценить формальную сторону заключения суда – отсутствие ссылок на конкретные нормативные акты Республики Беларусь о банкротстве. Кроме того, так же как и в предыдущем деле можно задаться вопросом о целесообразности применения термина «публичный порядок» в данном случае, более логично было сослаться на статью об императивных нормах.

Как мы уже отмечали выше, оговорка о публичном порядке выполняет негативную функцию, поскольку ее целью является запрет применения нежелательной для страны суда иностранной правовой нормы или признания и приведения в исполнение нежелательного судебного или арбитражного решения. Вместе с тем, определенная доктрина наделяет публичный порядок и позитивной функцией в виде понимания под ним совокупности материально-правовых норм, которые применяются к конкретному правоотношению независимо от подлежащего применению права. Таким образом, в доктрине международного частного права сложилось две теории публичного порядка – позитивная и негативная. Первая теория тесно соприкасается (а в соответствии с некоторыми мнениями отождествляется) с исследуемой нами проблематикой императивных норм в международном частном праве, поэтому будет внимательно рассмотрена нами ниже. Сейчас же мы обратимся к исследованию вопроса негативной концепции публичного порядка, которая является на сегодняшний день наиболее признанной и применимой как в законодательной, так и в правоприменительной практике.

---

<sup>78</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 11.08.200. - № 73. – 2\198.

### **1.3.2. Негативная (германская) концепция публичного порядка**

Механизм оговорки публичного порядка в негативной форме представляет собой средство защиты, доступное судам, от применения иностранных норм или исполнения иностранных судебных и арбитражных решений, в случае если это применение, признание и исполнение может привести к результату, несовместимому с фундаментальными социально-экономическими, правовыми, морально-нравственными и политическими принципами данного государства. Причем, во главу угла ставится не противоречие иностранной нормы или иностранного судебного решения фундаментальным принципам права страны суда, а неприемлемость последствий такого применения, признания или исполнения в силу противоречия основным принципам права именно таких последствий. Например, несмотря на закрепленный в европейском праве принцип моногамии брака и, соответственно, непризнания полигамных браков, последствия такого полигамного брака, совершенного по законам государства, где он признается, то есть обязанность бывшего супруга по выплате алиментов на содержание своих детей ни коим образом не затрагивает публичный порядок государства суда и признается им.

Применяя на практике механизм оговорки о публичном порядке в негативном варианте, суд защищает те принципы отечественного права, которые настолько важны для государства, что ими нельзя поступиться ни при каких обстоятельствах. Однако, в данном контексте опять встает тот же вопрос, с которым мы столкнулись при исследовании понятия императивных норм. Какие именно принципы внутреннего права можно отнести к публичному порядку? В предпринятом выше процессе анализа судебных и арбитражных решений, принятых в Российской Федерации и Республике Беларусь с обращением к оговорке о публичном порядке, мы уже отмечали расплывчатость и неконкретность этого понятия, отсутствие не только законодательного или судебного определения, но и доктринального исчерпывающего перечня таких принципов и норм. На практике невозможно точно предугадать, будет ли суд, рассматривая конкретный спор, использовать оговорку о публичном порядке или нет.



Понятие публичного порядка представляет собой весьма относительный правовой институт. Эта относительность проявляется в нескольких направлениях. Во-первых, концепция публичного порядка относительна во времени. Так, правовая норма может рассматриваться как затрагивающая публичный порядок в один период времени, а затем в результате изменения социально-экономических и политических условий такая норма теряет особую значимость для государства и выходит из категории публичного порядка. Например, статья 100 Гражданского кодекса БССР 1964 года требовала, чтобы в личной собственности гражданина находился один жилой дом или его часть, а у совместно проживающих супругов и их несовершеннолетних детей также находился только один жилой дом (или его часть), принадлежащие на праве личной собственности одному из них или находящийся в их общей собственности. Причем, статья 101 этого же кодекса устанавливала предельный размер жилого дома – 130 м<sup>2</sup>. Таким образом, иностранные правовые нормы или иностранные судебные решения, противоречащие этим принципам, рассматривались как нарушающие публичный порядок БССР. С обретением Республикой Беларусь независимости такие нормы в начале девяностых годов утратили свою юридическую силу, и иностранные судебные решения в данной сфере могли получить признание и исполнение в Беларуси. И, наоборот, норма может не относиться государством к нормам публичного порядка, но новый политический режим и, соответственно, социально-экономическая политика начинают по-новому смотреть на такие отношения, и норма переходит в разряд норм, подпадающих под действие оговорки о публичном порядке. Например, после прихода к власти в Афганистане в конце 90-ых годов радикального религиозно-идеологического движения «Талибан» была полностью изменена правовая система государства, и нормы права шариат, например, в сфере конституционных, гражданских прав, брачно-семейных, договорных, процессуальных отношений стали рассматриваться государством как фундаментальные принципы права, затрагивающие публичный порядок. Так, иностранная правовая норма или иностранное судебное или арбитражное решение, основанное, например, на принципе равенства прав мужчины и женщины, конечно, признавались противоречащими публичному порядку Афганистана и, соответственно, не применялись, не признавались и не исполнялись.

Во-вторых, концепция публичного порядка относительна в пространстве. Так, правовые принципы и нормы, входящие в сферу публичного порядка в одной стране, не будут рассматриваться как таковые в другой стране. Например, в мусульманском праве существует запрет на ростовщичество (*riba* - договор займа с процентной ставкой, заключаемый физическим лицом)<sup>79</sup>. Поэтому можно предположить, что иностранные судебные и арбитражные решения, основанные на правах, вытекающих из договоров ростовщичества, не будут признаны в мусульманских странах на том основании, что они противоречат публичному порядку. И наоборот, судебные и арбитражные решения, основанные на принципах брачно-семейного мусульманского права (например, неравенство мужчины и женщины, полигамные браки, низкий брачный возраст), не будут признаваться и исполняться в европейских государствах, поскольку противоречат основным принципам европейского права.

Как мы уже отмечали, понятие «императивные нормы» также характеризуется неопределенностью. Однако, степень относительности в концепции публичного порядка значительно выше – эта прерогатива принадлежит суду исходя из его личных субъективных воззрений. Императивная же норма уже имеет в своей структуре элемент долженствования, и она заранее известна субъектам правоотношения.

Необходимо заметить, что правовая доктрина выделяет две категории публичного порядка – внутренний и международный. Нормы внутреннего публичного порядка не могут нарушаться или обходиться посредством соглашения сторон. То есть, сфера действия внутреннего публичного порядка ограничена внутренними правоотношениями. Например, нельзя по соглашению между супругами изменить последствия брака, касающиеся личного статуса супругов<sup>80</sup>. Отсылка же к международному публичному порядку применяется только в случае, когда в правоотношении участвует иностранный элемент и подлежит применению, по общему правилу, иностранное право, однако такое применение, равно как и признание и приведение в исполнение иностранного судебного и арбитражного решения, может привести к нежелательным для государства последствиям. Именно

---

<sup>79</sup> Saleh S. The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the States of the Arab Middle East // Contemporary problems in International Arbitration. – London, 1986. – P. 340-341.

<sup>80</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 51.

в таком значении и применяется понятие «публичный порядок» в законодательной и правоприменительной практике. Именно в этом значении используем этот термин и мы в нашем исследовании. То есть в данном значении механизм публичного порядка выполняет явно негативную функцию в виде непризнания и неприменения нежелательных для государства правовых норм и судебных и арбитражных решений.

Заметим, что выделение двух видов публичного порядка имеет место не только на доктринальном уровне, но и в законодательной практике на международном уровне. Например, такое деление проводилось уже в 1928 году Кодексом международного частного права (Кодексом Бустаманте). В частности, статья 3 этого международного договора устанавливает: «В отношении осуществления гражданских прав и пользования одинаковыми гарантиями личности законы и правила, действующие в каждом из Договаривающихся государств, рассматриваются как входящие в одну из следующих трех категорий: I) относящиеся к лицам в силу их domicilio или гражданства и следующие за лицами даже при переезде в другую страну; они называются нормами личными или внутреннего публичного порядка; II) обязывающие одинаково всех лиц, находящихся на территории, будь то граждане или нет; они называются нормами территориальными, местными или международного публичного порядка; III) применяемые только по изъявлению, толкованию или презумпции воли Сторон или одной из Сторон; они называются нормами добровольными или частного порядка». А статья 8 этого же международного договора дополняет вышеназванные правила: «Права, предоставляемые согласно правилам настоящего Кодекса, имеют полное экстерриториальное действие в Договаривающихся государствах, кроме случаев, когда любой из их результатов или следствий противоречит норме международного публичного порядка».

В юридической литературе высказывается мнение о некорректности термина «международный публичный порядок». Аргументом здесь выступает тот факт, что к таким правоотношениям применяются не какие-либо международные принципы, а национальные фундаментальные принципы права, закрепленные во внутреннем законодательстве. Отсюда, применение слова «международный», которое имеет

значение «межнациональный, трансграничный, то есть выходящий за пределы одного государства» не совсем уместно. Слово «международный» имеет большее отношение к источнику применения, а нам следует подчеркнуть, что особой силы принципы внутреннего права применяются в отношениях, осложненных иностранным элементом. Поэтому, более корректно говорить не о международном публичном порядке, а о публичном порядке в смысле международного частного права или о публичном порядке в правоотношениях, осложненных иностранным элементом.

Понятие публичный порядок в смысле международного частного права уже, чем понятие внутренний публичный порядок, поскольку если затронуты принципы права в международных отношениях, то очевидно, что пострадают и внутренние отношения, то есть такие принципы будут императивны и для отношений, осложненных иностранным элементом, и для внутренних отношений. С другой стороны, не всякое противоречие внутреннему публичному порядку будет затрагивать международный публичный порядок. В уже приводимом нами примере относительно заключения полигамных браков видно, что заключение такого брака между белорусскими гражданами будет противоречить внутреннему публичному порядку и, соответственно, будет признаваться недействительным, но такие браки, заключенные в мусульманском государстве, действительные по ее законам, не будут затрагивать белорусский публичный порядок в смысле международного частного права и будут признаваться в Республике Беларусь на основании части 3 статьи 230 Кодекса Республики Беларусь о браке и семье.

В данном вопросе четко видна связь исследуемого нами вопроса императивных норм и механизма публичного порядка. Как мы уже установили выше, существует деление императивных норм на императивные нормы гражданского права и императивные нормы в смысле международного частного права, или сверхимперативные нормы. Как и в ситуации с действием механизма публичного порядка, внутреннего и международного, императивная норма гражданского права не всегда будет императивна в смысле международного частного права, но сверхимперативная норма всегда будет обязательной и для внутренних правоотношений. Например, изменение соглашением сторон предусмотренных белорусским законодательством, а именно статьей 197

Гражданского кодекса Республики Беларусь, сроков исковой давности (общий срок составляет три года) нарушает внутренний публичный порядок Беларуси и признается недействительным на основании статьи 199 Гражданского кодекса. Однако установление иных сроков исковой давности в правоотношении с иностранным элементом, подчиненном иностранной правовой системе (например, двухлетнего срока в договорном правоотношении, подчиненном немецкому праву) в соответствии с законодательством данного государства не будут рассматриваться белорусским законодательством как недействительные, поскольку последствия применения такой иностранной нормы или признания и приведения в исполнение иностранного судебного или арбитражного решения не будут затрагивать международный публичный порядок.

Практика некоторых иностранных государств показывает, что суд, если видит, что иностранная правовая норма противоречит публичному порядку, должен отыскать в этом иностранном праве близкую по содержанию норму, не противоречащую публичному порядку *lex fori*, а если это невозможно – применяет отечественную правовую норму. Такая ситуация существует, например, в Португалии в соответствии со статьей 22 Гражданского кодекса.

Таким образом, можно сделать вывод о том, что негативная концепция публичного порядка выполняет функцию коррекции издержек традиционного коллизионного метода международного частного права, который не учитывает результат, к которому может привести применение материально-правовой нормы компетентного иностранного правопорядка. В своих рассуждениях можно пойти дальше - механизм публичного порядка вскрывает несовершенство коллизионной системы государства суда, содержащей «жесткие» коллизионные привязки. Теоретически можно предположить, что в правой системе государства, коллизионные нормы которого, преимущественно, «гибкие», такой проблемы не возникнет, поскольку «чем гибче коллизионные нормы, чем больше они сориентированы на получение конкретного материально-правового результата, тем меньше должно быть оснований для обращения суда к механизму публичного порядка»<sup>81</sup>. Так, очевидно, необходимости в применении оговорки о публичном

---

<sup>81</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 54.

порядке не возникнет у суда, при рассмотрении договорных отношений, поскольку в соответствии с положениями части 4 статьи 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь, которая является единственной в международном частном праве Беларуси «гибкой» коллизионной нормой: «При невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан».

Кроме тех двух видов публичного порядка, о которых мы говорили выше – внутренний и международный – некоторые ученые в сфере международного частного права в середине 20 века стали говорить о возникновении еще одного вида, так называемого «транснационального публичного порядка» или «действительно международного публичного порядка» («*real international public policy*»). Как видно из названия, транснациональный публичный порядок представляет собой категорию не внутреннего права, а международного публичного права. В структуру данного понятия входят базовые принципы международного публичного права, *jus cogens*, закрепленные в наиважнейших международных правовых договорах – Уставе ООН, Декларации принципов международного права, Хельсинском Заключительном акте по безопасности и сотрудничеству в Европе - так называемое «право цивилизованных народов», а также выраженные в международной правоприменительной практике, например, в решениях Международного Суда ООН. К таким принципам чаще всего относят принцип защиты прав человека, принцип недискриминации, принцип мирного разрешения споров, принцип свободы договора, принцип невмешательства во внутренние дела и, как следствие, принцип недопустимости нарушения императивного законодательства и публичного порядка иностранного государства.

Однако, на наш взгляд, особой необходимости в выделении отдельной категории транснационального публичного порядка не существует. Это связано с тем, что национальная правовая система цивилизованного государства должна соответствовать международным правовым стандартам и закреплять во внутреннем праве и правоприменительной практике те самые принципы *jus cogens*. Кроме того, практика показывает, что национальные суды достаточно негативно относятся к данной теоретической категории. В решении по делу *SGTM v. People's Republic of Bangladesh and the BICD* от 5 мая 1976 года Верховный суд Швейцарии

не признал наличия в праве такого понятия как «действительный международный публичный порядок», на признании которого настаивал истец. В решении было отмечено: «Данное понятие выражает конструкцию, предложенную некоторыми авторами, которые, однако, не сумели наделить ее четким, недвусмысленным содержанием. Непонятно, как этот «международный публичный порядок» может ограничить применение иностранного права в большей степени, или другим образом, чем это достигается при помощи швейцарского публичного порядка»<sup>82</sup>.

Однако, данное теоретическое изыскание нашло поддержку в практике международных арбитражных судов, чему способствовала правовая природа этого правового института. Международный арбитражный суд – наднациональный орган, не имеющий, собственно, *lex fori*, руководствующийся в своей правоприменительной практике, преимущественно, нормами международно-правовых источников. Особенно четко данная позиция прослеживается в деятельности третейских судов *ad hoc*. Проблема обязательности применения императивных норм и механизма публичного порядка какого-либо государства стоит здесь не так остро как у национальных судебных органов, являющихся государственным судебным органом данного государства. Транснациональный публичный порядок в арбитражной правоприменительной практике будет выполнять функцию «арбитра» интересов различных правовых систем с точки зрения соответствия их фундаментальным принципам международного публичного права.

Терминология «транснациональный публичный порядок» является достаточно признанной в наши дни в сфере международного коммерческого арбитража. Например, о ней шла речь в Резолюции Института международного права «Арбитраж между государствами, государственными предприятиями или государственными объектами», которая была принята в 1989 году на сессии в Сантьяго де Компостела. Статья 1 данной Резолюции отмечает: «Арбитр должен учитывать императивные нормы действительного международного публичного порядка». Статья 2 объясняет понятие международного публичного порядка: «Действительно международный публичный порядок существует тогда, когда в возникшем международном правопорядке, которому служит арбитраж, сложился

---

<sup>82</sup> Tribunal Federal, 5 May 1976, Societe des Grands Travaux de Marseille (SGTM) v. People's Republic of Bangladesh and the BIDC. – 5 YB Com. Arb. (1980). – P. 220.

консенсус по определенному экономическому, политическому и социальному вопросу». Статья 5 предоставляет сторонам право автономно выбирать материальные и процессуальные нормы в сфере арбитража, но пределах императивов, установленных международным публичным порядком<sup>83</sup>.

Категория транснационального публичного порядка имеет место и непосредственно в арбитражных решениях. Так, мы можем видеть ее в решении, вынесенном шведским арбитром Лагергреном по делу № 1110 Международной торговой палаты в Париже. Из обстоятельств дела было видно, что договор был направлен на дачу взятки аргентинским должностным лицам. На этом основании арбитр отказался рассматривать существо спора, сославшись на действительный международный публичный порядок, по которому недействительны договоры, нарушающие добрые нравы. В частности, Лагергрэн отметил: «Коррупция представляет собой международное зло и противоречит добрым нравам и международному публичному порядку... Я убежден, что дело, подобное этому, не может получить одобрение ни в судах Аргентины, ни в судах Франции, ни в судах любой другой цивилизованной страны или в международных арбитражных судах... Из всего вышеизложенного вытекает, что мое решение об отсутствии у меня компетенции основано не на каких-то национальных нормах о недопустимости арбитражного рассмотрения отдельных категорий споров, а на общепризнанных принципах, лишающих арбитров права принимать подобные дела к рассмотрению».

Данная концепция транснационального публичного порядка имеет право на существование, но, на наш взгляд, не лишена определенных недостатков. Основным слабым местом ее можно считать еще большую расплывчатость самого понятия «действительно международный публичный порядок», нежели «международный публичный порядок», круг вопросов, включаемых в него. До сих пор среди ученых ведется полемика относительно включения определенных международных правовых принципов в категорию *jus cogens*. Судьи на практике будут озадачены проблемой, входит ли определенный принцип в транснациональный публичный порядок или нет. Возникает вопрос, как относится к принципу, признанному большинством, но не всеми государствами? Как вообще

---

<sup>83</sup> AnnIDI. – Vol. 63, Part. 1. – 1989. – P. 203 – 204.



определить, признан какой-то определенный принцип большинством или нет? Кроме того, в последнее время складывается тенденция объединения государств по региональному признаку, соответственно, возможно, экономические интересы государств азиатского региона будут, по меньшей мере, не совпадать с экономическими устремлениями стран – участниц Европейского Союза или Северо-Американской зоны. Может, имеет смысл говорить не о действительно международном публичном порядке, а о региональном публичном порядке, с более определенными и конкретными правовыми источниками, составляющими содержание такого правового института? По нашему мнению, несмотря на вышеприведенные примеры применения данной теории на практике, концепция в большей степени существует на теоретическом уровне, многие ее положения еще не достаточно проработаны, не решен вопрос механизма исполнения принципов, входящих в транснациональный публичный порядок.

### **1.3.3. Позитивная (франко-итальянская) концепция публичного порядка. Соотношение позитивной концепции публичного порядка и концепции сверхимперативных норм**

Вторая сложившаяся в международной правовой доктрине теория является теорией позитивного публичного порядка. Основателем данной теории выступает известный итальянский ученый и политический деятель 19 века Манчини. В своей «национальной» теории он установил, что к физическому лицу независимо от его местонахождения применяется закон гражданства, но действие этого закона «ограничивается лишь публичным порядком страны пребывания данного лица; публичный порядок носит территориальный характер и действует по отношению ко всем лицам, пребывающим на территории данного государства»<sup>84</sup>. Согласно данному учению, во внутреннем праве государства существует особая категория правовых норм, которые позитивно выражают основные принципы права государства суда и которые должны, соответственно, применяться в любом случае независимо от существования в правоотношении иностранного элемента. Таким образом, эти нормы выражают позитивную функцию публичного порядка в

---

<sup>84</sup> Лунц Л.А. Международное частное право. – М.: «Юридическая литература», 1970. – С. 118.

отличие от ранее исследованной нами негативной функции, состоящей в отторжении иностранной правовой нормы, последствия применения которой противоречили бы праву суда. Применяя механизм публичного порядка в позитивном варианте, мы вообще не смотрим содержание иностранной правовой нормы, то есть вообще не применяем отечественные коллизионные нормы, поскольку в любом случае подлежат применению внутренние материальные нормы особой силы. Теория Манчини нашла отражение в различных кодификациях того времени: Итальянском гражданском кодексе 1865 года, Германском гражданском уложении 1896 года, Японском гражданском кодексе 1898 года.

Многие исследователи проблем международного частного права рассматривают понятие «нормы непосредственного применения» и позитивную концепцию публичного порядка как равнозначные, синонимичные<sup>85</sup>. Публичный порядок в позитивном варианте есть не что иное, как сверхимперативные нормы, обладающие большой важностью для государства и применяемые независимо от существования национальных коллизионных принципов. Например, в комментарии решения Апелляционного суда Парижа по делу *Club Mediterranée v. Caisse des congés spectacles* отмечается: «термин «нормы непосредственного применения», который употребил суд, есть всего лишь особый способ обозначения публичного порядка в позитивной форме»<sup>86</sup>.

На наш взгляд, такое отождествление понятия «нормы непосредственного применения» и публичного порядка в позитивном варианте не совсем правильно. Эти понятия весьма близки друг другу, но не взаимозаменяемы. Во-первых, когда речь идет о публичном порядке, мы рассматриваем фундаментальные принципы только закона суда, что касается же сверхимперативных норм, перед судом часто встает необходимость в применении не только отечественных, но и иностранных норм непосредственного применения. Это различие по сфере применения исследуемых нами правовых институтов.

Второе различие можно провести по содержательному критерию. Публичный порядок составляют фундаментальные принципы, лежащие в основе права государства суда. Нормы же непосредственного применения направлены на

---

<sup>85</sup> Parra-Aranguren G. General Course of Private International Law. – P. 87.

<sup>86</sup> Forde M. The «ordre public» exception and adjudicative jurisdiction conventions // I.C.L.Q. – Vol. 29. – 1980. – P. 260.

обеспечение защиты определенных интересов, на достижение определенных целей, указанных нами выше. Эти цели и интересы могут отражать публичный порядок государства, но не обязательно. Таким образом, норма может быть сверхимперативной, но не затрагивать публичный порядок. С другой стороны, каждая норма, составляющая публичный порядок в позитивном варианте будет нормой непосредственного применения. То есть, на наш взгляд, понятие сверхимперативных норм шире понятия публичного порядка в позитивном варианте и включает его в себе.

В качестве доказательства своей точки зрения можно привести следующие примеры. Часть 1 статьи 1 «Основные начала гражданского законодательства» Гражданского кодекса РФ устанавливает: «Гражданское законодательство основывается на признании равенства участников регулируемых им отношений, неприкосновенности собственности, свободы договора, недопустимости произвольного вмешательства кого-либо в частные дела, необходимости беспрепятственного осуществления гражданских прав, обеспечения восстановления нарушенных прав, их судебной защиты». Такая норма, являясь, безусловно, нормой непосредственного применения, входит в категорию публичного порядка в позитивном варианте, так как устанавливает общепризнанные в международной практике и национальных законодательствах государств принципы гражданского права.

В белорусском гражданском законодательстве также есть аналогичная статья, закрепляющая общие принципы гражданского права. Это статья 2 Гражданского кодекса «Основные начала гражданского законодательства». Однако формулировка данной статьи отличается от соответствующей российской нормы. Она дополнена некоторыми принципами, которые, заметим, структурно расположены перед общепризнанными принципами, предусмотренными, в том числе, российским правом, такими как принцип равенства участников гражданских отношений, принцип неприкосновенности собственности, принцип свободы договора, принцип недопустимости произвольного вмешательства в частные дела и другими. В отличие от российского закона белорусское законодательство в качестве второго и третьего приоритетных принципов гражданского права называет:

- направление и координация государственной и частной экономической деятельности обеспечиваются государством в социальных целях (принцип социальной направленности регулирования экономической деятельности);

- осуществление гражданских прав не должно противоречить общественной пользе и безопасности, наносить вред окружающей среде, историко-культурным ценностям, ущемлять права и защищаемые законом интересы других лиц (принцип приоритета общественных интересов).

Эти принципы, вне всяких сомнений, являются сверхимперативными нормами и входят в категорию публичного порядка в позитивном варианте. Но что понимать под терминами «социальные цели» и «общественная польза»? Очевидно, что их можно толковать очень широко в интересах государства. Нельзя не отметить, что такое расширительное понимание государственных целей и задач может нанести серьезный ущерб рыночной экономике, нарушать экономические права и свободы юридических и физических лиц, будет препятствовать притоку иностранных инвестиций в Беларусь. Кроме того, нельзя не признавать негативных последствий для бизнеса всеобъемлющего и жесткого государственного регулирования экономической деятельности. Законодательное закрепление этих двух принципов ввергает субъекты правоотношений в состояние неопределенности, боязни изменений в нестабильном законодательстве, неуверенности в завтрашнем дне. Такой подход, по нашему мнению, противоречит принципам цивилизованных стран. Для примера, заметим, что ограничения действия основных демократических принципов имеют место и в вышеназванной статье Гражданского кодекса России. Однако, там перечисляются конкретные основания такого ограничения, причем этот перечень является исчерпывающим. В частности, часть 2 пункта 2 статьи 1 устанавливает, что «гражданские права могут быть ограничены на основании федерального закона и 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».

Вместе с тем, можно привести в пример довольно большое количество сверхимперативных норм, которые ни коим образом не затрагивают публичный порядок. Например, статья 129 Кодекса торгового мореплавания СССР

устанавливала пределы ответственности перевозчика в договоре линейной перевозки. Эту норму, несмотря на то, что она является отражением современных тенденций международного транспортного права и закреплена во многих международных правовых документах, в частности в Гаагской конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 года, Варшавской конвенции об унификации некоторых правил, касающихся международной воздушной перевозки 1929 года, Конвенции Организации Объединенных наций о морской перевозке грузов 1978 года и многих других, нельзя назвать правовой нормой, затрагивающей публичный порядок. Достаточно сложно признать в качестве таковой и норму непосредственного действия, закрепленную в части 2 статьи 1116 Гражданского кодекса Республики Беларусь об обязательности письменной формы внешнеэкономических сделок, хотя бы одной из сторон которой является белорусский субъект хозяйствования. На лицо отсутствие противоречия фундаментальным принципам отечественной правовой системы, противоречия нормам морали и нравственности, существенного урона интересам государства и общества, равно как и противоречия общепризнанным принципам международного публичного права. Однако, как мы уже показывали выше, правоприменительная практика может весьма расширительно толковать категорию «публичный порядок», что особенно заметно на примере постсоциалистических стран, в том числе Республики Беларусь и иногда Российской Федерации. Именно такое широкое толкование правового института «публичный порядок» делает возможным ставить знак равенства между этим понятием и понятием «сверхимперативная норма». На наш взгляд, такой подход противоречит общемировым тенденциям стремления максимально уменьшить количество обращений суда к данному защитному механизму. Образно говоря, «императив» публичного порядка перевешивает «императив» нормы непосредственного применения.

Таким образом, мы установили, что норма непосредственного применения не всегда выражает противоречие основополагающим принципам права, характерное для механизма действия оговорки о публичном порядке. Концепция норм непосредственного применения шире концепции публичного порядка. Подтверждение такой точки зрения мы можем найти в иностранной доктрине:

«Императивная норма права необязательно составляет часть публичного порядка, являющегося более узким понятием»<sup>87</sup>. «Императивные нормы не обязательно идентичны нормам публичного порядка...Любая норма публичного порядка императивна, но не любая императивная норма составляет часть публичного порядка»<sup>88</sup>. Некоторые авторы даже предлагают отказаться от «устаревшей» концепции публичного порядка, заменив ее новой теорией норм непосредственного применения<sup>89</sup>. Заметим, что часть правовой доктрины выражает иную точку зрения, согласно которой нормы непосредственного применения тождественны концепции публичного порядка: «Императивная норма – обязательное правовое положение, подлежащее применению к отношению с иностранным элементом, независимо от права, регулирующего данное правоотношение. Иными словами, **императивные нормы права входят в сферу публичного порядка** и одновременно являются его выражением, в результате чего эти нормы должны применяться даже тогда, когда правовая система, составной частью которой они являются, не компетентна вследствие действия соответствующей коллизионной нормы»<sup>90</sup>.

Мы приходим к мнению, что, поскольку нормы непосредственного применения не всегда выражают принципы, входящие в публичный порядок, следует говорить об этих понятиях как об отдельных правовых институтах и механизмах международного частного права. Это утверждение подтверждается международной и национальной правотворческой деятельностью. При разработке проекта Гражданского кодекса Российской Федерации было предложено ввести в текст статью, объединяющую эти два правовых института под названием «Ограничение применения иностранного права». Первая часть этой статьи оговаривала механизм публичного порядка, а вторая – применение сверхимперативных норм. Впоследствии было решено отказаться от использования одной статьи и разработать две самостоятельные статьи о публичном порядке и нормах непосредственного действия. Такой отдельный подход к правовому регулированию этих двух правовых институтов мы видим и в Римской конвенции

---

<sup>87</sup> Blessing M. Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law. – ICCA XIIth Congress. – Vienna, 3-6 November 1994. – P. 75.

<sup>88</sup> Böckstiegel K.-H. Public Policy and Arbitrability. – Comparative Arbitration Practice. – P. 183 – 184.

<sup>89</sup> Vitta E. Cours General de Droit International Prive. – 162 Rec. des Cours. – 1979-I. – P. 121-122.

<sup>90</sup> Mayer P. Mandatory Rules of Law in International Arbitration // Arbitration International. – Vol. 2. - № 4. – 1986. – P. 274 - 275.

1980 года о праве, применимом к договорным обязательствам, а также в большинстве национальных кодификаций, в том числе в гражданском законодательстве Республики Беларусь.

Все вышеизложенное позволяет нам сделать вывод о том, что к настоящему моменту отпала необходимость в делении публичного порядка на две категории – позитивный и негативный. Такая ситуация приводит возникновению путаницы, смешению понятий «публичный порядок» и «сверхимперативные нормы» и не соответствует современным тенденциям международного частного права. Мировая практика идет именно по такому пути – отказа от публичного порядка в позитивном варианте и вытеснения его негативным вариантом публичного порядка. Например, позитивная концепция была заменена негативной в Итальянском гражданском кодексе в 1942 году, в Греческом гражданском кодексе в 1940 году, Египетском гражданском кодексе в 1948 году, в Бразильском гражданском кодексе в 1942 году и других кодификациях. Таким образом, на наш взгляд, следует отказаться от устаревшего понятия позитивного публичного порядка, заменив его относительно молодым и прогрессивным понятием «нормы непосредственного применения». В таком случае будет видна четкая разница между этими правовыми институтами, которая выражается в различных механизмах действия. При инициировании механизма публичного порядка вступает в силу коллизионный метод правового регулирования, то есть судья должен сначала определить необходимую отечественную или международную коллизионную норму, в соответствии с ней установить компетентный правопорядок, определить последствия применения данной иностранной правовой нормы и, при противоречии их фундаментальным принципам отечественного права, отказать в их применении. При применении же сверхимперативных норм коллизионная стадия вообще выпадает. Хотя возможны исключения из этого правила. Например, часть 4 статьи 14 Гражданского кодекса Аргентины закрепляет приоритет аргентинского материального права в случае, если оно устанавливает более благоприятные условия для действительности внешнеэкономического договора по сравнению с иностранной правовой системой, являющейся правом,

применимым по договору<sup>91</sup>. По общему же правилу, норма непосредственного действия подлежит применению в любом случае, независимо от содержания иностранной правовой нормы. Основная цель таких норм – обеспечить собственное применение, в то время как целью оговорки о публичном порядке является не допущение применения иностранного права или признание иностранного судебного или арбитражного решения, если такое применение ведет к результату, явно несовместимо с основополагающими принципами национального права.

Таким образом, нормы непосредственного применения представляют собой нормы, направленные на обеспечение государственного контроля над частноправовой сферой, имеют, в том числе, публично-правовой характер.

---

<sup>91</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 65.



## **Глава 2. ИМПЕРАТИВНЫЕ НОРМЫ РЕСПУБЛИКИ БЕЛАРУСЬ В СРАВНЕНИИ С ИМПЕРАТИВНЫМИ НОРМАМИ РОССИИ И УКРАИНЫ И ИХ СООТНОШЕНИЕ С НОРМАМИ МЕЖДУНАРОДНЫХ ДОГОВОРОВ**

В данной главе мы хотели бы обратиться к исследованию непосредственно сверхимперативных норм законодательства Республики Беларусь. Императивные предписания можно обнаружить как в материальном, так и в коллизионном праве. В силу объективных обстоятельств количество императивных материальных норм по сравнению с количеством императивных коллизионных норм значительно выше. Это объясняется тем, что в любой правовой системе количество материальных норм превалирует над количеством коллизионных норм, поскольку объем любой коллизионной нормы охватывает по своему содержанию большое количество материальных норм. Например, объем коллизионной нормы статьи 1119 Гражданского кодекса Республики Беларусь: «Право собственности и иные вещные права на недвижимое и движимое имущество определяются по праву страны, где это имущество находится, если иное не предусмотрено законодательными актами» будет регулировать такие материальные вопросы как содержание права собственности и иных вещных прав, объекты и субъекты права собственности и иных вещных прав, правомочия собственника и другие и охватывать, в частности, многочисленные материально-правовые нормы, предусмотренные статьями 210 – 218, 246 – 281 Гражданского кодекса Республики Беларусь.

Материально-правовая норма отличается от коллизионной нормы тем, что она непосредственно регулирует права и обязанности сторон правоотношения, то есть содержит прямое правовое регулирование определенного вопроса. Коллизионная же норма не регулирует непосредственно прав и обязанностей сторон правоотношения, ее цель заключается в отсылке к компетентному правопорядку, то есть в определении права, применимого к данному правоотношению. Такая норма содержит косвенное правовое регулирование.

Возможны ситуации, когда коллидируют между собой императивные материальные нормы и императивные коллизионные нормы одного и того же

государства. Какие нормы в таком случае должны иметь приоритет? По нашему мнению, более приоритетны императивные материальные нормы, поскольку они являются специальным законом (*lex specialis*) по отношению к закону общему, содержащемуся в коллизионных нормах.

## **2.1. Правовые нормы Республики Беларусь в сфере договорных отношений**

Как мы уже установили выше, сверхимперативные нормы государства делятся на три вида: направленные на защиту слабой стороны, направленные на защиту третьей стороны и направленные на обеспечение безопасности и суверенитета государства. Главным примером императивной нормы в сфере международной коммерческой деятельности является часть 2 статьи 1116 белорусского Гражданского кодекса, которая устанавливает, что «внешнеэкономическая сделка, хотя бы одним из участников которой является юридическое лицо Республики Беларусь или гражданин Республики Беларусь, совершается независимо от места заключения сделки в письменной форме». Можно обратить внимание на некорректность юридических формулировок белорусской статьи, поскольку внешнеэкономическая сделка *a priori* не может заключаться физическим лицом, поскольку основным ее признаком является предпринимательский характер. Таким образом, гражданин Республики Беларусь, не являющийся индивидуальным предпринимателем, не может быть стороной внешнеэкономической сделки. Часть 2 статьи 1209 российского Гражданского кодекса формулируется несколько иным образом: «форма внешнеэкономической сделки, хотя бы одной из сторон которой является российское юридическое лицо, подчиняется независимо от места совершения этой сделки российскому праву. Это правило применяется и в случаях, когда хотя бы одной из сторон такой сделки выступает осуществляющее предпринимательскую деятельность физическое лицо, личным законом которого ...является российское право». Как видно, российская норма содержит меньший императив, поскольку гражданское право России допускает в некоторых случаях заключение сделок в устной форме, например, устно могут совершаться сделки, исполняемые при самом их совершении (статья 159 ГК).

В принципе, такая позиция Республики Беларусь не противоречит положениям Венской конвенции, которая дает возможность государствам, императивные нормы которых предписывают обязательную письменную форму для внешнеэкономических сделок, сделать оговорку о неприменении ее положений о возможности заключения договора в любой, в том числе устной форме, если одна сторона имеет свое коммерческое предприятие в государстве, сделавшем заявление на основании статьи 96 конвенции. Такую оговорку к Венской конвенции сделали кроме Беларуси Аргентина, СССР, Украина, Венгрия, Латвия, Литва, Эстония, Чили.

Однако, в отношении последствий заявления по статье 96 существуют противоположные точки зрения. Согласно одной позиции, тот факт, что одна сторона имеет свое коммерческое предприятие в государстве, которое сделало заявления по статье 96, сам по себе не обязательно означает, что применяются требования того государства в отношении формы. Примером здесь может служить решение от 12 июля 2001 года по делу *Rechtbank Rotterdam*, Нидерланды<sup>92</sup>.

Сборник ЮНСИТРАЛ по прецедентному праву, касающемуся Конвенции Организации Объединенных Наций о международной купле-продаже товаров<sup>93</sup> определяет, что «скорее, вопрос о том, следует ли соблюдать какие-либо требования в отношении формы, будет зависеть от норм международного частного права страны суда. Таким образом, если эти нормы указывают на право государства, которое сделало заявление по статье 96, требования этого государства в отношении формы должны быть соблюдены; с другой стороны, если применимым правом является право договорающегося государства, не сделавшего заявления по статье 96, применяется принцип свободы от требований в отношении формы, который установлен в статье 11», что подтверждается довольно значительной правоприменительной практикой<sup>94</sup>.

---

<sup>92</sup> Nederlands Internationaal Privaatrecht, 2001, № 278.

<sup>93</sup> A/CN.9/SER.C/DIGEST/CISG/12.

<sup>94</sup> *Rechtbank Rotterdam*, 12 июля 2001 года //Nederlands Internationaal Privaatrecht, 2001, № 278; Hoge Raad, Нидерланды, 7 января 1997 г.//www.unilex.info/case.cfm?pid=case&id=333&step=FullText>.

Однако, согласно противоположной точке зрения, если одна сторона имеет коммерческое предприятие в государстве, сделавшем заявление по статье 96, договор должен быть заключен, либо доказан, либо изменен в письменной форме<sup>95</sup>.

Конечно, есть много положительных моментов в составлении контракта в письменной форме. Многие международные правовые документы рекомендуют именно письменную форму контракта. Например, Руководство по составлению торговых агентских соглашений между сторонами, находящимися в разных странах<sup>96</sup>, разработанное Международной Торговой Палатой (МТП) в 1961 г. (в новой редакции 1990 г.), во введении обращает внимание на то, что «опыт ясно свидетельствует, особенно в международной торговле, о целесообразности письменного составления агентских соглашений и любых дополнений к ним». Это в интересах обеих сторон.

Все эти «плюсы» составления письменного документа очевидны. Однако можем ли мы поставить знак равенства между словами «целесообразно» и «обязательно»? Очевидно, что идеальный международный контракт – это письменный документ, в котором четко изложены все условия соглашения. Очевидно, что стороны должны стремиться к такой форме договорных правоотношений (именно это и рекомендует Руководство). Наличие такого документа позволяет сделать отношения сторон более определенными, снять основания для споров в будущем по поводу самого факта совершения сделки и ее содержания. Но уместен ли законодательный императив относительно формы международного договора в современную технотронную эпоху, когда значительная часть сделок в мире, особенно в области международной торговли, заключается с огромной скоростью и на безбумажной основе? Национальное белорусское законодательство как законодательство европейского государства не может не реагировать на тенденции мировых коммерческих отношений. Разработка правил составления и подписи электронных документов не решает всей проблемы. Доктрина склоняется к мнению, что любые дополнительные требования к форме

---

<sup>95</sup> На этой позиции стоит белорусская судебная практика, которая будет приводиться в третьей главе, а также российская (решение Высшего арбитражного суда Российской Федерации от 16 февраля 1998 г. // <http://cisg3w.law.pace.edu/cases/980216r1.html>) и западная правоприменительная практика (Rechtbank van Koophandel Hasselt, Бельгия, 2 мая 1995 г. // <http://www.law.kuleuven.ac.be/int/tradelaw/WK/1995-05-02.htm>).

<sup>96</sup> Руководство по составлению коммерческих агентских контрактов/ Commercial agency: Guide for Drawing up Contracts. Серия «Издания Международной торговой палаты». – М.: Издательство АО «Консалтбанкир», 1996.

договора объективно приводят к осложнению и замедлению процедуры заключения договора и, как правило, вызывают дополнительные расходы по оформлению, что влечет осложнение деловых отношений вообще<sup>97</sup>. Формализм белорусского законодательства в отношении формы договора сводится к предположению: нет письменной формы – нет и договора. Следовательно, лицо, ссылающееся на существование договора, должно представить в суде доказательства, однако, в отступление от общих правил процесса лицо не может ссылаться на свидетельские показания. Другая же сторона, доказывающая отсутствие договорных отношений, может приводить любые доказательства, в том числе свидетельские показания (это вытекает из толкования ч. 1 ст. 163 ГК Республики Беларусь).

Устанавливая жесткие последствия несоблюдения письменной формы, особенно для внешнеэкономических сделок, законодатель, возможно, наказывает добросовестную сторону, которая, являясь иностранцем, может и не знать о таких императивных нормах национального законодательства. Признание такой сделки недействительной существенно отразится на финансовом положении добросовестного контрагента.

Широко принятая практика международной торговли не предъявлять к форме совершения контракта каких-либо требований получила закрепление во многих международно-правовых документах. Статья 11 и пункт 1 статьи 29 Венской конвенции о международной купле-продаже, статья 1.2 Принципов международных коммерческих договоров УНИДРУА<sup>98</sup>, статья 10 Женевской конвенции о представительстве в международной купле-продаже товаров 1983 года (не вступившей в силу) отказываются от предъявления любых требований к форме договоров. Эти документы получили широкое признание в международных коммерческих отношениях и заслуживают быть учтенными и при национально-правовом регулировании международных договоров.

Разумеется, отмена императива относительно формы внешнеторгового контракта в Республике Беларусь не представляется возможной уже сегодня. В период выхода экономики из кризиса внешняя торговля нуждается в государственном регулировании. Но все же хотелось бы, чтобы требование

---

<sup>97</sup> Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. – М. – 1997. – С. 274.

<sup>98</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА. – М. – 1996.

письменной формы договора не рассматривалось как нечто неизбывное и постоянное. Развитие экономики влечет за собой реформирование правовой системы, которая должна отвечать потребностям мирового рынка.

Об отсутствии негативных последствий отказа от обязательности заключения международной коммерческой сделки в письменной форме свидетельствует и тот факт, что некоторые страны, в свое время сделавшие оговорку к Венской конвенции, в настоящее время начинают ее снимать. В частности, Эстония 9 марта 2004 года сняла оговорку, сделанную ею при ратификации Венской конвенции 20 сентября 1993 года.

Следует отметить, что прежние советские императивные правила о порядке подписания внешнеэкономических сделок в настоящее время не применяются. До политических и экономических реформ в соответствии с частью 2 статьи 560 ГК БССР (даже с учетом последних изменений в 90-ые годы) форма внешнеторговых сделок, совершаемых субъектами хозяйствования, зарегистрированными на территории Республики Беларусь, и порядок их подписания...независимо от места совершения этих сделок определялся законодательством Республики Беларусь. Дело в том, что постановлением Совета Министров (СМ) СССР от 14.02.1978 № 122 «О порядке подписания внешнеторговых сделок»<sup>99</sup> было установлено, что внешнеторговые сделки, заключаемые советскими организациями, правомочными совершать внешнеторговые операции, должны подписываться двумя лицами. Этим постановлением был определен и круг лиц, имеющих право подписи таких сделок. Сделка должна была подписываться обязательно двумя лицами - директором и заместителем директора, а денежное обязательство – еще и главным бухгалтером. «Имена и фамилии лиц, имеющих по должности право подписи внешнеторговых сделок, а также векселей и других денежных обязательств, публикуются в печатном органе Министерства внешней торговли или в печатном органе министерства, государственного комитета или ведомства, в системе которого находится соответствующая организация» (ч.3 п.1 постановления СМ СССР 1978 г.). Формально это требование действовало до вступления в силу нового Гражданского кодекса в 1999 году, но суды уже в середине 90 – ых годов юридически не применяли его положения и не признавали внешнеторговую сделку

---

<sup>99</sup> Собрание постановлений СССР. – 1978. - № 6. – Ст. 35.

недействительной, когда она была подписана только одним лицом, имеющим право подписи. Порядок подписания сделок в настоящее время определяется учредительными документами соответствующего юридического лица. В решении кассационной инстанции хозяйственного суда г. Минска от 17 марта 2003 г. довод ответчика о том, что договор не подписан директором, отклонен на том основании, что «в рассматриваемом случае договор заключен в письменной форме, сторонами достигнуто соглашение по всем условиям, на договоре проставлена печать ответчика. Соответственно, доводы кассатора по указанным основаниям не могут быть приняты во внимание<sup>100</sup>».

Белорусские субъекты хозяйствования, заключающие внешнеэкономическую сделку, должны следовать и другим императивным предписаниям, в частности, требованиям Указа Президента Республики Беларусь от 4 января 2000 г. № 7<sup>101</sup>, утвердившего Положение о порядке контроля за проведением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями внешнеторговых операций.

Пункт 2.16 Указа определяет внешнеторговый договор как «договор между резидентом и нерезидентом Республики Беларусь, предусматривающий возмездную передачу товаров (выполнение работ, оказание услуг)», например, договоры хранения, комиссии, подряда и т.д. (договор дарения либо безвозмездного оказания услуг не рассматривается как внешнеторговый применительно к данному законодательному акту). Однако, как будет продемонстрировано ниже, многие обязательные условия внешнеторгового контракта, предусмотренные Указом, разработаны только для купли-продажи.

Пункт 15 Положения требует, чтобы внешнеторговый договор содержал специальные условия:

- Дата договора (заметим здесь, что в статье 403 Гражданского кодекса предусмотрено, что договор считается заключенным в момент получения лицом, направившим оферту, акцепта, тем самым Указ № 7 не учитывает, что внешнеэкономическая сделка может заключаться не только между присутствующими, но и между «отсутствующими» сторонами

---

<sup>100</sup> Дело № 408-6/114к.

<sup>101</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. –19 января 2000 г. - № 5. – 1/ 915.

(находящимися в разных странах) путем обмена письмами, телексами, факсами, по электронной почте);

- место заключения (обратим внимание, что в соответствии со статьей 414 ГК, если в договоре не указано место заключения договора, он считается заключенным в месте нахождения лица, направившего оферту);
- предмет договора;
- количество товара (данное требование Указа № 7 сложно реализуемо применительно к иным по сравнению с договором купли-продажи договорам, так как, например, в договорах подряда, доверительного управления имуществом, факторинга и т.д. товар как объект договора будет отсутствовать, в силу чего нельзя отразить и его количество).

Указанное в предыдущем абзаце относится и к ряду иных обязательных условий внешнеторгового договора, предусмотренных в Указе № 7, а именно к:

- качеству;
- условиям поставки;
- срокам поставки товара.

Данные условия не могут включаться в договоры, объектом которых не является товар, но могут содержаться не только в договорах международной купли-продажи либо мены товаров, но и в договорах комиссии, поручения, хранения товаров (хотя для сторон таких сделок вещь - предмет материального мира – как объект договора не будет рассматриваться в качестве товара).

Кроме вышеназванных, согласно Указу № 7 внешнеторговый договор должен содержать также следующие положения:

- цена товара (для договоров, не являющихся куплей-продажей, очевидно, имеется в виду цена сделки);
- условия расчета;
- валюта платежа;
- название страны и места назначения экспортируемого товара;
- ответственность сторон;
- порядок разрешения споров;
- юридические адреса и банковские реквизиты сторон.



Белорусский законодатель требует от субъекта хозяйствования Республики Беларусь обязательного указания в договоре вышеназванных условий даже в случае, когда контрагент в договоре – иностранный субъект – не считает эти условия существенными для совершения сделки<sup>102</sup>. Если иностранный контрагент не согласен с внесением необходимых по белорусскому законодательству условий (например, он применяет в своей договорной практике исключительно «стандартные проформы» и вносить в них изменения ради сделки с белорусским субъектом хозяйствования, что чревато для него большим экономическим риском, нежели с контрагентом другой правовой системы, не намерен), то белорусское юридическое лицо или индивидуальный предприниматель вынуждены будут просто отказаться от этой сделки, что в свою очередь, принесет ущерб не только ему самому, но и государству в виде недополученных налогов и таможенных платежей. Другим выходом из такой сложившейся ситуации может быть сознательное уклонение от внесения в договор предусмотренных Указом № 7 положений контракта. Текст Указа не содержит конкретных санкций за невключение таких условий в контракт. Но в этом случае возможен отказ в регистрации паспорта сделки<sup>103</sup> таможенным органом или в его визировании банком, поскольку таможенные органы, в соответствии с пунктом 3 того же Указа проверяют соответствие внешнеторгового договора предъявляемым требованиям при регистрации паспортов сделки. А отсутствие паспорта сделки влечет штраф в размере 100 % стоимости товаров (работ, услуг).

В Российской Федерации в отличие от Белоруссии не существует таких жестких требований относительно содержания внешнеторгового договора, там действуют диспозитивного характера Рекомендации по минимальным требованиям к обязательным реквизитам и форме внешнеторгового контракта, утвержденные Министерством по внешним экономическим связям РФ 29 февраля 1996 г. Этот документ не имеет обязательной силы, но используется на практике крупными внешнеторговыми фирмами. В качестве рекомендуемых сторонам называются

---

<sup>102</sup> Функ Я. Право международной торговли: договоры международной купли-продажи товаров и международного посредничества. В 3 кн. Кн. 1. Универсальная международно-правовая унификация купли-продажи товаров. – Мн.: Дикта, 2005. – С. 12.

<sup>103</sup> "Паспорт сделки" - документ установленной формы, который оформляется экспортером или импортером по внешнеторговым договорам, общая стоимость товаров по которым превышает в эквиваленте 1500 евро, регистрируется в таможенных органах и является основным документом при осуществлении валютного контроля внешнеторговых операций. – абз. 4 п. 2.16 Указа Президента Республики Беларусь № 7 от 4.01.2000 г.

такие условия как унифицированный номер контракта, дата и место подписания, полные официальные наименования, страна иностранного партнера, цена и сумма контракта, условия платежа, срок поставки, условия приемки товара по количеству и качеству, форс-мажор, рассмотрение споров, ответственность, адреса и подписи сторон<sup>104</sup>. Таким образом, при отсутствии какого-либо из перечисленных условий во внешнеторговом договоре субъекта хозяйствования России никаких экономических санкций для этого субъекта не последует.

Императивные требования относительно содержания внешнеторгового контракта предписываются российским правом только в отношении товарообменных (бартерных) договоров. Так, в соответствии со статьей 45 Федерального закона от 8 декабря 2003 года №164-ФЗ «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (в редакции от 22.08.2004)<sup>105</sup>, «Особенности осуществления внешнеторговых бартерных сделок», в документе, оформляющем внешнеторговую бартерную сделку, должны указываться:

- 1) дата заключения и номер внешнеторговой бартерной сделки;
- 2) номенклатура, количество, качество, цена товара по каждой товарной позиции, сроки и условия экспорта, импорта товара. В договоре на поставку комплектного оборудования (оказание услуг и выполнение работ) при сооружении комплектных объектов в иностранном государстве указывается стоимость товаров (далее - встречные товары), предусмотренных для обмена на равноценные по стоимости экспортируемые из Российской Федерации товары, а номенклатура, количество, качество и цена встречных товаров указываются в дополнительных протоколах, которые должны являться частью таких договоров;
- 3) перечень услуг, работ, интеллектуальной собственности, их стоимость, сроки оказания услуг, выполнения работ, передачи исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности или предоставления права на использование объектов интеллектуальной собственности;
- 4) перечень документов, представляемых российскому лицу для подтверждения факта оказания услуг, выполнения работ, передачи исключительных прав на объекты интеллектуальной собственности или

---

<sup>104</sup> Вестник банка России. – 23.07 1996.- № 33.

<sup>105</sup> Российская газета. - № 254. – 18.12.2003.

предоставления права на использование объектов интеллектуальной собственности.

Данный закон практически полностью дублирует положения Указа Президента РФ «О государственном регулировании внешнеторговых сделок» от 18 августа 1996 г. № 1209<sup>106</sup>. Указ только к вышеперечисленным требованиям добавляет в качестве необходимого условия бартерного договора порядок удовлетворения претензий в случае неисполнения или ненадлежащего исполнения сторонами условий договора (пп. «в» п. 2 Указа).

Таким образом, российское законодательство демонстрирует большую лояльность относительно содержания внешнеторговых договоров, устанавливая обязательные условия только в отношении отдельных категорий международных коммерческих сделок, а не в отношении всех без исключения внешнеторговых контрактов, как в Республике Беларусь.

Но и этими предписаниями относительно содержания внешнеторгового контракта не ограничивается императивное белорусское законодательство. В соответствии со статьей 1.1. Указа Президента Республики Беларусь от 7 марта 2000 года № 117 «О некоторых мерах по упорядочению посреднической деятельности при продаже товаров»<sup>107</sup>, международный договор купли-продажи должен также содержать указание на цели приобретения товара, а, кроме того, в качестве приложения иметь копию лицензии (если она необходима) и копии грузовых таможенных деклараций<sup>108</sup> (статистических деклараций<sup>109</sup>). За отсутствие указания на цель договора в контракте пунктом 2.2. Указа предусмотрена экономическая ответственность в размере 10 % от стоимости товара.

---

<sup>106</sup> Российская газета. - № 163. – 28.08.1996.

<sup>107</sup> Национальный реестр правовых актов республики Беларусь. – 23.03.2000. - № 26. – 1/1075.

<sup>108</sup> Грузовая таможенная декларация – основной документ, используемый в процессе таможенного оформления товаров. Он содержит точные сведения о товарах и транспортных средствах, об их таможенном режиме и другие сведения, необходимые для таможенных целей, а также используется в качестве разрешительного документа таможенных органов, отражающего результаты таможенного оформления. Правила оформления грузовой таможенной декларации содержатся в Положении «О таможенном документе «Грузовая таможенная декларация», утвержденном приказом Государственного таможенного комитета Республики Беларусь от 9 июня 1998 г. № 246-ОД.

<sup>109</sup> Статистическая декларация – таможенная декларация по форме грузовой таможенной декларации, которая оформляется экспортером или импортером или импортерами для целей статистического учета экспорта (импорта) товаров при отсутствии их таможенного оформления по каждой экспортной (импортной) отгрузке (поставке) товаров, общая стоимость которых превышает в эквиваленте 200 евро, регистрируется в таможенных органах и является документом валютного контроля внешнеторговых операций. – П.27 Указа Президента Республики Беларусь № 7 «О совершенствовании порядка проведения и контроля за совершением внешнеторговых операций».

Для некоторых отраслей хозяйства белорусский законодатель устанавливает дополнительные императивы. В частности, Положение Министерства лесного хозяйства Республики Беларусь об экспорте мелкотоварной древесины и лесоматериалов от 28.12.1998<sup>110</sup>, разработанное во исполнение постановления Совета Министров от 1.12.1998 № 1846 «О дополнительных мерах по упорядочению экспорта лесоматериалов»<sup>111</sup>, устанавливает, что экспорт мелкотоварной древесины и лесоматериалов субъектами хозяйствования Республики Беларусь, за исключением иностранных предприятий и совместных предприятий, которые экспортируют продукцию собственного производства и в уставном фонде которых доля иностранного инвестора составляет более 30 %, осуществляется только при участии спецэкспортеров, названных данным положением, и только на основании договора комиссии (п.п. 1.2, 1.3, 1.6). Причем данное положение еще более расширяет круг существенных условий таких договоров. Пункт 1.6 устанавливает, что «в контрактах обязательно указывается: право собственности на товар и момент его перехода; порядок прохождения валютных средств, полученных по данному контракту». Заметим здесь, что данное положение постановления несколько противоречит положениям Гражданского кодекса Беларуси, поскольку, как мы покажем ниже, вопросы права собственности на движимое и недвижимое имущество определяются только по месту нахождения имущества. Эта норма императивна. Поэтому, скорее всего, мы видим неправильную юридическую формулировку в постановлении: имелось в виду не право собственности, а собственник имущества. Что касается перехода права собственности по сделке, то такая норма также предусмотрена Гражданским кодексом и является диспозитивной, то есть при отсутствии урегулирования данного вопроса сторонами, к переходу права собственности должно применяться право государства места заключения сделки. Установление императива в этом случае нам представляется нецелесообразным.

Таким образом, несмотря на некорректность формулировок и противоречие некоторым положениям Гражданского кодекса субъекты хозяйствования Республики Беларусь не вправе по своему усмотрению (согласованному с контрагентом) определять перечень условий внешнеэкономического договора. На наш

---

<sup>110</sup> Бюллетень нормативной правовой информации. – 1999. - № 3.

<sup>111</sup> Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь. – 1998. - № 34. – Ст. 883.

взгляд, такой подход не согласуется и с нормами основного правового источника в сфере международной купли-продажи – Венской конвенции 1980 года о международной купле – продаже, к которой Беларусь присоединилась 9 октября 1990 года. В требованиях, предъявляемых к действительности оферты, называется, во-первых, определенность. Оферта является определенной, когда в ней обозначен товар и прямо или косвенно устанавливаются количество и цена либо предусматривается порядок их определения, причем статья 55 Венской конвенции предусматривает возможность отсутствия в договоре такого условия как цена товара. Если она отсутствует и не установлен порядок определения, в таком случае должна подразумеваться цена, которая в момент заключения договора обычно взималась за такие товары, продававшиеся при сравнимых обстоятельствах в соответствующей области торговли. Во-вторых, оферта должна выражать намерение оферента считать себя связанным данным предложением. Других требований для определения действительности оферты Венская конвенция не содержит. Таким образом, императивные нормы белорусского законодательства значительно увеличивают количество существенных условий международной коммерческой сделки.

Императивные требования в договорных отношениях предусмотрены белорусским законодательством не только в отношении формы и содержания международного коммерческого контракта. Названным выше Указом № 7 Президента Республики Беларусь устанавливаются дополнительные материальные императивные нормы. В соответствии с пунктом 2.6, «юридические лица и индивидуальные предприниматели обязаны обеспечить по внешнеэкономическим операциям:

поступление денежных средств от экспорта товаров (работ, услуг) не позднее 90 календарных дней с даты отгрузки товаров, выполнения работ, оказания услуг, а от экспорта по договорам комиссии товаров (работ, услуг), произведенных резидентами Республики Беларусь, - не позднее 180 календарных дней;

выполнение работ, оказание услуг по импорту не позднее 90 календарных дней с даты проведения платежа за выполненные работы, оказанные услуги;

поступление товаров по импорту не позднее 60 календарных дней с даты проведения платежа за товары;

поступление товаров, выполнение работ, оказание услуг при неденежной форме прекращения обязательств по двустороннему внешнеторговому договору (за исключением договоров, по которым осуществляется уступка требования или перевод долга), предусматривающему эквивалентный обмен товарами, либо иным операциям, по которым поставляются сырье, материалы, комплектующие изделия, полуфабрикаты, оборудование и энергоносители, используемые для собственного производства, не позднее 60 календарных дней с даты их каждой экспортной отгрузки<sup>112</sup>.

Причем, белорусский законодатель устанавливает достаточно жесткие экономические санкции за несоблюдение установленных Указом императивных сроков. В частности, в соответствии с пунктом 2.11, «к юридическим лицам и индивидуальным предпринимателям Республики Беларусь применяются экономические санкции за:

несанкционированное превышение сроков проведения внешнеторговых операций - в размере до 2 процентов не полученных в установленный срок денежных средств (стоимости не полученных в установленный срок товаров, не выполненных работ, не оказанных услуг) за каждый день превышения срока, но не более суммы не полученных в установленный срок указанных денежных средств (стоимости не полученных в установленный срок товаров, не выполненных работ, не оказанных услуг)».

Такие жесткие требования белорусского законодательства нельзя оправдать защитой интересов государства. На практике это приводит к тому, что даже если применимым правом к международному коммерческому контракту будет являться законодательство государства, которому не известны такие ограничения, белорусский субъект хозяйствования будет нести ответственность за ненадлежащее выполнение контрагентом условий договора по обстоятельствам, никак не зависящим от действий белорусской стороны. Справедливости ради надо сказать, что Указ предусматривает четыре обстоятельства, которые освобождают белорусскую сторону от экономической ответственности (пункт 2.12):

---

<sup>112</sup> Интересно отметить, что указом Президента Республики Беларусь от **15 августа** 2005 г. № 373, вступившем в силу с **1 августа** 2005 г. на территории Республики Беларусь при осуществлении предпринимательской деятельности организациям и предпринимателям запрещено заключать договоры мены и уступки требования до 31 декабря 2008 г. под угрозой штрафа в размере до 30 базовых величин.

1. товар в то время, когда риски несли белорусская сторона, оказался уничтоженным, безвозвратно утерянным вследствие аварии или действия непреодолимой силы;
2. произошла недостача в силу естественного износа или убыли при нормальных условиях транспортировки и хранения;
3. товар выбыл из владения белорусской стороны вследствие неправомерных действий органов или должностных лиц иностранного государства;
4. возврат переведенной в счет оплаты товара суммы оказался невозможным в силу действия непреодолимой силы, объявленного иностранным государством моратория, а также неправомерных действий органов или должностных лиц иностранного государства.

Однако, в данный перечень не входит такая наиболее часто встречаемая в международных торговых отношениях причина несоблюдения сроков контракта как нарушение контрагентом сроков поставки. Кроме того, сроки изготовления заказа высокотехнологичной продукции, как известно, могут составлять 30-45 дней. Сроки доставки товара морским транспортом, например, из Китая или Америки также составляют порядка 30 дней. Таким образом, белорусский законодатель, принимая такие жесткие меры с целью борьбы с фиктивными сделками, наказывает, возможно, добросовестную сторону и, как следствие, негативно влияет на развитие внешнеэкономической деятельности в стране.

Добавим, что белорусское законодательство предусматривает возможность продлить минимальный срок поставки товара (осуществления работ, оказания услуг) и поступления средств на счет экспортера за реализованный товар (оказанную услугу, выполненную работу). В соответствии с пунктом 4 Постановления Министерства торговли от 4 января 2002 года № 1 «Об утверждении Положения о порядке продления сроков проведения внешнеторговых операций»<sup>113</sup>, обстоятельствами, дающими право заинтересованной стороне ходатайствовать о продлении сроков проведения внешнеторговых операций, являются:

---

<sup>113</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - 01.02.2002. - N 13. - 8/7660.

- длительный цикл изготовления технически сложного оборудования предприятием-изготовителем - нерезидентом Республики Беларусь;
- длительный срок транспортировки продукции;
- реализация продукции через агентские и дилерские организации при условии заключения соответствующего соглашения с рассрочкой платежа в сроки, превышающие установленные Указом № 7 или ранее выданными разрешениями;
- сезонность и цикличность поставок;
- низкая конкурентоспособность продукции собственного производства, реализуемой в рамках внешнеторгового договора (в том числе в рамках договора консигнации или комиссии);
- наступление форс-мажорных обстоятельств, оговоренных статьей 79 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров, ратифицированной Республикой Беларусь Указом Президиума Верховного Совета Белорусской ССР от 25 августа 1989 года, подтвержденное компетентными органами;
- наличие международных договоров, регулирующих порядок взаиморасчетов в сроки, превышающие установленные Указом № 7 или ранее выданными разрешениями;
- другие объективные причины, подтвержденные соответствующими документами.

Если срок продления контракта превышает 180 дней, то заинтересованные субъекты хозяйствования должны получить разрешение Министерства торговли при наличии согласования с Национальным банком.

Текст постановления не содержит информации относительно стоимости такого разрешения. На практике эта сумма периодически меняется посредством ненормативных документов и в настоящий момент составляет порядка 300 долларов США.

Таким образом, белорусский субъект хозяйствования вынужден в любом случае нести дополнительную ответственность перед государством по независящим от него причинам либо в виде экономических санкций в немалом размере, либо в виде платы за разрешение на продление сроков внешнеторговых контрактов. Для сравнения хочется привести в пример более либеральное в сфере



внешнеэкономической деятельности законодательство Украины по аналогичному вопросу. В соответствии с Законом Украины «О порядке осуществления расчетов в иностранной валюте» от 7 мая 1996 г. № 184-96/ВР (с последующими изменениями и дополнениями), во-первых, срок поступления товаров по импортным операциям должен составлять 90 дней (на 30 дней больше, чем в Беларуси) с возможностью продления срока посредством получения лицензии Национального банка. Во-вторых, ставка пени за нарушение резидентами установленного срока значительно ниже по сравнению с белорусской и составляет 0,3 % от суммы неполученной выручки или таможенной стоимости непоставленной продукции) за каждый день просрочки. В-третьих, и на наш взгляд, это самое главное, в случае принятия судом, арбитражным судом или Международным коммерческим арбитражным судом иска резидента о взыскании с нерезидента задолженности, которая возникла вследствие несоблюдения нерезидентом сроков, установленных экспортно-импортными контрактами, указанные в Законе сроки приостанавливаются и пеня за их несоблюдение в течение срока рассмотрения дела не начисляется. В случае принятия судом или арбитражем решения об удовлетворении иска пеня за нарушение сроков проведения экспортно-импортных операций не начисляется с даты принятия судом или арбитражем иска к рассмотрению<sup>114</sup>.

Весьма позитивным моментом является тот факт, что в законодательстве России вообще отсутствуют какие-либо императивные нормы относительно сроков поступления товаров (оказания услуг) после произведенной оплаты или поступления денежных средств на счет после отгрузки товара (оказания услуг, выполнения работ).

Сказанным выше перечень императивных норм белорусского Указа № 7 2000 г. не ограничивается. Он предусматривает запрет на продажу (реализацию) нерезиденту Республики Беларусь товаров по перечню, определяемому Советом Министров Республики Беларусь, оплаченных резидентом иностранной валютой, приобретенной на внутреннем валютном рынке. Этот перечень утвержден Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 31.01.2000 N 124 (в редакции постановления Совмина от 28.06.2002 N 879) и включает около 30 групп кодов товарной номенклатуры внешнеэкономической деятельности, например,

---

<sup>114</sup> Хвалец В.В., Функ Я.И. Курс правовых основ внешнеэкономической деятельности государств – участников СНГ (Россия, Беларусь, Украина). – Мн.: Амалфея, 2000. – С. 222 – 224.

такие позиции как зерно, сахар, нефть, электроэнергия, сельскохозяйственные удобрения, фармацевтическая продукция, медицинская техника и другие. Ответственность за нарушение данного требования достигает 100% от стоимости проданного товара.

Субъекты хозяйствования Республики Беларусь, которые включают в свой внешнеторговый контракт (за исключением договора комиссии) условия исключительности (эксклюзивности) отношений по сделке на территории Республики Беларусь (основания ограничения конкуренции), нарушают тем самым императивные нормы белорусского антимонопольного законодательства. Это объясняется тем, что согласно пункту 1 статьи 6 Закона Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. «О противодействии монополистической деятельности<sup>115</sup> и развитию конкуренции»<sup>116</sup> (в редакции Закона от 2 декабря 2002 г. № 154-3), запрещается и в установленном порядке признается недействительным «заключение и осуществление в любой форме соглашений (согласованных действий) между хозяйствующими субъектами, если это имеет целью или результатом (может иметь своим результатом) исключение или ограничение доступа на товарный рынок других хозяйствующих субъектов или необоснованное ограничение производства товаров, а также подконтрольность реализации товаров на товарном рынке или отказ от заключения договоров с определенными продавцами или покупателями (заказчиками) или иные последствия, которые устраняют или могут ограничить конкуренцию, препятствуют ее установлению или развитию (могут повлечь устранение, ограничение конкуренции или воспрепятствовать ее установлению или развитию)».

Тем самым условие внешнеэкономического договора с участием субъекта хозяйствования Республики Беларусь об отказе от заключения договоров с иными продавцами или покупателями является недействительным применительно к праву Республики Беларусь. Следовательно, если любая из сторон договора такое условие не соблюдает, белорусские суды будут неправомочны применить к данному субъекту негативные последствия, связанные с нарушением условий

---

<sup>115</sup> Под монополистической деятельностью, согласно белорусскому законодательству, понимается противоречащие Закону 1992 г. действия (бездействие) хозяйствующих субъектов, государственных органов, направленные на недопущение, ограничение или устранение конкуренции, а также причиняющие вред правам, свободам и законным интересам потребителей.

<sup>116</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 26.01.2000. - № 8. – 2/139.

договора, даже в случае присутствия в самом тексте контракта штрафных санкций за нарушение указанного условия. Кроме того, либо договор в целом, либо его часть, связанная с нарушением антимонопольного законодательства, могут быть признаны судом недействительными с упомянутыми выше негативными последствиями. Следует обратить внимание на то, что в соответствии со статьей 181 ГК «Недействительность части сделки не влечет за собой недействительности прочих ее частей, если можно предположить, что сделка была бы совершена и без включения недействительной ее части». Данное положение маловероятно будет относиться к внешнеторговым договорам с условием исключительности. Большинство из условий таких договоров основывается на том, что продавец (поставщик, производитель, принципал) не будет реализовывать свою продукцию никаким иным лицам, кроме лица, указанного в договоре (покупателя, агента).

Наличие такой нормы в белорусском антимонопольном законодательстве делает его даже более жестким по сравнению с нормами европейского антимонопольного законодательства, так как в Римском договоре 1957 г.<sup>117</sup> об учреждении ЕЭС присутствуют изъятия из антимонопольных требований. Так, запреты, содержащиеся в статье 81 – 82 в новой редакции Римского договора, могут применяться к независимым коммерсантам, если они:

- должны содержать или содержат как собственники склад, в котором находится значительное количество товаров, предусмотренных в контракте;
- должны организовывать, осуществлять или обеспечивать за свой счет платные или бесплатные услуги клиентам;
- могут определять или самостоятельно определяют цены или другие условия сделок.

Белорусское антимонопольное законодательство таких изъятий из общего правила не содержит. Таким образом, наличие такого условия в договоре с германским либо французским производителем делает договор действительным для субъекта этих государств и недействительным для субъекта Республики Беларусь. В силу этого, если белорусские суды вряд ли применят штрафные санкции за нарушение условия об исключительности, то при рассмотрении спора французским или

---

<sup>117</sup> Sartorius II. – Internationale Verträge – Europarecht. – Verlag C.h. Beck München, 2004. – 150 EGV.

германским судом, никаких помех в отношении признания штрафных санкций не возникнет<sup>118</sup>.

Большое количество императивных норм связано с вопросами суверенитета и безопасности государства, поскольку эти правила имеют особо важное значение для интересов государства. Особенностью правового регулирования международных частноправовых отношений в областях, затрагивающих особые публичные интересы государства и общества в сфере военно-технического сотрудничества с иностранными государствами, заключается в установлении непосредственного, а не опосредованного, через коллизионную норму, правового регулирования наиболее существенных моментов указанных отношений в данной области<sup>119</sup>. Такие вопросы часто возникают и в договорных правоотношениях сторон, например, в правоотношениях, связанных с военно-техническим сотрудничеством. В частности, в Российской Федерации действует Федеральный закон «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» от 19 июля 1998 г. № 114 ФЗ<sup>120</sup>, статья 4 которого устанавливает разрешительный порядок экспорта и импорта продукции военного назначения, который осуществляется через лицензирование вывоза и ввоза этой продукции. В настоящее время в России действует новое законодательство по вопросу военно-технического сотрудничества в рамках Указа Президента «Вопросы военно-технического сотрудничества между государствами» от 9 сентября 2005 г. № 1062<sup>121</sup>, который заменил Указ Президента от 1 декабря 2000 г. № 1953. Вывести продукцию военного назначения с территории России можно, только получив лицензию Федеральной службы по военно-техническому сотрудничеству России на ее вывоз на основании принятых в установленном порядке решений Президента, Правительства или Федеральной службы по военно-техническому сотрудничеству. В соответствии с пунктом 19 Положения о порядке осуществления военно-технического сотрудничества Российской Федерации с иностранными государствами, утвержденного Указом Президента РФ от 9

---

<sup>118</sup> Функ Я. Право международной торговли: договоры международной купли-продажи товаров и международного посредничества. В 3 кн. Кн. 2. Частноправовая унификация международной купли-продажи товаров. – Мн.: Дикта, 2005. – С. 118.

<sup>119</sup> Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 42.

<sup>120</sup> Российская газета. - № 138. – 23.07.1998.

<sup>121</sup> Собрание законодательства РФ. – 19.09.2005. - № 38. – Ст. 3800.

сентября 2005 г., подписание контрактов по реализации продукции военно-технического назначения осуществляется после принятия решения Правительства Российской Федерации или Федеральной службы по военно-техническому сотрудничеству о поставке продукции военного назначения. Имеются ограничения и по субъектному составу таких операций. Так, право на вывоз продукции военного назначения с таможенной территории РФ посредством получения лицензии может иметь исключительно российский, а не иностранный субъект военно-технического сотрудничества, согласно Закону РФ «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» от 19 июля 1998 г. № 114 ФЗ и разработанному во исполнение закона Порядку лицензирования в Российской Федерации ввоза и вывоза продукции военного назначения, импорт и экспорт которой подлежат контролю, утвержденному Указом Президента РФ от 9 сентября 2005 г. № 1062.

Субъектный состав таких сделок ограничен и по кругу государств, национальностью которых должны обладать контрагенты российской стороны в таких сделках. Так, ими могут быть только иностранные государства и уполномоченные лица этих государств, включенные в список № 2 государств, в которые разрешена передача продукции военного назначения, согласно Указу Президента от 9 сентября 2005 г. № 1062.

При рассмотрении субъектного состава сделок военно-технического характера имеет значение тот факт, что в силу того что нормы российского права (как и белорусского), регулирующие основания оспоримости недействительных сделок (как в вопросах правоспособности сторон, так и в вопросах несоответствия внутренней воли и волеизъявления), не защищают коренных публичных интересов, они не относятся к императивным нормам, имеющим особое значение, исключая применение к ним иностранного права.

Практика МКАС при ТПП РФ шла по пути определения применимого права, регулирующего оспоримость недействительных сделок, исходя из того, что соответствующие нормы российского материального права не относятся к императивным, имеющим особое значение. Так, в деле N 76/1997, решение от 26.01.98 г., при определении применимого права для решения вопроса о недействительности сделки на основании обмана алжирским продавцом

российского покупателя применимым к существу спора было признано алжирское право<sup>122</sup>.

В деле N 150/1996, решение от 17.02.97 г., в решении вопроса о применимом праве в отношении недействительности сделки, вследствие заблуждения японского покупателя, было признано применимым российское право не как сверхимперативная норма, а как право продавца, т.к. вопрос о действительности контракта, заключенного сторонами, относится, по мнению МКАС, к "обязательственному статусу" внешнеэкономической сделки, вследствие чего МКАС пришел к выводу о применении к встречному иску российского права, поскольку последнее определяет "обязательственный статус" контракта<sup>123</sup>.

Российским законодательством ограничен и объектный состав внешнеторговых сделок в сфере военно-технического сотрудничества. К поставке на экспорт допускается исключительно продукция военного назначения, включенная в список продукции военного назначения, разрешенной к передаче иностранным заказчикам<sup>124</sup>.

Нам представляется, что данные императивные материальные нормы российского законодательства нельзя назвать противоречащими принципу национального режима для иностранных физических и юридических лиц, закрепленному в Гражданском кодексе России. Вышеназванное императивное регулирование распространяется не на весь комплекс международных частноправовых отношений, связанных с экспортом продукции военного назначения, а только на самые существенные, касающиеся субъектно-объектного состава гражданско-правовых отношений с иностранным элементом, а также некоторых субъективных прав при заключении внешнеторговых сделок по импорту-экспорту продукции военного назначения и осуществления вытекающих из них прав и обязанностей. Однако, отметим, что новейшее российское законодательство по данному вопросу содержит большее количество императивных норм, нежели прежнее законодательство. Так, пункт 20 Положения о порядке осуществления военно-технического сотрудничества Российской

---

<sup>122</sup> Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. / Составитель Розенберг М.Г. - М.: Статут, 1999. - С. 38 - 42.

<sup>123</sup> Арбитражная практика за 1996 - 1997 гг. / Составитель Розенберг М.Г. - М.: Статут, 1998. - С. 178.

<sup>124</sup> Приложение N 3 к Положению о порядке лицензирования в Российской Федерации ввоза и вывоза продукции военного назначения, утвержденному Указом Президента Российской Федерации от 10 сентября 2005 г. N 1062 // Собрание законодательства РФ. - 19.09.2005. - № 38. - Ст. 3800.

Федерации с иностранными государствами определяет в императивном порядке некоторые условия такого контракта: заключаемые субъектами военно-технического сотрудничества контракты должны предусматривать обязательства иностранного заказчика:

а) использовать экспортируемую продукцию военного назначения только в заявленных целях и не допускать ее реэкспорта или передачи третьим странам без согласия Российской Федерации;

б) обеспечивать защиту сведений, полученных при выполнении контракта.

Указанные аспекты напрямую затрагивают публичные интересы государства и могут повлиять на его национальную безопасность. Как справедливо отмечают российские правовые аналитики: «Их нарушение способно оказать возмущающее воздействие на внутрисистемные связи системы внутригосударственных отношений, обеспечивающие ее целостность»<sup>125</sup>, поэтому такие ограничения естественны и не могут подвергаться критике.

Белорусская законодательная практика также имеет многочисленные примеры нормативных правовых актов в сфере военно-технического сотрудничества. Эти нормы, естественно, носят свехимперативный характер. В данной области можно видеть переплетение публично-правовых и частноправовых интересов, поскольку такими правовыми отношениями затрагиваются суверенитет и безопасность государства. Во-первых, в соответствии с пунктом 3 Положения о порядке лицензирования видов деятельности, связанных со специфическими товарами<sup>126</sup> (работами, услугами), утвержденного Указом Президента Республики Беларусь от 21.10.2003 г. № 456<sup>127</sup> (в редакции Указа от 04.06.2004 № 269), право на получение лицензии Государственного военно-промышленного комитета и Комитета государственной безопасности имеют только юридические лица Республики Беларусь. Дополнительное императивное требование состоит в том, что для получения разрешения на вывоз или ввоз на территорию Беларуси продукции военного назначения необходимо вынесение решения

---

<sup>125</sup> Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С.42.

<sup>126</sup> Под деятельностью, связанной со специфическими товарами, понимается белорусским законодательством деятельность, связанная с продукцией военного назначения и криптографической защитой информации.

<sup>127</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 29.10.2003. - № 119. – 1/5019.

Межведомственной комиссии по военно-техническому сотрудничеству и экспортному контролю при Совете Безопасности Республики Беларусь.

Во-вторых, отношения сторон внешнеторговых контрактов на экспорт-импорт продукции военного назначения в определенной степени теряют диспозитивность, поскольку отягчены существенными дополнительными требованиями органов государственного контроля в данной сфере. Так, при осуществлении внешнеторговых контрактов на импорт или экспорт товаров военного назначения Государственный военно-промышленный комитет совместно с Комитетом государственной безопасности по согласованию с Межведомственной комиссией по военно-техническому сотрудничеству и экспортному контролю при Совете Безопасности Республики Беларусь могут формировать экспертную комиссию для проведения инспекционной проверки. В данной сфере действуют коллизионные нормы, преимущественно одностороннего характера. В частности, если контрактом предусмотрена инспекционная проверка зарубежным контрагентом правильности использования белорусским потребителем продукции военного назначения, проверка должна осуществляться с соблюдением режимных **требований, действующих на территории Республики Беларусь**, если иное не установлено международными соглашениями. Причем, формулировка абзаца 7 пункта 2 Положения о порядке организации контроля за выполнением обязательств по использованию импортированных (экспортированных) специфических товаров (работ, услуг) в заявленных целях, утвержденного постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 04.02.2003 № 133<sup>128</sup>, дает основание полагать, что государственные органы Республики Беларусь не обязаны давать согласие на проведение такой проверки иностранным контрагентом: «Государственный военно-промышленный комитет... подтверждает по дипломатическим каналам зарубежному экспортеру возможность осуществления такой проверки». С другой стороны, при соответствующих условиях внешнеторгового контракта проверка может осуществляться и в отношении экспортируемых из Республики Беларусь товаров военного назначения. Таковую комиссию формируют совместно вышеназванные заинтересованные государственные органы. При отказе иностранного государства на официальном уровне от принятия такой комиссии

---

<sup>128</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 12.03.2003. - № 17. – 11/11913.



белорусские государственные органы имеют право на обращение к международным организациям. При обнаружении нарушения иностранным контрагентом обязательств, предусмотренных контрактом, Государственный военно-промышленный комитет может направить по дипломатическим каналам ноту в адрес государственных органов страны импортера, осуществляющих экспортный контроль, с указанием выявленных нарушений.

Таким образом, присутствие большого количества норм непосредственного применения в правовом регулировании военно-технического сотрудничества относит и Россию, и Беларусь к жесткой системе осуществления экспорта продукции военного назначения (Hard Arms Export System), к которой относится и Франция, в отличие от умеренной системы осуществления экспорта продукции военного назначения (Medium Arms Export System), которая действует в США и Германии, и мягкой системы осуществления экспорта продукции военного назначения (Soft Arms Export System), примером которой является законодательство Бельгии<sup>129</sup>.

Нормы непосредственного применения содержатся и в других законах Российской Федерации, затрагивающих публичные интересы. К таким законам относятся, в частности, Закон РФ от 20 августа 1993 г. «О космической деятельности» (в редакции от 22 августа 2004)<sup>130</sup>, устанавливающий в качестве одного из основных принципов космической деятельности поощрение привлечения внебюджетных средств в космическую деятельность при сохранении государственного контроля за их использованием и обеспечения гарантий соблюдения государственных интересов Российской Федерации (статья 4), Федеральный закон от 25 августа 1995 г. N 153-ФЗ «О федеральном железнодорожном транспорте» (раздел VIII), регулирующий внешнеэкономическую деятельность железнодорожного транспорта и другие нормативно-правовые акты.

Специфика правового регулирования обязательственных правоотношений в сферах, не затрагивающих коренных интересов государства и общества, заключается в том, что на коллизионном уровне подавляющее большинство

---

<sup>129</sup> См. об этом подробнее В.В. Кудашкин // Научно - практический комментарий к Федеральному закону "О военно - техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами" // Система КонсультантПлюс, 2002.

<sup>130</sup> Российская газета. – 188. – 31.08.2004.

правовых норм является диспозитивными. Автономия воли сторон – основной принцип для регулирования договорных отношений. Это соответствует современным общемировым тенденциям, закрепленным в Гаагских конвенциях о праве, применимом к договорам международной купли – продажи 1955 и 1986 г.г. (которая не вступила в силу, но ее подходы к определению применимого права восприняты многими национальными законодательствами), Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г., соглашениях, принятых в рамках Содружества Независимых Государств (Киевском соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г.<sup>131</sup>, Конвенциях СНГ о правовой помощи и правовым отношениям по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (в редакции протокола 1997 г.)<sup>132</sup> и 2002 г.<sup>133</sup>). В соответствии со статьей 1124 Гражданского кодекса Республики Беларусь, стороны имеют право самостоятельно выбирать право, применимое к договору, причем белорусское право закрепляет неограниченную автономию воли сторон.

Вместе с тем, для некоторых договоров законодатель в императивной форме устанавливает право, применимое к договору. Такими видами договоров являются в белорусском праве договоры, заключенные в отношении недвижимого имущества, и договоры доверительного управления имуществом. Согласно части 2 статьи 1125 ГК, к таким договорам подлежит применению право страны, где это имущество находится, а в отношении имущества, зарегистрированного в Республике Беларусь, - право Республики Беларусь. Стороны не могут предусмотреть иное применимое право.

Предусмотренная законом Беларуси автономия воли сторон распространяется только на обязательственный статут, который регулирует права и обязанности сторон, толкование договора, последствия недействительности, уступку права требования и перевод долга, исковую давность, исполнение, последствия неисполнения и ненадлежащего исполнения договора, прекращение договора.

Однако это регулирование не распространяется на форму сделки. Форма

---

<sup>131</sup> Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. - № 18. – Ст. 207.

<sup>132</sup> Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. - № 28. – Ст. 375.

<sup>133</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - № 73. – 2/956.

сделки регулируется сверхимперативными коллизионными нормами в белорусском законодательстве. В соответствии с частью 1 статьи 1116 ГК, форма сделки подчиняется праву места ее совершения. Такой подход противоречит европейским тенденциям договорного права. В соответствии со статьей 9 Римской конвенции 1980 г. (аналогичные положения закреплены и в Гаагской конвенции 1986 г.), форма договора должна подчиняться праву, регулирующему существо договора (*lex causae*), или места заключения договора. Таким образом, стороны, выбирая автономно право, применимое к договору, тем самым имеют возможность выбрать и право, применимое к форме договора, т.е. в европейском праве норму о форме сделки нельзя признать нормой непосредственного применения. Регламент Рим I идет еще дальше: в вопросе определения права, применимого к договору он в части 1 статьи 10 предлагает еще одну альтернативу – место осуществления деятельности или место нахождения одной из сторон контракта. Белорусские же физические и юридические лица права на такой выбор не имеют: в любом случае независимо от иностранного участника сделки и независимо от применимого к сделке иностранного права, форму сделки будет регулировать закон места ее заключения.

Часть 3 статьи 1116 ГК Беларуси содержит иные коллизионные привязки в отношении формы сделок: форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где находится это имущество, а в отношении недвижимого имущества, которое зарегистрировано в Республике Беларусь, - праву Республики Беларусь.

Аналогичные императивные правила действуют в отношении доверенности: форма и срок действия доверенности определяются по праву страны, где выдана доверенность. Оговорка белорусского законодателя о действительности формы доверенности и сделки, если они удовлетворяют форме, требуемой белорусским правом, не имеет существенного значения в уменьшении «императива» и отнесении этих норм к разряду диспозитивных.

Следует отметить разные законодательные подходы белорусского и российского права в сфере закрепления коллизионных норм непосредственного действия. В белорусском законодательстве императивные коллизионные нормы, как в принципе коллизионные нормы вообще, закреплены в Гражданском кодексе. В российском законодательстве сверхимперативные коллизионные нормы

содержатся не только в Гражданском кодексе, но и в других законодательных актах. В частности, такие нормы содержатся в Законе о космической деятельности от 29 ноября 1996 г. (в редакции Закона от 22.08.2004 г.)<sup>134</sup>. Данный закон устанавливает общую норму, согласно которой космическая деятельность находится в ведении российской Федерации (часть 1 статьи 5). Кроме того, односторонняя коллизионная норма регулирует обеспечение безопасности космической деятельности: «любая космическая деятельность осуществляется с соблюдением требований безопасности, установленных законами и иными нормативными правовыми актами Российской Федерации... Космическая деятельность должна осуществляться с учетом обеспечения уровня допустимых антропогенных нагрузок на окружающую природную среду и околоземное пространство» (часть 1 статьи 22). Очевидно, что при совместных научно-исследовательских разработках с участием иностранных инвесторов, несмотря на желание иностранного контрагента и даже на гипотетическое закрепление иностранного применимого права в международном контракте, предельный уровень допустимых нагрузок будет регулироваться только российским правом. Статья 30 регулирует ответственность за вред, причиненный в результате космической деятельности гражданину или его имуществу, и определяет в части 2, что вред, причиненный личности и имуществу физического лица, а также имуществу юридического лица космическим объектом Российской Федерации при осуществлении космической деятельности независимо от места причинения вреда (как на территории РФ, так и за ее пределами), возмещается организациями и гражданами, застраховавшими свою ответственность, по нормам, предусмотренным Гражданским кодексом РФ. Как видим, данная коллизионная норма своей структурой демонстрирует то, что она является нормой непосредственного применения, используемой независимо от права, определенного в силу общих коллизионных привязок или автономии воли сторон. Заметим, что применение в данном случае положений ГК РФ является исключением из общего принципа определения применимого права в деликтах – *lex loci delicti commissi*.

Сверхимперативные коллизионные нормы присутствуют в Российской Федерации и в законодательстве о военно-техническом сотрудничестве. Так, в

---

<sup>134</sup> Российская газета. – 1993. – 6 октября.

соответствии со статьей 6 Закона о военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации от 19.07.1998 г.<sup>135</sup>, перечень объектов гражданских прав, относящихся к продукции военного назначения, ограниченной в обороте и разрешенной к передаче иностранным заказчикам, определяется российским законодательством: перечень объектов военного назначения определяется Президентом РФ по представлению Правительства РФ, вывоз же продукции, не фигурирующей в списке, осуществляется только по решению Президента РФ.

И белорусское, и российское законодательство признают недействительными, а именно ничтожными, сделки, не соответствующие требованиям законодательства (статья 169 ГК РФ, статья 169 ГК РБ). Но интересно, что имеются существенные различия в подходах судебной практики и доктрины этих двух стран к признанию таких сделок недействительными. Российская доктрина исходит из точки зрения, что «следует очень осторожно относиться к признанию сделок ничтожными на основании их несоответствия иным, кроме **закона**, нормативным правовым актам. Представляется, что речь может идти только о противоречии таким нормативным правовым актам (указам Президента РФ, постановлениям Правительства РФ и т.д.), которые, устанавливая определенные ограничения, **основаны на законах** и которые устанавливают либо запрет в сфере общего дозволения, либо же разрешения в сфере общего запрета... Если же подзаконные нормативные правовые акты не имеют законной правовой основы, то надлежит руководствоваться принципом, что если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены гражданским законодательством, применяются правила международного договора (ст. 7 ГК РФ)»<sup>136</sup>. То есть акцентируется внимание на «правомочности» нормативного правового акта, устанавливающего норму непосредственного применения. Следует отметить, что подавляющее большинство рассмотренных выше российских сверхимперативных норм установлено именно на законодательном уровне (Гражданским кодексом, Законом о военно-техническом сотрудничестве, Законом о космической деятельности 1996 г. в редакции 2004 г. и др.). Другие же рассмотренные нормы непосредственного применения, хоть и не

---

<sup>135</sup> Российская газета. - № 138. – 23.07.1998.

<sup>136</sup> Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – С. 83.

устанавливаются законом, но основаны на нем, приняты в развитие норм закона. Например, нормы Положения о порядке осуществления военно-технического сотрудничества Российской Федерации с иностранными государствами, утвержденного Указом Президента РФ от 9 сентября 2005 г. № 1062, принято в развитие норм Закона РФ о «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами» и не противоречат положениям Закона РФ «Об основах регулирования внешнеторговой деятельности» 2003 г., который в статье 25 устанавливает возможность лицензионного порядка экспорта и (или) импорта отдельных видов товаров, которые могут оказать неблагоприятное воздействие на безопасность государства, жизнь или здоровье граждан и т.д.

Белорусский подход, на наш взгляд, не столь прогрессивен. Комментарий к Гражданскому кодексу Республики Беларусь, изданный Высшим Хозяйственным Судом Республики Беларусь, утверждает, что «при установлении факта ничтожности сделки по данному основанию (т.е. противоречию законодательству) необходимо учитывать, что под несоответствием сделки требованиям законодательства следует понимать несоблюдение предписаний не только законодательных, но и подзаконных актов (инструкций, положений, иных актов министерств и ведомств)»<sup>137</sup>. Нам представляется, что такие высказывания не достаточно корректны, потому что они не учитывают специфику присутствия иностранного элемента в правоотношении и возможности подчинения правоотношения действию иностранного права. Кроме того, некоторые рассмотренные выше белорусские нормы, относимые к сверхимперативным, на наш взгляд, нельзя признать основанными на законе (как видим, комментарий Гражданского кодекса и не требует этого). Такое утверждение нам позволяет сделать, в частности, тот факт, что нормы непосредственного действия, содержащиеся в Указе Президента 4 января 2000 г. № 7, утвердившем Положение о порядке контроля за проведением юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями внешнеторговых операций, не соответствуют и не вытекают из действовавшего на момент принятия указа Закона Республики Беларусь от 24 декабря 1998 г. «О государственном регулировании внешнеторговой

---

<sup>137</sup> Гражданский кодекс Республики Беларусь с комментарием и обзором практика хозяйственных судов / Под общ. Ред. В.С.Каменкова. – Мн.: Дикта, 2004. – С. 301 – 302.

деятельности»<sup>138</sup>. Статья 7 вышеназванного закона определяет формы государственного регулирования внешнеторговой деятельности: «Государственное регулирование внешнеторговой деятельности осуществляется путем ее тарифного и нетарифного регулирования, установления исключительного права государства на осуществление отдельных видов внешнеторговой деятельности в соответствии с настоящим Законом и иным законодательством Республики Беларусь<sup>139</sup>.

Не допускается иное вмешательство в деятельность участников внешнеторговой деятельности и ограничение этой деятельности, кроме случаев, определяемых законодательством Республики Беларусь». Но, как мы продемонстрировали выше, многие из рассмотренных выше императивных предписаний указа № 7 не подпадают под названные законом формы государственного регулирования внешнеторговой деятельности, существенно образом превышая их.

Такая ситуация, хоть и многократно критикуемая доктриной, объясняется запутанностью белорусского конституционного законодательства. Конституция Республики Беларусь не содержит ясного ответа на вопрос о соотношении закона с декретами и указами Президента. В соответствии со ст. 85, «Президент на основе и в соответствии с Конституцией издает указы и распоряжения, имеющие обязательную силу на всей территории Республики Беларусь». Однако перечня вопросов, по которым могут приниматься указы, Конституция не содержит. В соответствии со ч.2 п.2 ст. 3 ГК, «В случае расхождения декрета или указа Президента Республики Беларусь с настоящим кодексом или другим законом настоящий кодекс или другой закон имеют верховенство лишь тогда, когда полномочия на издание декрета или указа были предоставлены законом». Таким образом, по общему правилу, нормативные правовые акты президента имеют большую силу, нежели законы и даже кодексы.

Не подлежит сомнению, что централизация законодательной власти в руках

---

<sup>138</sup> Народная газета. - № 58. – 06.04.1999.

<sup>139</sup> Тарифное регулирование - форма государственного регулирования внешнеторговой деятельности, с помощью которой государство реализует свое исключительное право на установление таможенной пошлины на товары, перемещаемые через таможенную границу Республики Беларусь; нетарифное регулирование - форма государственного регулирования внешнеторговой деятельности, с помощью которой государство реализует свое исключительное право на установление ограничений на ввоз в Республику Беларусь и вывоз из Республики Беларусь товаров, работ, услуг, включающих в себя квотирование и лицензирование экспорта и (или) импорта товаров, работ, услуг, установление минимальных и максимальных цен на экспортируемые и (или) импортируемые товары, в интересах экономической политики Республики Беларусь.

одного лица противоречит принципу демократии, принципу разделения властей и негативно сказывается на экономических реалиях.

## **2.2. Правовые нормы Республики Беларусь в сфере отношений собственности и иных вещных правоотношений**

Большое количество норм непосредственного применения в сфере отношений права собственности и других вещных правоотношений можно увидеть в такой подотрасли как инвестиционное право. Можно, пожалуй, сказать, что в данной сфере подавляющее большинство правовых норм являются сверхимперативными. Это нормы, регулирующие объекты, формы и субъекты инвестиций, которые распространяются и на правоотношения с участием иностранных инвесторов, виды деятельности, в которых иностранные инвестиции запрещены или ограничены, порядок создания и реорганизации коммерческих организаций с иностранными инвестициями, льготы и гарантии для таких организаций и другие вопросы. В Республике Беларусь единым комплексным источником правового регулирования национальных и иностранных инвестиционных отношений является Инвестиционный кодекс<sup>140</sup>, принятый 22 июня 2001 года. Кодекс заменил действовавшие до 2001 года Законы Республики Беларусь «Об иностранных инвестициях» и «Об инвестиционной деятельности» 1991 года. Существенные изменения в кодекс были внесены 5 августа 2004 года, в результате которых был практически уравниен правовой статус иностранных и отечественных инвесторов, на чем мы остановимся поподробнее ниже.

Статья 77 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь прямо устанавливает, что вышеназванные нами вопросы регулируются нормами непосредственного применения: «Иностранные инвесторы вправе осуществлять на территории Республики Беларусь инвестиционную деятельность в любых формах, определенных статьей 5 настоящего Кодекса<sup>141</sup> ...»

---

<sup>140</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 09.07.2001. - № 62. – 2/780.

<sup>141</sup> Формами инвестиционной деятельности в соответствии со статьей 5 Инвестиционного кодекса являются: создание юридического лица; приобретение имущества или имущественных прав, а именно: доли в уставном фонде юридического лица, включая случаи увеличения уставного фонда юридического лица; недвижимости; ценных бумаг; прав на объекты интеллектуальной собственности; концессий; оборудования; других основных средств.



Юридические лица, в уставном фонде которых иностранные инвестиции составляют объем, эквивалентный не менее чем 20000 долларов США, и которые преследуют извлечение прибыли в качестве основной цели своей деятельности и (или) распределяют полученную прибыль между участниками, признаются на территории Республики Беларусь коммерческими организациями с иностранными инвестициями... Порядок создания коммерческих организаций с иностранными инвестициями **определяется настоящим Кодексом и иными актами законодательства Республики Беларусь.**

Минимальные размеры уставных фондов иных организаций и порядок их создания определяются законодательными актами Республики Беларусь, и на такие организации не распространяются льготы, установленные настоящим Кодексом и законодательными актами Республики Беларусь для коммерческих организаций с иностранными инвестициями».

Отметим, что последняя редакция Инвестиционного кодекса 2004 года, а именно часть 2 ст. 77, отменила ранее действовавшую императивную норму, согласно которой коммерческие организации с иностранными инвестициями могли создаваться на территории Республики Беларусь только в определенных организационно-правовых формах, таких как общества с ограниченной ответственностью, общества с дополнительной ответственностью, открытых и закрытых акционерных обществ и частных иностранных унитарных предприятий. В настоящее время эти ограничения по организационно-правовым формам предприятий с иностранными инвестициями сняты, и такие организации могут создаваться в любых не запрещенных белорусским законодательством организационно-правовых формах.

Несмотря на то что, одной из форм инвестиционной деятельности является приобретение недвижимости, иностранные инвесторы ограничены в праве собственности на землю. Земля в собственность может приобретаться иностранными инвесторами лишь по особому решению Президента Республики Беларусь при приватизации объектов государственной собственности и под конкретный инвестиционный проект<sup>142</sup>.

---

<sup>142</sup> Указ Президента Республики Беларусь от 22 февраля 2000 г. № 81 «Об утверждении Положения о порядке передачи земельных участков в собственность юридических лиц (их собственников)» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 09.03.2000. - № 23. – 1/1034.

Сверхимперативными нормами, в частности положениями статьи 78 Инвестиционного кодекса устанавливаются ограничения деятельности иностранных инвесторов на территории Республики Беларусь. Так, иностранным инвесторам на территории Республики Беларусь запрещаются инвестиции в сферах:

обеспечения обороны и безопасности Республики Беларусь (однако специальным решением Президента Республики Беларусь иностранные инвесторы могут быть допущены и в эту сферу);

изготовления и реализации наркотических, сильнодействующих и ядовитых веществ по перечню, утверждаемому Министерством здравоохранения Республики Беларусь.

Иностранные инвестиции в имуществе юридических лиц, занимающих монопольное положение на рынке Республики Беларусь, без согласия Министерства экономики Республики Беларусь не допускаются. В противном случае сделки, связанные с указанными инвестициями, будут являться недействительными по основанию несоответствия их законодательству.

Необходимо отметить, что запрет на иностранные инвестиции распространяется не только на две вышеназванные сферы, предусмотренные инвестиционным кодексом, но и на некоторые другие сферы и объекты, предусмотренные Законом Республики Беларусь «Об объектах, находящихся только в собственности государства» от 5 мая 1998 года<sup>143</sup> (в редакции от 5 декабря 2002 г.), несмотря на то, что перечень сфер, иностранные инвестиции в которые запрещены, в Инвестиционном кодексе является закрытым. В соответствии с законом 1998 г. иностранные инвестиции, в частности, запрещены в предприятия по добыче и переработке руд ценных металлов и камней. В перечень запретов входят также природные ресурсы, военное имущество, находящиеся в государственной собственности детские дошкольные учреждения, учебные заведения, детские дома и т.д., автодороги, объекты железнодорожного транспорта, метрополитен и городской электрический транспорт, предприятия по разработке и производству бланков ценных бумаг и документов с определенной степенью

---

<sup>143</sup> Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. - № 19. – Ст. 216.

защиты, кладбища, крематории, объекты историко-культурного наследия и т.д. В общей сложности данный закон предусматривает свыше 40 позиций.

Кроме того, ограничения для иностранных инвесторов действуют и в сфере страхования и банковской деятельности. Так, квота иностранных инвестиций в уставных фондах всех страховых организаций Республики Беларусь согласно п. 32 Декрета Президента Республики Беларусь «О совершенствовании регулирования страховой деятельности» от 28 сентября 2000 г. № 20<sup>144</sup> (в редакции от 16 февраля 2004 г.) не должна превышать 30 %. При превышении данной квоты Министерство финансов прекращает регистрацию страховых организаций с иностранными инвестициями с долей иностранных инвесторов в своих уставных фондах свыше 49% и дочерних страховых организаций иностранных инвесторов. Кроме того, декрет предусматривает ограничения для страховых организаций, являющихся дочерними для иностранных инвесторов. Так, они не могут заниматься страхованием жизни, обязательным страхованием и некоторыми другими видами страхования. Более того, дочерние страховые организации могут заниматься страхованием, если иностранный инвестор, их учреждающий, не менее 10 лет является страховой организацией.

Ограничения для иностранных инвестиций устанавливаются и Банковским кодексом Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. (в редакции от 11 ноября 2002 г.)<sup>145</sup>. Банковский кодекс статьей 90 предусматривает квоту участия иностранного капитала в банковской системе Республики Беларусь, которая устанавливается Национальным Банком по согласованию с Президентом Республики Беларусь. Национальный Банк прекращает государственную регистрацию банков с иностранными инвестициями при достижении установленной квоты.

Кроме того, Банковским кодексом Национальному Банку предоставлено право вводить для банков с иностранными инвестициями ограничения в осуществлении банковских операций, если аналогичные ограничения установлены иными государствами в отношении банков с участием субъектов Республики Беларусь (принцип реторсии).

Дополнительные требования к предприятиям с иностранными инвестициями предъявляет и Указ президента республики Беларусь от 12 февраля 2004 г. № 67 «О

---

<sup>144</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2000. - № 95. – 1/1659.

<sup>145</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 17.11.2000. - № 106. – 2/219.

совершенствовании государственного регулирования аудиторской деятельности»<sup>146</sup>, в соответствии с п. 1.1. которого ежегодно проводится обязательный аудит достоверности годовой бухгалтерской (финансовой) отчетности коммерческих организаций с иностранными инвестициями, а уклонение от проведения обязательного аудита или неустранение выявленных аудиторов нарушений законодательства влекут, в соответствии с п. 1.5., наложение штрафа на руководителей организаций в размере от 10 до 50 базовых величин.

Как мы уже говорили выше, ранее белорусское инвестиционное законодательство предусматривало достаточно большое количество льгот для иностранных инвесторов. Изменения, внесенные в Инвестиционный кодекс в 2004 году, упразднили многие из них. В частности, была отменена льгота по уплате налога на прибыль. Ранее коммерческие организации с иностранными инвестициями были освобождены от уплаты налога на прибыль в течение первых трех лет с момента объявления прибыли. А если предприятие с иностранными инвестициями производило особо важную для Республики Беларусь продукцию, установленную перечнем Совета Министров, и доля иностранных инвестиций в уставном фонде составляла не менее 30 %, то ставка налога на прибыль для таких предприятий уменьшалась на 50 %. В настоящее же время коммерческие предприятия с иностранными инвестициями уплачивают налог на прибыль в соответствии с белорусским законодательством наравне с отечественными субъектами хозяйствования.

Другой важной льготой для иностранных инвесторов, также упраздненной в 2004 году, являлось освобождение от уплаты налога на добавленную стоимость имущества, ввозимого в Республику Беларусь для формирования уставного фонда.

В настоящее время<sup>147</sup> сохранились только льгота в сфере нетарифного регулирования, которая заключается в том, что коммерческие организации с иностранными инвестициями, доля иностранных инвестиций в которых составляет не менее 30 %, могут без специальных разрешений (лицензий)<sup>148</sup> экспортировать

---

<sup>146</sup> [http://www.pravo.by/webnpa/text\\_txt.asp?RN=P30400067](http://www.pravo.by/webnpa/text_txt.asp?RN=P30400067)

<sup>147</sup> 18 июля 2006 г. все названные ниже льготы для коммерческих организаций с иностранными инвестициями были отменены законом № 159-3 //Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2006 г., № 122, 2/1256.

<sup>148</sup> Дело в том, что Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 8.апреля 2002 г. № 440 (в редакции от 11 мая 2005 г.) «О мерах по совершенствованию регулирования экспорта и импорта товаров» утверждены 4 перечня товаров, требующих получение лицензии/разрешений на их экспорт/импорт

продукцию собственного производства. Все коммерческие организации с иностранными инвестициями (независимо от доли иностранного инвестора в уставном фонде) могут без лицензии импортировать имущество, необходимое для собственного производства.

Сохранена в настоящее время и льгота по распоряжению валютной выручкой. В соответствии со статьей 95 Инвестиционного кодекса, коммерческие организации с иностранными инвестициями не обязаны (как национальные субъекты хозяйствования) продавать 30 % валютной выручки на Межбанковской валютной бирже в течение 5 дней с момента поступления ее на счет. Эта льгота также распространяется только на предприятия с иностранными инвестициями не менее 30 % в уставном фонде.

Последняя льгота, распространяющаяся на коммерческие организации с иностранными инвестициями, это льгота в области ценообразования, то есть такие предприятия вправе самостоятельно устанавливать цены на продукцию (работы, услуги) собственного производства, а также самостоятельно выбирать поставщиков товаров (работ, услуг)<sup>149</sup>.

Нам представляется, что подход белорусского законодателя в вопросе ограничения допуска иностранных инвестиций в определенные сферы, в принципе, не противоречит современным мировым тенденциям. Законодательство всех без исключения государств в той или иной мере ограничивает или запрещает иностранные инвестиции в определенные сферы на его территории. Например, во Франции Декретом Президента № 89-154 от 9 марта 1989 г. «О финансовых отношениях с иностранными государствами» и Циркуляром Министерства экономики, финансов и бюджета от 21 мая 1987 г. «О французских вложениях за границей и иностранных инвестициях во Франции» иностранные инвестиции запрещаются в следующих отраслях: производство табачных изделий, спичек, взрывчатых веществ, электроэнергетика, добыча твердого топлива, газовая промышленность, железнодорожный транспорт, почта, авиакосмическая

---

(специальная лицензия образца ЕС для торговли текстильными изделиями, выдаваемым Министерством торговли, лицензия Министерства торговли на экспорт, лицензия Министерства торговли на импорт, регистрация контракта в Министерстве торговли) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 19.04.2002. - № 44. – 5/10257.

<sup>149</sup> Эта льгота закреплена не только в инвестиционном кодексе, но и в Указе Президента Республики Беларусь от 2 июня 1997 г. № 311 (в редакции от 17.08.2004) «О совершенствовании порядка обязательной продажи иностранной валюты» // «Советская Белоруссия». – 1997. - № 100.

деятельность. Кроме того, иностранные инвестиции ограничены в таких сферах как сельское хозяйство, добывающая промышленность, нефтяная промышленность и производство нефтепродуктов, ядерная энергетика, транспортная, страховая и банковская деятельность, производство вооружения, здравоохранение, социально-культурные услуги (включая туризм), радиовещание, издательская деятельность<sup>150</sup>. Такие ограничения не распространяются на иностранные инвестиции резидентов государств-участников Европейского Союза.

Государства, не участвующие в Европейском Союзе, также ограничивают иностранные инвестиции на своей территории. В частности, Япония запрещает иностранные инвестиции в сельское хозяйство, горнодобывающую промышленность, нефтяную промышленность, отрасли, связанные с национальной безопасностью<sup>151</sup>.

Таким образом, перечни отраслей, иностранные инвестиции в которые ограничены или вообще запрещены, в других государствах также обширны, как и в Республике Беларусь. Это объясняется тем, что государства защищают наиболее важные для государства и населения сферы экономики и области жизнедеятельности.

Ярким примером правоприменительной практики белорусских хозяйственных судов в сфере инвестиционной деятельности является многочисленная судебная практика в отношении применения статьи 79 Инвестиционного кодекса Республики Беларусь. Аналогичная норма была закреплена в Законе об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь 1991 года. Часть 2 данной статьи устанавливает, что в случае, если акты законодательства Республики Беларусь, принятые после создания коммерческой организации с иностранными инвестициями, ухудшают положение и условия деятельности для иностранных инвесторов и создаваемых с их участием коммерческих организаций с иностранными инвестициями (то есть на них возлагаются дополнительные либо увеличенные в сравнении с ранее существовавшими обязанности или они ограничиваются в правах либо лишаются имевшихся прав), то к иностранным инвесторам, коммерческой организации с иностранными инвестициями и (или) иностранным инвестициям в течение пяти лет

---

<sup>150</sup> Иностранные инвестиции // Журнал международного частного права. – 1996. - № 1-2. – С. 119.

<sup>151</sup> Иностранные инвестиции // Журнал международного частного права. – 1996. - № 1-2. – С.119.

с даты приобретения юридическим лицом статуса коммерческой организации с иностранными инвестициями применяется законодательство, действовавшее на дату регистрации коммерческой организации с иностранными инвестициями<sup>152</sup>.

При этом Кодекс устанавливает, что неизменность режима не распространяется лишь на акты законодательства в области обеспечения обороноспособности, экологической безопасности и охраны здоровья граждан Республики Беларусь. Во всех остальных областях принятие ухудшающего положение иностранного инвестора акта законодательства не должно распространяться на коммерческие организации с иностранными инвестициями и их участников – иностранных инвесторов.

Данная статья Кодекса является закреплением основной гарантии для иностранных инвесторов и иностранных инвестиций – гарантии от изменения, а именно, ухудшения законодательства. В литературе такая норма получила название «стабилизационная» или «дедушкина» оговорка. Законодательное закрепление такой нормы также представляет собой общепризнанную мировую практику, принятую, в первую очередь, на международном уровне в рамках универсальных и, особенно, региональных и двусторонних международных договоров. В качестве примера таких региональных договоров с участием Беларуси можно привести Соглашение СНГ от 17 октября 1994 года «О сотрудничестве в области инвестиционной деятельности»<sup>153</sup>. Что касается двусторонних договоров о поощрении и взаимной защите инвестиций, то их Республика Беларусь заключила свыше 20, с такими государствами, как Нидерланды, Турция, Германия, Австрия, Израиль, Латвия, Китай, Румыния, Чехия, Италия, Оман, Украина, Швеция, Великобритания и другими. На национальном уровне стабилизационная оговорка признана в большинстве государств, однако по-разному регулируется ее срок действия. Например, Российская Федерация гарантирует иностранному инвестору неприменение законодательства, ухудшающего их правовое положение, в течение 7 лет после создания предприятия с иностранными инвестициями, в Таджикистане и Казахстане этот срок увеличен до 10 лет. Столько же составляет срок действия

---

<sup>152</sup> Эта гарантия была отменена законом от 8 июля 2006 г. № 159-3 //Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь, 2006 г., № 122, 2/1256.

<sup>153</sup> Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1994. - № 31. – 516.

данной оговорки и во Франции<sup>154</sup>. Поэтому целесообразно было бы и белорусскому законодателю увеличить срок неприменения норм, ухудшающих правовое положение предприятий с иностранными инвестициями, с 5 лет до 7 лет минимум. Таким образом, иностранному инвестору были бы предоставлены дополнительные гарантии, что могло бы привлечь реальные инвестиции в Республику Беларусь. Кроме того, это способствовало бы, на наш взгляд, гармонизации инвестиционного законодательства России и Беларуси в рамках выражаемого стремления создания действенного, а не номинального Союзного государства.

Однако не слишком продолжительный срок действия стабилизационной оговорки является далеко не главной проблемой белорусской инвестиционной политики. Она заключается в том, что, несмотря на законодательное закрепление гарантии от ухудшения законодательства в белорусском праве, при правоприменении отстоять права коммерческой организации с иностранными инвестициями практически невозможно, о чем свидетельствует обширная судебная практика.

Белорусские государственные органы обосновывали неприменение данной нормы тем, что в первой части статьи 79 Инвестиционного кодекса указано, что «Правовой режим иностранных инвестиций на территории Республики Беларусь, условия деятельности иностранных инвесторов и создаваемых с их участием юридических лиц не могут быть **менее благоприятными**, чем соответствующий режим для имущества и имущественных прав, а также условия для инвестиционной деятельности юридических и физических лиц Республики Беларусь, кроме случаев, определенных настоящим Кодексом». В силу этого ни о каком 5 – летнем моратории неприменения нового законодательства в отношении коммерческих организаций с иностранными инвестициями речь вести нельзя, так как на белорусских субъектов хозяйствования данный мораторий не распространяется. В решении Хозяйственного суда Минской области от 29 апреля 1997 г. по делу № 28-5 аргументом неприменения судом стабилизационной оговорки является факт, что в таком случае «у предприятий с иностранными

---

<sup>154</sup> Иностранные инвестиции //Журнал международного частного права. – 1996. - № 1-2. – С.119.



инвестициями правовой режим будет не «менее благоприятный», «а более благоприятный», по сравнению с правовым режимом национальных инвесторов». Таким образом, данное судебное решение демонстрирует прямой отказ государственных органов, в том числе судебных, от применения части 2 статьи 79 по причине неправильного толкования понятий части первой той же статьи. Понятие «не менее благоприятный» толкуется только как «такой же благоприятный», исключая «более благоприятный», что, как минимум, противоречит логике. Такой подход, по сути, вообще отрицает возможность применения гарантии от ухудшения законодательства для иностранных инвесторов.

В постановлении Президиума Высшего Хозяйственного Суда от 8 июня 1998 г. № 20 по делу № 23-5/97 Хозяйственного суда Минской области содержится еще один аргумент неприменения статьи 34 Закона об иностранных инвестициях 1991 г. и заменившей ее статьи 79 Инвестиционного Кодекса. По мнению суда, под иностранными инвестициями следует понимать лишь вклады иностранных учредителей в уставный фонд, в силу чего 5-летний срок неприменения изменений законодательства должен распространяться только на порядок формирования уставного фонда коммерческих организаций с иностранными инвестициями и ни к каким иным отношениям, связанным с созданием и деятельностью данных предприятий. Данный аргумент также не выдерживает никакой критики, так как в формулировке части 2 статьи 79 четко указано, что не должны применяться те изменения законодательства, которые «ухудшают **положение и условия деятельности** для иностранных инвесторов и создаваемых с их участием коммерческих организаций с иностранными инвестициями», то есть, очевидно, что изменения могут касаться **любых сфер деятельности** иностранных инвесторов и коммерческих организаций с иностранными инвестициями<sup>155</sup>, а не только порядка формирования уставного фонда такой организации.

---

<sup>155</sup> Абсолютно такая же формулировка имела место и в действовавшем на момент принятия постановления Высшего Хозяйственного суда законе «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь»: «В случае, если акты законодательства Республики Беларусь, принятые после регистрации предприятия с иностранными инвестициями, ухудшают **положение и условия для деятельности** иностранных инвесторов и создаваемых с их участием предприятий (то есть на них возлагаются дополнительные либо увеличенные в сравнении с ранее существовавшими обязанности или они ограничиваются либо лишаются имевшихся прав), то к инвесторам, предприятию с иностранными инвестициями и (или) иностранным инвестициям в течение пяти лет применяется законодательство, действовавшее на день регистрации предприятия с

В многочисленных судебных решениях основанием отказа в применении стабилизационной оговорки является ссылка на то, что принятие акта, ухудшающего положение предприятия с иностранными инвестициями, **могло** в соответствующий период времени компенсироваться принятием другого акта законодательства, улучшающего положение такого предприятия. Следствием такого ухудшения, с одной стороны, и улучшения, с другой стороны, законодательства является достижение баланса, поэтому в целом положение коммерческой организации с иностранными инвестициями не ухудшалось, а оставалось в прежнем состоянии. Такой аргумент однозначно можно признать некорректным, так как, во-первых, он противоречит закону, а во-вторых, чрезвычайно сложно оценить, компенсирует ли принятие акта законодательства, улучшающего положение предприятия с иностранными инвестициями, принятие акта, его ухудшающего. Тем более если эти акты регулируют отличные друг от друга отношения.

Данные аргументы присутствовали во многих решениях хозяйственных судов, несмотря на тот факт, что 6 февраля 1997 г. Высший Хозяйственный суд принял Разъяснения № 03-17/146 «О порядке применения статьи 34 Закона Республики Беларусь «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь»<sup>156</sup>, в которых указывалось, что «предприятия с иностранными инвестициями, а также иностранные инвесторы платят налоги в соответствии с законами Республики Беларусь и предусмотренными Законом об иностранных инвестициях льготами. Налоговые и таможенные льготы указаны в главе шестой. В случае, если последующее законодательство ухудшает эти условия для инвесторов, применяется часть 2 статьи 34 Закона» (то есть стабилизационная оговорка).

Таким образом, Высший Хозяйственный Суд подтвердил необходимость применения предусмотренной белорусским законодательством гарантии от ухудшения законодательства для иностранных инвесторов, но государственные органы не следуют данным разъяснениям.

Белорусская правоприменительная практика обосновывает возможность неприменения ст. 79 Инвестиционного кодекса ссылкой именно на императивные

---

иностранными инвестициями (ч.2.ст. 34 Закона Республики Беларусь об иностранных инвестициях 1991 г. (в редакции от 5 декабря 1997 г.))».

<sup>156</sup> Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. – 1997. - № 2.

нормы законодательства. Одной из важнейших сфер, в которой предпринимались попытки отказа в неприменении стабилизационной оговорки, является, в частности, требование об обязательной перерегистрации в связи с обязательным приведением учредительных документов в соответствии с Гражданским кодексом, а также Декретом Президента № 11 от 16 марта 1999 г. «Об упорядочении государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования»<sup>157</sup> и Декретом Президента № 22 от 16 ноября 2000 г. «О внесении изменений и дополнений в Декрет Президента Республики Беларусь от 16 марта 1999 г. № 11 и некоторых вопросах государственной регистрации отдельных юридических лиц»<sup>158</sup>, в соответствии с которыми все предприятия с иностранными инвестициями обязаны были пройти процедуру государственной перерегистрации под угрозой их ликвидации.

Такое требование, без сомнений, налагало на предприятия с иностранными инвестициями и их участников дополнительные обязанности. Следовательно, в силу буквального толкования статьи 34 Закона об иностранных инвестициях, эта процедура не должна была распространяться на предприятия с иностранными инвестициями, поскольку она не затрагивает такие сферы как обеспечение обороноспособности, экологическая безопасность и охрана здоровья граждан.

Также не соблюдались положения ст. 34 Закона об иностранных инвестициях в связи с постоянно меняющимся налоговым законодательством. Введение новых налогов либо изменение порядка исчисления старых, например, налога на добавленную стоимость<sup>159</sup>, должно рассматриваться как дополнительные обязанности для предприятий с иностранными инвестициями.

В практике белорусских судов был значительный ряд дел, затрагивающих гарантии для коммерческих организаций с иностранными инвестициями в вопросе изменения в сторону ухудшения налогового законодательства. Рассмотрение указанных споров имело, как правило, отрицательный результат для данных

---

<sup>157</sup> Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь". – 1999. - № 9. - Ст. 216.

<sup>158</sup> Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь". – 2000. - № 32. - Ст. 865.

<sup>159</sup> Например, с 1 января 2005 г. кардинально изменился принцип взимания налога на добавленную стоимость в связи с вступлением в силу Соглашения между Правительством Республикой Беларусь и Правительством Российской Федерации о принципе взимания косвенных налогов при экспорте и импорте товаров, выполнении работ, оказании услуг // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 11.11.2004. - № 175. – 2/1072.

юридических лиц в связи с тем, что государственные органы фактически не признавали действия стабилизационной оговорки, толкуя ее таким образом, что она теряла свое практическое значение. Аргументируя свою точку зрения, налоговые органы утверждали, что несмотря на наличие в белорусском законодательстве гарантии от изменения законодательства и принятия актов законодательства, ухудшающих положение предприятий с иностранными инвестициями в сфере налогообложения, при решении данного вопроса необходимо исходить из так называемой совокупной налоговой нагрузки на коммерческую организацию с иностранными инвестициями в целом<sup>160</sup>. Так, введение нового налога могло компенсироваться льготой по другому налогу или сбору, в связи с чем совокупная налоговая нагрузка в целом на предприятие с иностранными инвестициями могла и не увеличиться, а раз так, то оснований для применения стабилизационной оговорки не существует. При этом предлагалось считать указанную совокупную налоговую нагрузку уже по факту, то есть после уплаты соответствующих сумм налогов согласно изменившемуся законодательству и лишь после этого рассматривать вопрос о возможном неприменении данного законодательства. Такой подход государственных органов, естественно, негативно отражается на инвестиционном климате Республики Беларусь, подрывает доверие потенциальных иностранных инвесторов, особенно в ситуации чрезвычайной нестабильности белорусского налогового законодательства<sup>161</sup>.

В уже упоминавшемся нами постановлении Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 8 июня 1998 г. № 20 по делу № 23-5/97 Хозяйственного суда Минской области совместному предприятию было отказано в возможности ссылаться на 5-летний мораторий в вопросах уплаты налога на добавленную стоимость и акцизов на том основании, что «инвестициями являются только

---

<sup>160</sup> Функ Я.И. Иностранные инвестиции в Республике Беларусь: Комментарий раздела IV Инвестиционного кодекса Республики Беларусь. – М.: Издательство деловой и учебной литературы, Мн.: Амалфея, 2002. – С. 23.

<sup>161</sup> Например, в один только закон о налогах и сборах, взимаемых в бюджет Республики Беларусь от 20 декабря 1991 г. изменения вносились 18 раз: законами Республики Беларусь от 22.12.1992 N 2061-ХП, от 10.12.1993 N 2634-ХП, от 19.10.1994 N 3333-ХП, от 29.12.1994 N 3480-ХП, от 20.06.1996 N 447-ХП, от 15.10.1996 N 679-ХП, от 09.12.1998 N 216-З, от 13.05.1999 N 259-З, от 02.12.1999 N 333-З, от 04.01.2000 N 352-З, от 31.01.2000 N 368-З, от 22.05.2000 N 393-З, от 08.01.2002 N 86-З, от 15.02.2002 N 92-З, от 24.07.2002 N 134-З, от 04.01.2003 N 183-З, от 04.01.2003 N 184-З, от 03.08.2004 N 309-З. Закон Республики Беларусь о налогах на доходы и прибыль от 22 декабря 1991 г. был изменен 21 раз.

денежные вклады или имущество, вносимое в уставный фонд»<sup>162</sup>. Поскольку иностранный инвестор не представил доказательств внесения имущества, в отношении уплаты налогов на которое возник спор, Президиум Высшего Хозяйственного Суда, применяя в данном случае не стабилизационную оговорку, а императивные нормы указов Президента Республики Беларусь от 19 апреля 1995 г. № 151 и от 16 сентября 1995 г. № 300, отменил постановление надзорной коллегии Высшего Хозяйственного Суда, которое было вынесено в пользу истца, то есть иностранного инвестора, и оставил решение хозяйственного суда первой инстанции в силе, то есть совместному предприятию было отказано в иске.

Другой сферой, в которой также отказывалось в признании стабилизационной оговорки, является, в частности, ценообразование, поскольку данная сфера также подвержена в Республике Беларусь частым изменениям. Дополнительной гарантией в данной сфере является статья 94 Инвестиционного кодекса, которая устанавливает, что «коммерческие организации с иностранными инвестициями вправе самостоятельно устанавливать цены на продукцию (работы, услуги) собственного производства и условия ее реализации, а также самостоятельно выбирать поставщиков товаров». Несмотря на четкое указание законодательства в правоприменительной практике происходит обратное, и хозяйственные суды, а тем более государственные органы управления (например, Департамент цен при Министерстве экономики) исходят из неприменения гарантий к таким правоотношениям. В силу этого вместо свободного ценообразования, установленного для предприятий с иностранными инвестициями, на них распространяется законодательство о ценообразовании для национальных субъектов права. В частности, предпринимаются попытки распространить нормы указа Президента от 19 мая 1999 г. № 285 (в редакции указа от 20.06.2005 № 287) «О некоторых мерах по стабилизации цен (тарифов) в Республике Беларусь»<sup>163</sup> на субъектов хозяйствования с иностранными инвестициями. П. 1.2 данного указа устанавливает, что Совет Министров Республики Беларусь по мере необходимости утверждает и пересматривает предельные индексы изменения отпускных цен (тарифов) на товары (работы, услуги), производимые на территории Республики

---

<sup>162</sup> Функ Я.И. Иностранные инвестиции в республике Беларусь: Комментарий раздела IV Инвестиционного кодекса Республики Беларусь. – М.: Издательство деловой и учебной литературы; Мн.: Амалфея, 2002. – С. 24-25.

<sup>163</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 02.06.1999. - № 40. – 1/371.

Беларусь, за исключением товаров (работ, услуг), выпускаемых коммерческими организациями с иностранными инвестициями. Однако, вместе с тем указ устанавливает необходимость регистрации для всех субъектов права, в том числе коммерческих организаций с иностранными инвестициями, отпускных цен на новые товары (работы, услуги). Для регистрации необходимо в соответствии с Порядком регистрации юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями цен (тарифов) при невозможности соблюдения ими установленных предельных индексов изменения отпускных цен (тарифов), утвержденным Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 18 июня 1999 г. № 944<sup>164</sup> (в редакции от 7 октября 2002 г. № 1383) представить в соответствующий государственный орган экономические расчеты (калькуляцию с расшифровкой статей затрат) цен на бумажных носителях с подписью руководителя и главного бухгалтера. В перечень такой продукции (работ, услуг) входит свыше 50 позиций, в частности, сельскохозяйственная продукция, древесина, платные медицинские услуги, цены в строительстве, драгоценные металлы, газ, нефть, спирт, услуги по перевозке и другие.

На наш взгляд, предъявление таких жестких требований к субъектам права неоправданно, поскольку противоречит принципу свободной экономики. В еще большей степени это неоправданно по отношению к коммерческим организациям с иностранными инвестициями в силу прямого противоречия императивным нормам Инвестиционного кодекса Республики Беларусь, который имеет большую юридическую силу, нежели указы президента и постановления правительства, в соответствии со ст. 3 Гражданского кодекса Республики Беларусь. По нашему мнению, предприятия с иностранными инвестициями должны быть избавлены от обязательной регистрации цен на продукцию (товары, услуги) и в любом случае на них не должен распространяться порядок предоставления экономического обоснования цен в органы государственного управления, поскольку это может, как следствие, иметь нарушение коммерческой или производственной тайны такого предприятия. В принципе, упомянутое постановление Совета Министров Республики Беларусь в абз. 2 п. 7 утвержденного им Порядка предоставляет коммерческим организациям с иностранными инвестициями такое право, но

---

<sup>164</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 1999. - № 49.

правоприменительная практика не всегда отвечает этому условию и ссылается на императивные нормы указа<sup>165</sup>.

Последней сферой, в которой также наблюдается отказ от применения льгот и гарантий для предприятий с иностранными инвестициями в пользу применения императивных норм Республики Беларусь, является лицензирование. В силу 5-летнего моратория к таким предприятиям не должны применяться изменения законодательства, устанавливающие обязанность лицензирования определенного вида деятельности. Однако на практике многочисленные нормативные правовые акты Республики Беларусь в сфере лицензирования<sup>166</sup> не содержат конкретных исключений для коммерческих организаций с иностранными инвестициями и вступают в силу с момента опубликования для всех субъектов, поэтому последние с целью не быть привлеченными к экономической ответственности (вплоть до ликвидации юридического лица), а также к административной и даже уголовной ответственности предпочитают следовать императивным нормам данных документов и получать лицензию, не надеясь на стабилизационную оговорку<sup>167</sup>.

Осуществленный выше анализ императивного законодательства Республики Беларусь, проведенный в сравнении с основными чертами законодательства Российской Федерации и Украины, дает нам право сделать определенные выводы.

Во-первых, белорусское законодательство характеризуется большим количеством как императивных норм внутреннего права, так и императивных норм в смысле международного права. Коллизионное регулирование правоотношений с участием иностранного элемента, характеризуется существенным преобладанием «жестких» коллизионных привязок, в ущерб «гибким». Белорусское коллизионное право содержит единственный пример применения привязки к «закону наиболее тесной связи» как последняя альтернатива определения права, применимого к договорным отношениям – «...При невозможности определить исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора, применяется право

---

<sup>165</sup> Функ Я.И. Иностранные инвестиции в республике Беларусь: Комментарий раздела IV Инвестиционного кодекса Республики Беларусь. – М.: Издательство деловой и учебной литературы; Мн.: Амалфея, 2002. – С. 25-26.

<sup>166</sup> В том числе основной документ в данной сфере – Декрет Президента Республики Беларусь от 14 июля 2003 г. № 17 (в последней редакции от 18 июня 2005) // Национальный реестр правовых актов республики Беларусь. - 21.07.2003. - № 79. – 1/4779.

<sup>167</sup> Функ Я.И. Иностранные инвестиции в республике Беларусь: Комментарий раздела IV Инвестиционного кодекса Республики Беларусь. – М.: Издательство деловой и учебной литературы; Мн.: Амалфея, 2002. – С. 26.

страны, с которой договор наиболее тесно связан» (ч.4 ст. 1125 Гражданского кодекса Республики Беларусь). Сама по себе автономия воли также применима только к договорным отношениям, за исключением некоторых договоров, и распространяется только на обязательственный статут, не затрагивая форму сделки. В таких же сферах как право собственности, деликтные отношения применяются только жесткие императивные коллизионные принципы, что не соответствует законодательной и правоприменительной практике зарубежных государств (например, Австрии, Великобритании, США).

Во-вторых, правоприменительная практика свидетельствует о применении императивных норм **внутреннего права** к правоотношениям с иностранным элементом в широком смысле. Многочисленные материальные императивные нормы, содержащиеся, преимущественно, в указах и декретах Президента, применяются к регулированию деятельности коммерческих организаций с иностранным элементом несмотря на наличие в законодательстве, имеющем более высокую силу, норм, ограничивающих их применение.

Нам представляется весьма оправданным регулирование сверхимперативными нормами таких сфер как, например, государственная безопасность, в частности, деятельность по военно-техническому сотрудничеству, космическая деятельность, процессуальные правоотношения. Кроме того, применения таких норм требует защита «слабой» стороны (например, работника по трудовому договору) и третьей стороны, которая находится вне договорных отношений и не может самостоятельно отстаивать свои права. Эти сферы безоговорочно признаны доктриной и практикой цивилизованных государств. В Республике Беларусь мы наблюдаем ситуацию существенного расширения рамок применения сверхимперативных норм, в частности к форме и содержанию внешнеторговых сделок, порядку их осуществления (например, срокам поступления средств на банковский счет экспортера за реализованный товар, срокам получения оплаченного импортером товара), инвестиционным отношениям. Такой подход законодательства и практики, который можно назвать административно-командным, негативно сказывается на экономической ситуации в Республике Беларусь и может привести к экономическому краху государства. Согласно докладу З. Бриксивой, Постоянного представителя МВФ в Беларуси и



Литве «Экономический переход в Беларуси: достижение и задачи», основанному на информации Отчета МВФ по Беларуси № 04-139-141, объем иностранных инвестиций на душу населения за период 1989 – 2002 г.г. составил около 200 долларов США, в то время как аналогичный показатель по Венгрии составляет около 2300 долларов США (наименьший показатель имел Узбекистан, где объем иностранных инвестиций составлял менее 50 долларов на душу населения)<sup>168</sup>. Анализ нынешнего состояния экономики Республики Беларусь, экспертные оценки свидетельствуют о её непривлекательности как для внутреннего, так и для иностранного капитала. Оценка инвестиционного рейтинга Республики Беларусь в различных зарубежных центральных изданиях колеблется в пределах 110-120-го места. По оценкам экспертов, износ основных фондов предприятий республики составляет более 80 %<sup>169</sup>.

---

<sup>168</sup> <http://www.imf.org/external/country/BLR/tr/rus/2004/pdf/060904r.pdf>

<sup>169</sup> Алексахина Т.С. Некоторые аспекты правового регулирования иностранных инвестиций в Республике Беларусь // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1999. - № 4. – С.24 - 25.

### Глава 3. СУДЕБНАЯ И АРБИТРАЖНАЯ ПРАКТИКА ПО ВОПРОСУ ПРИМЕНЕНИЯ СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ

В данной главе мы исследуем вопросы применения императивных норм, входящих в различные для суда, рассматривающего спор, правовые системы.

#### **3.1. Применение императивных норм государства суда и арбитража (*lex fori* и *lex loci arbitri*).**

Наиболее общепризнанной ситуацией применения права (а именно его сверхимперативных норм), отличного от права, применимого к существу правоотношения в силу выбора сторон или применения коллизионных принципов, является ситуация применения императивных норм в смысле международного права закона суда. Напомним, что именно применительно к данной ситуации и возникла исторически теория норм непосредственного применения как особой категории норм, которые по причине их важной цели или направленности должны использоваться судом независимо от подлежащего применению права к правоотношению, осложненному иностранным элементом.

Необходимость применения сверхимперативных норм права, иного чем закон, регулирующий существо правоотношений, закреплена во многих международно-правовых документах. Пожалуй, первым таким документом стала Гагская конвенция о единообразном законе о международной продаже товаров от 1 июля 1964 г. В статье 4 этой конвенции, являющейся результатом большой подготовительной работы и многочисленных и сложных дискуссий, устанавливается, что «настоящий закон применяется также тогда, когда стороны избрали его как закон договора, независимо от того, имеют ли стороны свои предприятия или свое место пребывания на территориях разных государств и являются ли эти государства участниками Гагской конвенции от 1 июля 1964 г., в той мере, в какой **названный закон не наносит ущерба императивным положениям**, которые подлежали бы применению, если бы стороны не избрали единообразный закон». Несмотря на то, что данная конвенция не имеет большого практического значения, поскольку была заменена Венской конвенцией о

договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., принцип главенства национальных императивных норм выражен в ней весьма четко и в общей форме, чего не было в прежних международных договорах по вопросам международного частного права<sup>170</sup>. В частности, первый международный договор по коллизионным вопросам международной купли-продажи товаров – Гагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров от 15 июля 1955 г. – вообще не упоминает о действии императивных норм иностранного права, в статье 6 ее текста речь идет о возможном неприменении ее положений только по мотивам публичного порядка.

Первым документом по коллизионным вопросам, непосредственно регулирующим применение императивных норм правовой системы иной, нежели применимое к договору право, является Гагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, от 14 марта 1978 г., статья 16 которой устанавливает, что «при применении настоящей Конвенции следует учитывать также императивные нормы права любого государства, с которым агентское соглашение имеет наиболее значительную связь, если в соответствии с правом этого государства такие нормы применяются независимо от выбранного права». Таким правом может выступать и закон суда.

Следующим документом, закрепившим необходимость применения императивных положений страны суда, является уже упоминавшаяся нами в первой главе Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, от 19 июня 1980 г., которая посвящает статью 7 данному вопросу. Впервые на международном уровне выделяется две разные ситуации применения императивных норм права иного, чем *lex causae*: закон государства с которым правоотношение имеет тесную связь и закон страны суда. В частности, часть 2 данной статьи устанавливает: «Ничто в настоящей конвенции не ограничивает применение норм права страны суда в случаях, когда они являются императивными независимо от права, применимого к договору».

Проблематика императивных норм нашла дальнейшее развитие в европейских регламентах, призванных заменить нормы Римской конвенции 1980 г. 15 декабря 2005 г. был принят проект Регламента Европарламента и Совета ЕС о

---

<sup>170</sup> Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. – 1992. - № 2. – С. 72.

праве, применимом к договорным обязательствам (*COM (2005) 650 final*). На основании данного проекта 17 июня 2008 года был принят предписанием регламент 593/2008 (*Rome I*), который вступит в силу 17 декабря 2009 года и статья 9 которого содержит правовое регулирование применения императивных норм. Подробнее речь об этом документе пойдет ниже.

Продолжающиеся попытки европейской унификации коллизионных вопросов внедоговорных обязательств нашли свое закрепление в таком документе как Проект Регламента Европарламента и Совета ЕС о праве, применимом к деликтным обязательствам: *COM (2003) 427 final (Rome II)*. Дело в том, что попытка унификации законодательства о деликтах была предпринята в 70-ые годы. Проект Римской конвенции о договорных обязательствах первоначально включал и положения о внедоговорных обязательствах. Однако в 1977 году Совет экспертов принял решение о разделении текста на две части, и со временем работа над второй частью была прекращена. Статьи 12-20 проекта Регламента 2003 г. посвящены вопросам применения императивных норм страны суда, а также того государства, где имело место причинение вреда, даже если само правоотношение регулируется правом иного государства. Такой подход подвергся критике со стороны комментаторов данного проекта, которые считают упущением оставление без рассмотрения вопроса применения императивных норм третьих государств, с которыми правоотношение имеет тесную связь<sup>171</sup>.

Урегулирован вопрос применения императивных положений страны суда и Гаагской конвенцией о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, от 22 декабря 1986 г., не вступившей на данный момент в силу. Статья 17 определяет, что «Конвенция не препятствует применению тех положений закона страны суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего договор». Интересно, что текст данного документа не использует терминологию «императивные нормы» или «нормы непосредственного применения», но в силу толкования текста статьи 17 становится очевидным применение ее непосредственно к данной категории правовых норм.

Развитие вопроса применения императивных положений государства суда нашло свое отражение и в таком международно-правовом документе как

---

<sup>171</sup> *Commaire au texte de l'avant-projet de proposition de Règlement CE sur la loi applicable aux obligations non contractuelles //*

Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, принятую 18 марта 1994 г. между 17 латиноамериканскими государствами, США и Канадой. В соответствии со статьей 11, обязательному применению подлежат сверхимперативные нормы страны суда.

Следующим этапом в развитии международного частного права стало закрепление практики применения императивных норм страны суда в национальном законодательстве государств. Эти вопросы нашли свое отражение в Законе Швейцарии 1988 г. о международном частном праве<sup>172</sup>, в Вводном законе к Германскому Гражданскому Уложению (в редакции от 21.09.1994 г.)<sup>173</sup>, Гражданском кодексе провинции Квебек<sup>174</sup>, Законе Италии о реформе системы международного частного права от 31 мая 1995 г.<sup>175</sup>

Следует подчеркнуть, что в швейцарском, канадском и итальянском законодательстве сверхимперативные нормы страны суда применимы не только к договорным отношениям. В отличие от этих норм немецкое законодательство ориентировано на использование норм непосредственного применения только в договорных отношениях.

Обратим внимание на то, что некоторые европейские законы о международном частном праве, принятые сравнительно давно, не затрагивают проблематики применения императивных норм другого государства, в том числе страны суда. Например, закон Австрии о международном частном праве от 15 июня 1978 г. не регулирует данный вопрос. Однако не следует полагать, что в таких странах суды не связаны требованием применения императивных положений своего национального законодательства по двум причинам.

Во-первых, национальное право многих государств несмотря на отсутствие общей нормы о приоритете императивных норм *lex fori*, предусматривает в отдельных законах императивные нормы особой важности, применимые в

---

<sup>172</sup> Статья 18 Швейцарского закона гласит: «Положения швейцарского права, которые, ввиду их особой цели, должны подлежать применению независимо от права, к которому отсылает настоящий Закон, остаются незатронутыми».

<sup>173</sup> Статья 34 устанавливает: «Данный подраздел не затрагивает тех норм германского права, которые императивно регулируют отношения без учета права, применимого к договорам».

<sup>174</sup> Статья 3076 Гражданского кодекса утверждает: «Применение норм, содержащихся в настоящей Книге, не должны противоречить тем нормам права, действующим на территории Квебека, которые подлежат применению в силу их особой цели».

<sup>175</sup> Статья 17 Закона гласит: «Приоритет над последующими положениями норм итальянского права, которые, ввиду их особой цели и сферы применения, должны подлежать применению независимо от любой отсылки к иностранному праву, остается незатронутым».

правоотношениях с иностранным элементом. Например, Закон Бельгии о коммерческих агентах от 13 апреля 1995 г. в статье 27 устанавливает, что «любая деятельность коммерческого агента, имеющего основное место деятельности на территории Бельгии, подчиняется бельгийскому праву и юрисдикции бельгийских судов»<sup>176</sup>. Закон Великобритании о недобросовестных условиях договора 1977 г. в части 2 статьи 27 устанавливает: «Настоящий Закон подлежит применению несмотря на присутствие договорного условия, подчиняющего, или имеющего целью подчинить, правоотношение правовой системе любой страны за пределами Великобритании, при том, что:

а) такое условие представляется суду или арбитражу как включенное исключительно, или главным образом, в целях создания возможностей для стороны, инициировавшей включение такого условия, избежать применения настоящего Закона и (или)

б) при заключении договора одна из сторон выступала в качестве потребителя и на этот момент имела обычное местожительство в Великобритании, и при этом существенные действия, необходимые для заключения договора, были совершены на территории Великобритании, независимо от того, были ли они совершены самой этой стороной или другими лицами от ее имени».

Весьма специфичны сверхимперативные нормы законодательств некоторых арабских государств, в частности Сирии, Иордании, Египта, Бахрейна, ОАЭ и Омана, относительно заключения международных агентских соглашений. Основным условием действительности таких договоров выступает наличие у агента, являющегося физическим лицом, гражданства государства, где осуществляется деятельность по коммерческому представительству<sup>177</sup>. Это правило не содержит исключений. В случае натурализации Оман требует, чтобы торговый агент имел гражданство Омана по меньшей мере в течение трех лет. Когда агент является юридическим лицом, законодательство некоторых стран требует, чтобы 100 % его уставного фонда составлял национальный капитал (Сирия, Египет, ОАЭ). В Бахрейне и Омане доля национального инвестора в таких предприятиях

---

<sup>176</sup> Бабкина Е.В. Международные агентские соглашения // Промышленно-торговое право. – 2004. - № 5-6. – С. 69.

<sup>177</sup> Руководство по заключению международных агентских соглашений, разработанное Международной торговой палатой (публикация МТП 1991 г. № 496) также обращает внимание на данный момент и в качестве примера приводит аналогичные императивные нормы законодательства Ирака, Кувейта, Саудовской Аравии (примечание б).

должна составлять минимум 51 %, однако при регистрации новых предприятий для осуществления деятельности по коммерческому представительству заинтересованные административные органы требуют 100 % национального участия. Два дополнительных требования усиливают значение основного условия. Во-первых, агентский договор должен быть обязательно зарегистрирован в торговом реестре. Во-вторых, местожительство (для физических лиц) или местонахождение (для юридических лиц) коммерческого агента должно находиться в государстве, где осуществляется представительская деятельность. Ответственность за несоблюдение этих требований варьируется от наложения значительного штрафа до запрещения заниматься деятельностью по коммерческому представительству<sup>178</sup>.

Кроме того, в этих государствах существует, с той или иной степенью строгости, требование прямой связи между торговым агентом и представляемым (производителем) без других коммерческих представителей<sup>179</sup>.

Руководство по составлению международных торговых агентских соглашений Международной Торговой Палаты (статья 2) отмечает также, что в некоторых странах (в частности в Алжире) вся агентская деятельность закрепляется за государственными органами, и проведение такой деятельности частными лицами или организациями запрещено. В некоторых национальных правовых актах предусмотрена уголовная ответственность за нарушение этих предписаний.

Интересен тот факт, что иногда императивные нормы в смысле международного права теряют свою особую значимость для государства и переходят в разряд императивных норм гражданского права. Так, например, законодательство многих стран требует, чтобы агент, до вступления в отношения представительства, прошел государственную регистрацию. В частности, французский декрет № 58-1345 1958 года предусматривает обязательную имматрикуляцию коммерческого агента в специальном торговом регистре при секретариате коммерческого суда или суда высшей инстанции, выносящего

---

<sup>178</sup> Saleh M.S.A. Les lois de six pays arabes relatives aux agences commerciales et aux contrats de distribution (Syrie, Jordanie, Egipte, Bahrein, Les Emirats Arabes Unis, Oman) //Revue de droit international et droit comparé. – Tome LXVI, 1989. – P. 13.

<sup>179</sup> Бабкина Е.В. Международные агентские соглашения // Промышленно-торговое право. – 2004. - № 5-6. – С. 69-70.

решения по торговым вопросам. Имматрикуляция действительна в течение пяти лет и должна быть осуществлена заново, если заинтересованное лицо желает продолжить свою деятельность. За несоблюдение этого требования на виновное лицо налагается штраф. Французская судебная практика, в развитие этого правила, подчиняет данной формальности применение статуса торгового агента<sup>180</sup>. Кассационный суд неоднократно выносил решения о неприменении, при отсутствии явно выраженного соглашения об обратном, к коммерческому агенту, не прошедшему регистрацию, статуса, предоставляемого Декретом 1958 года, а именно, в отношении права на возмещение при расторжении договора<sup>181</sup>. Однако, в недавнее время эта практика была значительно смягчена: Палата по торговым делам Кассационного суда Франции в решении от 9 октября 1990 г. признала за испанским юридическим лицом статус, определенный Декретом, при отсутствии имматрикуляции в специальном регистре, на том основании, что агент имеет свое местонахождение и осуществляет деятельность за границей<sup>182</sup>. И в настоящее время имматрикуляция коммерческого агента во Франции признается не более чем административной мерой, не влияющей на применение статуса<sup>183</sup>.

В данной связи весьма знаменательно преюдициальное решение Европейского суда в деле C-215/97 от 30 апреля 1998 года *Barbara Bellon c/ Yokohama SpA*, вынесенное по запросу Трибунала Болоньи<sup>184</sup>. В соответствии с данным судебным решением, национальное законодательство, которое подчиняет действительность агентского соглашения регистрации коммерческого агента в специальном регистре, противоречит Директиве 86/653 Совета ЕС о координации законодательства государств-членов относительно независимых коммерческих агентов. Таким образом, Европейский суд высказался против признания за нормой об имматрикуляции статуса нормы непосредственного применения.

Во-вторых, практически все европейские государства участвуют в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г. Так, для Бельгии конвенция действует с 14 июля 1987 г., Австрия присоединилась к данной

---

<sup>180</sup> Pedamon M. Droit commercial. – Paris: Dalloz, 1994. – P. 638.

<sup>181</sup> Jaze-Dekeuwer F. Commentaire de la loi № 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants // Actualité législative Dalloz. – 1992. – 14 cahier. – P. 132.

<sup>182</sup> Jurisclasseur périodique. - 1991. – II, 211.

<sup>183</sup> Бабкина Е.В. Международные агентские соглашения // Промышленно-торговое право. – 2004. - № 5-6. – С. 67-68.

<sup>184</sup> <http://www.europa.eu.int/cj/fr/cp/cp9830fr.htm>



конвенции 26 мая 1997 г.<sup>185</sup> и, соответственно, положения конвенции применимы на территории Бельгии, Австрии и других европейских государств независимо от национальности сторон договора и применимого к контракту права.

Западная судебная практика государств, имплементировавших положения международных договоров о сверхимперативных нормах в национальное законодательство, достаточно часто использует ссылку на этот правовой институт.

Весьма интересным представляется дело, рассмотренное Верховным судом Франции по иску компании «Хьюстон», которая являлась наследником режиссера художественного фильма «Asphalt Jungle», предъявленного с целью воспрепятствования трансляции по телевидению цветной версии первоначально черно-белого фильма, созданной компанией «Тернер», правопреемником режиссера фильма по договору, без согласия на то наследника<sup>186</sup>. Апелляционный суд отказал в удовлетворении иска на том основании, что договоры о переуступке авторского права, заключенные между продюсером и режиссером, были подчинены американскому праву, и не было каких-либо оснований ограничивать применение этого права. Верховный суд отменил решение Апелляционного суда, отметив, что, отказывая в удовлетворении иска, Апелляционный суд нарушил статью 1 Закона № 64-689 от 8 июля 1964 г. и ст.6 Закона от 11 марта 1957 г., согласно которым «ничто не может угрожать во Франции неприкосновенности художественного или литературного произведения независимо от того, на территории какого государства это произведение было впервые опубликовано». Данная правовая норма была оценена судом как норма непосредственного применения, на этом основании суд признал права наследника. Это дело представляет большой интерес, поскольку примененная судом императивная норма затрагивает нетипичные для, например, белорусского права (которое относит к категории сверхимперативных норм нормы в сфере таможенного, валютного регулирования, регулирования внешнеэкономических отношений) сферы отношений – отношения интеллектуальной собственности. В западной правоприменительной практике на первое место в перечне таких норм ставятся

---

<sup>185</sup> Journal officie. - № C 191. - 23/06/1997. - P. 0011 – 0012.

<sup>186</sup> Consorts Huston c. Société Turner Entertainment C° et autres, French Cour de Cassation (1re Ch. Civ.), 28 mai 1991 // Revue Critique de Droit International Privé. – 1991. – Vol.80. - № 4. – P. 752 – 753.

нормы, направленные на защиту третьих лиц и слабой стороны, что мы видим на примере данного и следующего дела.

Другое интересное дело было рассмотрено Палатой Лордов Великобритании относительно договора морской перевозки технологического оборудования из Шотландии в Индию<sup>187</sup>. Станок был погружен в Шотландии на голландское судно для перегрузки в голландском порту. Согласно действовавшему на тот момент английскому Закону о перевозке грузов морем 1971 г., который имплементировал положения Международной конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте, в редакции Брюссельского протокола от 23 февраля 1968 г., ответственность перевозчика ограничивается суммой, эквивалентной 666,67 расчетных единиц за место (расчетная единица соответствует 65,5 миллиграммов золота 900-й пробы). Голландия же в то время не присоединилась к Брюссельскому протоколу. Коносамент устанавливал, что отношения сторон регулируются голландским правом, и что максимальная ответственность перевозчика за место составляет 1.250 голландских гульденов. Коносамент содержал и арбитражную оговорку, которая признавала компетентным Городской суд Амстердама с исключением подсудности любого другого суда. После того, как при разгрузке в месте назначения груз был поврежден, отправитель предъявил иск в Высокий суд Великобритании, требуя возмещения убытков за нарушение договора. Высокий суд отказался рассматривать спор по существу на том основании, что договор предусматривал арбитражную оговорку в виде пророгационного соглашения.

Апелляционная инстанция – Палата Лордов – не согласилась с мнением Высокого суда и применила положения британского Закона о перевозке грузов морем 1971 г. в редакции Брюссельского протокола 1968 г., оценив их как сверхимперативные нормы, т.е. нормы, применимые к любому условию договора, которое может привести к уменьшению ответственности перевозчика в большей степени, чем это предусмотрено законом 1971 г. Палата Лордов постановила: «В противном случае стороны всегда могут избежать действия закона 1971 г. путем включения в контракт арбитражной оговорки или условия о применимом праве». Дело в том, что британский закон, равно как и конвенция в редакции Брюссельского протокола 1968 г., предусматривают сферу применения:

---

<sup>187</sup> The *Hollandia*, House of Lords, [1982] // *Western Law Reporter*. – 1982. – 1111.

- 1) коносамент выдан в государстве-участнике;
- 2) перевозка осуществляется из порта, находящегося в государстве-участнике;
- 3) договор предусматривает применение положений конвенции.

Таким образом, к рассматриваемым правоотношениям в императивном порядке положения конвенции должны применяться.

На основании всего вышеизложенного, апелляционная инстанция отменила решение суда низшей инстанции и признала недействительными как условие коносамента об уменьшении размера ответственности перевозчика, так и арбитражную оговорку в виде пророгационного соглашения.

Вопросы ответственности в морском праве стали предметом рассмотрения и другого дела. Территориальные воды около Вензу были загрязнены нефтью и химическими продуктами, перевозимыми судном «Fontaine d'or», которое принадлежало обществу морского транспорта из Шандонга (Китай). Этот корабль 31 октября 1986 г. был поврежден кораблем под флагом Панамы. Ассоциация рыбаков Вензу подала иск с целью возмещения ущерба в Морской суд Шанхая, который применил сверхимперативные нормы китайского права об ответственности, закрепленные в Законе от 27 октября 1987 г., в то время как китайская коллизионная норма отсылала к личному закону причинителя вреда<sup>188</sup>.

Вопрос о применении императивных норм страны суда в деликтных правоотношениях встал и в знаменитом деле «La Librairie Hachette». Два французских общества «La Librairie Hachette» и «Nouvelles Messageries» заключили договоры о передаче исключительных прав на продажу своих изданий с двумя швейцарскими дистрибьюторами. Некоторые швейцарские коммерсанты посчитали себя ущемленными этими контрактами и потребовали возмещения со ссылкой на швейцарский закон о картелях и аналогичных организациях. Заявители требовали признания исключительных соглашений недействительными. В соответствии с действующим на тот момент швейцарским правом (до реформы законодательства о международном частном праве посредством Закона Швейцарии от 18 декабря 1987 г., вступившего в силу 1 января 1989 г.), деликтная ответственность подчинялась праву государства места причинения вреда, а когда

---

<sup>188</sup> Donggen Xu. Le droit international privé en Chine // Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. – 1999. – Т. 270. – P. 186.

место совершения действия и место наступления вреда отличались, то должно действовать по выбору потерпевшего либо право места совершения действия, либо право места наступления вреда. Но возможность выбора в данном случае не была учтена швейцарским федеральным судом, который применил сверхимперативные нормы швейцарского закона о картелях и аналогичных организациях<sup>189</sup>.

Рассмотренные выше международно-правовые договоры, а также европейское законодательство существенным образом повлияли на законодательное регулирование проблематики императивных норм и в других странах. Тенденции изменения подхода к применению отечественных для закона суда норм непосредственного применения затронули и постсоветские страны. В частности, в новый Гражданский кодекс Республики Беларусь 1998 г. была внесена статья 1100 «Применение императивных норм», тогда как в старой редакции ГК БССР 1964 г. регулирование данного вопроса, как и многих других вопросов международного частного права, как мы показывали выше, отсутствовало.

В соответствии с положениями ч.1. ст. 1100 ГК Республики Беларусь, «Правила настоящего раздела не затрагивают действия императивных норм права Республики Беларусь, регулирующих соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

Новейшее гражданское законодательство Российской Федерации также не осталось в стороне от современных тенденций в международном частном праве посредством введения в часть третью Гражданского кодекса от 26 ноября 2001 года статьи 1192 «Применение императивных норм», согласно части первой которой «Правила настоящего раздела не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые вследствие указания в самих императивных нормах или ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

Как мы уже обращали внимание, рассматривая понятие особо императивных норм, российское законодательство, в отличие от белорусского, в формулировке статьи указывает существенные признаки нормы непосредственного применения.

---

<sup>189</sup> Arrêt de tribunal federal Suisse 1967 // Journal de droit international. – 1970. – P. 434. – Note Lalive.

Однако перечень таких признаков не является исчерпывающим. Возможность установления исчерпывающего перечня сверхимперативных норм лишала бы данный институт необходимой гибкости и возможности оперативного реагирования на изменение общественных интересов<sup>190</sup>. В статье 1192 делается попытка облегчить задачу суда и участников внешнеэкономических отношений применительно к критериям отнесения конкретной нормы к категории сверхимперативных. Помимо норм, предусматривающих свое сверхимперативное применение в тексте самой такой нормы, к рассматриваемой категории относятся и нормы, направленные на подчинение себе соответствующих отношений ввиду их особого значения, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. Какого рода нормы, в частности, имелись в виду разработчиками раздела, позволяет определить редакция этой статьи, содержащейся в проекте раздела ГК РФ о международном частном праве от 23 октября 1996 г. В соответствии с пунктом вторым указанной статьи, к нормам, регулирующим соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права, относились, в частности: нормы об основных началах гражданского законодательства (статья 1 ГК РФ), о пределах осуществления гражданских прав (пункт 1 статьи 10 ГК РФ), о недействительности сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности (часть 1 статьи 169 ГК РФ), о свободе договора (пункт 1 статьи 421 ГК РФ). К числу сверхимперативных следует также отнести положения п. 3 ст. 162 ГК РФ о последствиях несоблюдения простой письменной формы внешнеэкономических сделок, предписания п. 2 ст. 414 Кодекса Торгового Мореплавания РФ 1999 г., не допускающие устранение или уменьшение ответственности перевозчика за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо за просрочку их доставки посредством соглашения сторон о подлежащем применению праве.

Мы уже отмечали выше, что в отличие от российского законодательства, белорусское не содержит в формулировке статьи, посвященной императивным нормам, системообразующих признаков таких норм. Отсутствует и официальный комментарий соответствующей статьи Гражданского кодекса. В силу особой

---

<sup>190</sup> Жильцов А.Н. Новое в российском международном частном праве// Электронная база данных Система КонсультантПлюс. – 2002.

сложности данной проблематики, а также особой значимости для государства, в Республике Беларусь практически отсутствуют какие-либо доктринальные исследования данного вопроса. В имеющихся же статьях и монографиях вопрос обращения к нормам непосредственного применения только затрагивается или рассматривается сугубо фрагментарно<sup>191</sup>. Становятся понятными проблемы, с которыми сталкивается суд в правоприменительной практике, связанной с обращением к институту норм непосредственного применения. В отсутствие толкования данной нормы, примерного перечня сверхимперативных норм белорусский суд, как, впрочем, и российский, на практике не слишком часто обращается к данному правовому институту или же ошибочно применяет схожий с данным правовой институт (например, институт оговорки о публичном порядке) вместо института императивных норм, как мы видели на примере с судебным решением Хозяйственного суда г. Минска, проанализированным нами в первой главе данной работы<sup>192</sup>.

Отметим, что проекты законодательных актов государств бывшего СССР предлагали примерный перечень норм, относимых к сверхимперативным. Так, в редакции проекта Гражданского кодекса Российской Федерации от 23 октября 1996 г. статья, посвященная императивным нормам, содержала статью часть следующего содержания: «Нормы об основных началах гражданского законодательства (статья 1), о пределах осуществления гражданских прав (п.1 ст.10), о недействительности сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности (абз.1 ст. 169), о свободе договора (п.1 ст.421) и другие, имеющие особое значение в смысле пункта 1 настоящей статьи, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права».

Следует заметить, что некоторые современные российские исследователи проблем международного частного права негативно оценивают детальность формулировки российской гражданско-правовой нормы об императивных нормах. Очевидно, что такой перечень должен включать и нормы других законодательных актов, в том числе имеющих публично-правовой характер, что невозможно в рамках Гражданского кодекса. Создание же исчерпывающего перечня лишит

---

<sup>191</sup> Именно этот момент и побудил нас заняться исследованием данного вопроса.

<sup>192</sup> См. с. 40-41 раздела 1.2.2 первой главы.

институт норм непосредственного применения необходимой гибкости. В частности, В.Л. Толстых утверждает, что закрепление примерного перечня свойств нормы непосредственного применения негативно отразится на судебной практике. «Подчеркивание в этих определениях важности императивных норм международного частного права для государства, их принявшего, вряд ли может способствовать определению их круга вне рассмотрения конкретного дела»<sup>193</sup>. Данный автор предлагает изменить существующую в настоящем законодательстве формулировку статьи 1192 Гражданского кодекса РФ, сделав ее ближе к белорусскому варианту, и сформулировать ее следующим образом: «Правила настоящего раздела не затрагивают действие тех императивных норм законодательства Российской Федерации, которые ввиду их особого значения для обеспечения прав участников гражданского оборота, регулируют соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. Суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением»<sup>194</sup>.

Мы не согласны с данным подходом, поскольку расширение понятия императивных норм без установления каких-либо ограничителей по формальному или содержательному критерию может привести к существенному расширению судебного усмотрения и, соответственно, злоупотреблениям судей или несознательному неправильному применению ими нормы по причине ее непонимания.

Однако, несмотря на указанные выше проблемы в белорусской и российской правоприменительной практике существует ряд дел, в которых имеет место обращение к институту императивных норм. Данная судебная практика демонстрирует преимущественное применение императивных положений страны суда.

Чаще всего, судьи прибегают к ссылке на императивную норму об обязательной письменной форме внешнеэкономических сделок.

В п. 2 приложения к информационному письму Президиума Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации от 16 февраля 1998 г. № 29 «Обзор

---

<sup>193</sup> Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – С. 356.

<sup>194</sup> Там же.- Приложение 2 «Поправки к разделу VI части третьей ГК РФ». – С. 507.

судебно-арбитражной практики разрешения споров по делам с участием иностранных лиц» приведено следующее дело, рассмотренное арбитражным судом.

Иностранная фирма обратилась в арбитражный суд с иском к российскому акционерному обществу, с которым в июле 1996 г. был заключен внешнеторговый контракт на поставку товаров. В соответствии с положениями договора поставка должна была осуществляться на условиях СИФ (морская перевозка) в редакции «Инкотермс-90». При этом обязанность по оплате фрахта до пункта назначения и по страхованию сделки возлагалась на продавца – иностранную фирму. Фактически же перевозка осуществлялась не на условиях СИФ, а на условиях ФОБ, т.е. продавец поставку не страховал. Во время перевозки груз был испорчен попаданием морской воды во время шторма. Покупатель счел это существенным нарушением продавцом своих договорных обязанностей, поскольку имело место одностороннее изменение существенных условий договора со стороны продавца. Продавец же настаивал на том, что имело место двустороннее изменение существенных условий договора, так как им была направлена по факсу оферта с предложением снизить договорную стоимость товара, во время телефонных переговоров контрагент согласился с таким предложением, в результате чего продавец счел возможным отправить товар на условиях ФОБ и не страховать товар. Покупатель в суде оспаривал факт двустороннего изменения условий договора.

Арбитражный суд не согласился с доводами продавца – иностранной фирмы. Суд аргументировал свою позицию ссылкой на императивные положения п.3 статьи 162 ГК РФ, согласно которой внешнеэкономические сделки заключаются в простой письменной форме.

Данное правило в силу его сверхимперативности подлежит применению независимо от того факта, что подлежащим применению в данном контракте правом в отсутствие соглашения сторон является право продавца, т.е. иностранной фирмы и данное законодательство не требует заключения внешнеторгового договора и изменений к нему в письменной форме.

Кроме того, поскольку стороны осуществляют свою коммерческую деятельность в различных государствах, к отношениям данных контрагентов



подлежит применению Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., вступившая в силу для Российской Федерации с 1 сентября 1991 г. Конвенция также содержит норму императивного характера о форме сделки – статью 12, в которой оговаривается обязательность письменной формы сделки. Данное положение распространяется не только на форму самого договора, но и на форму всех последующих изменений и дополнений к нему, в соответствии со статьей 29 Конвенции. Статья 12 подлежит применению, если хотя бы одна из сторон внешнеэкономической сделки осуществляет коммерческую деятельность в государстве, законодательство которого императивно закрепляет требование письменной формы, о чем государство должно сделать оговорку на основании ст. 96 Конвенции. СССР при присоединении заявил о соблюдении требований статьи 12. Это заявление действует в отношении Российской Федерации, к которой по праву правопреемства перешли все обязательства по Венской конвенции. Статья 13 к письменной форме (из электронных средств связи) относит только сообщения по телеграфу и телетайпу. Таким образом, договор купли-продажи, равно как и изменения к нему в случае участия в нем российского юридического лица должен заключаться в письменной форме, каковой телефонная связь не является. Договор между спорящими сторонами был заключен в письменной форме на условиях СИФ («Инкотермс-90»), т.е. продавец должен был отправить товар на условиях СИФ. Продавец по факсу предложил покупателю осуществить поставку на условиях ФОб, но такое предложение не было акцептовано покупателем в требуемой письменной форме в части отказа от условия СИФ и перехода на условия ФОб. Следовательно, изменения контракта в отношении базиса поставки не произошло. Арбитражный суд вправе принимать решение на основе обычаев делового оборота, касающегося базиса поставки в сфере международной торговли (в редакции «Инкотермс»), когда стороны договорились об их применении или изменили о базисных условиях внешнеторговой поставки в письменной форме<sup>195</sup>. Суд в иске иностранной фирме отказал.

---

<sup>195</sup> Гражданский кодекс Российской Федерации. С постатейным приложением материалов практики Конституционного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – М., 2002. – С. 21-22).

Такого же подхода неукоснительно придерживается и практика Международного коммерческого арбитражного суда (МКАС) Российской Федерации. Например, при разрешении спора между бельгийской фирмой и российской организацией по делу № 243/1998 (решение от 28.05.1999)<sup>196</sup> МКАС, признав, что отношения сторон по контракту регулируются материальным правом Бельгии, при определении того, состоялось ли соглашение сторон об изменении условий контракта, пришел к выводу об отсутствии такого соглашения, учитывая, что оно не было оформлено в письменной форме, как того требует императивная норма российского законодательства.

Здесь хочется подчеркнуть, что понимание письменной формы договора существенным образом изменялось с течением времени. Согласно ГК РСФСР 1964 г. (ч. 2 ст.161) письменный договор может заключаться как путем составления одного документа, так и путем обмена письмами, телеграммами, телефонограммами и т.п., подписанными стороной, которая их посылает. В Основях ГЗ 1991 г. (п.2 ст.58) в этот неисчерпывающий перечень включены телетайпограммы. В ГК РФ (п.2 ст.434) он существенно дополнен. Признается допустимым обмен документами посредством почтовой, телеграфной, телетайпной, телефонной, электронной или иной связи, позволяющей достоверно установить, что документ исходит от стороны договора. Таким образом, в силу действующего российского законодательства допускается заключение письменного договора путем обмена документами с использованием сообщений по факсу как одному из видов электронной связи. На практике действительность такого договора зависит от того, насколько представленные сторонами доказательства позволяют достоверно установить, что документы (факсы) исходили от соответствующих сторон и совпадало содержание достигнутых ими договоренностей об условиях такого договора. Так, придя к выводу, что истец не доказал факта заключения договора путем обмена факсами (не представил оригинала факса, на который ссылался), МКАС не признал доказанным

---

<sup>196</sup> Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999-2000 г.г. – М.: Статут, 2002. – С.99-102.

существование между сторонами договорных отношений (дело № 351/194, решение от 09.11.1995)<sup>197</sup>.

Вместе с тем, такой подход встречает определенную критику в доктрине и правоприменительной практике. Заключение контракта путем обмена факсами может привести к последующим недоразумениям. Эта форма связи не гарантирует того, что полученный по факсу текст полностью соответствует отправленному. В ряде случаев оказывалось, что из-за несовпадения отправленного и полученного по факсу текста предложения и акцепта не совпадало мнение сторон о содержании заключенного ими контракта. Встречались и случаи, когда у сторон оказывался не совпадающий по содержанию единый текст контракта, подписанный обеими сторонами путем обмена факсами. Учитывая, что факс предназначен в принципе для оперативной связи, целесообразно либо вообще не применять эту форму связи для заключения контракта, либо обязательно повторять условия предложения и акцепта путем направления другой стороне соответствующего письма, а при оформлении контракта в виде единого документа – путем представления письменного текста контракта. Но, как отмечалось выше, коль скоро представленные сторонами факсимильные сообщения совпадают по содержанию и позволяют достоверно установить, что они исходили от соответствующих сторон, неправомерна постановка вопроса о несоблюдении императивных норм закона по поводу обязательности письменной формы сделки<sup>198</sup>.

Белорусская правоприменительная практика также содержит ряд дел со ссылкой на нормы непосредственного применения, связанные с формой внешнеэкономического контракта. Например, в решении Международного арбитражного суда при Белорусской Торгово-промышленной палате от 4 июля 2003 г. № 349/44-02 указывается, что «договор от 5 декабря 2003 года на оказание транспортных услуг при перевозках грузов в международном автомобильном сообщении между индивидуальным предпринимателем Б. и обществом с дополнительной ответственностью "А" заключен не был.

В соответствии со статьями 160 - 162 Гражданского кодекса Республики Беларусь рассматриваемая сделка должна совершаться в простой письменной

---

<sup>197</sup> Практика Международного коммерческого арбитражного суда. Научно-практический комментарий. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1997. – С. 150-151.

<sup>198</sup> Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров (Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров). – 2-е изд., перераб и доп. – М.: «Статут», 2003. – С. 56.

форме. При этом в силу части 1 статьи 161 сделка в простой письменной форме должна быть совершена путем составления документа, выражающего ее содержание и подписанного лицом или лицами, совершающими сделку, либо должным образом уполномоченными ими лицами»<sup>199</sup>.

Однако, признанием недействительными внешнеэкономических сделок, совершенных не в письменной форме белорусская судебная практика не ограничивается. Довольно часто суд (арбитраж) применяет сверхимперативные нормы подзаконных актов, преимущественно указов Президента, содержащих требования к существенным условиям контракта, независимо от применимого права или автономии воли сторон.

Так, 11 апреля 2003 г. Хозяйственным судом г. Витебска<sup>200</sup> было вынесено решение по иску белорусского общества с ограниченной ответственностью, заключившего внешнеэкономический договор с российским обществом с ограниченной ответственностью, против налоговой инспекции, применившей к данному белорусскому юридическому лицу меры экономической ответственности в размере 4675591 руб. (приблизительно 2,5 тыс. долларов США) за то, что в контракте отсутствовало указание на цель приобретения товаров. По мнению истца, к правоотношениям сторон подлежат применению в силу приоритета норм международных договоров перед национальным законодательством положения Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. и Киевского соглашения об общих условиях поставок между организациями государств - участников Содружества Независимых Государств 1992 г., которые не были нарушены сторонами. Суд согласился с доводами ответчика (налоговой инспекции) о том, что к данному правоотношению подлежат применению не только положения вышеназванных международных договоров, но и императивные нормы Указа Президента Республики Беларусь № 117 2000 г. «О некоторых мерах по упорядочению торгово-посреднической деятельности при продаже товаров», в соответствии с п.1.1. которого при осуществлении торговой посреднической деятельности путем заключения договоров купли-продажи и мены в качестве существенного условия договора должна быть указана и цель приобретения товаров (для собственного производства и (или) потребления, вывоза из

---

<sup>199</sup> Электронная справочная правовая база «КонсультантПлюс».

<sup>200</sup> Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

Республики Беларусь, оптовой и (или) розничной торговли, переработки на давальческих условиях, поставки для государственных нужд или по установленным Советом Министров Республики Беларусь квотам). Истец настаивал на том, что в Указе говорится о посредниках, осуществляющих торговую посредническую деятельность на территории Республики Беларусь, а истец закупал товары в Российской Федерации, то есть не на территории Республики Беларусь.

Суд не согласился с доводами истца на том основании, что в подпункте 1.1 пункта 1 Указа предусмотрено, что посредник - юридическое или физическое лицо - резидент Республики Беларусь, осуществляющее торговую посредническую деятельность на территории Республики Беларусь. Торговая посредническая деятельность осуществляется путем заключения договоров купли-продажи (розничной купли-продажи, поставки, контрактации) и мены. Истец осуществляет торгово-посредническую деятельность на территории Республики Беларусь и налоги и сборы от этой деятельности уплачивает в бюджет Республики Беларусь. Таким образом, в соответствии с ч.1 ст. 1100 ГК, императивные нормы подлежат применению независимо от права, применимого в соответствии с коллизионными принципами гражданского законодательства и, поскольку п.1.1.Указа № 117 является императивной нормой, он должен применяться. На этом основании суд отказал истцу в иске.

По нашему мнению, решение суда следует признать достаточно обоснованным. Но в очередной раз отметим слишком жесткий формализм белорусского права, чрезмерное регулирование экономических отношений с помощью норм непосредственного применения. Кроме того, бросается в глаза запутанность законодательных формулировок, что приводит зачастую к несознательному нарушению императивных предписаний белорусскими субъектами хозяйствования.

Многие белорусские судебные и арбитражные решения основываются на таком нами проанализированном во второй главе источнике императивных норм как Указ Президента Республики Беларусь «О совершенствовании порядка проведения и контроля внешнеторговых операций» от 4 января 2000 г. № 7. Так, решение Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-

промышленной палате (БелТПП) от 23 мая 2005 г. № 449/24-04<sup>201</sup> по иску индивидуального предпринимателя (Беларусь) к обществу с ограниченной ответственностью (Российская Федерация) устанавливает, что ответчик не оплатил поставленный в РФ товар по договорам № 8 от 27 августа 2003 г. и № 9 от 22 сентября 2003 г. поскольку, по его мнению, не должен был производить оплату по данным договорам, так как истец имел перед ним задолженность по оплате представленного ответчиком товара по договорам N 3 и N 4 (от 25.03.2003 г. и 25.04.2003 г. соответственно). Поскольку на момент исполнения ответчиком своего обязательства по оплате товара у него якобы имелось встречное однородное требование к истцу по оплате товара по договорам N 3 и N 4, ответчик вправе был произвести прекращение своих обязательств путем зачета встречного однородного требования. При этом, согласно гражданскому законодательству Российской Федерации, для зачета достаточно заявления одной стороны, что и было осуществлено. Таким образом, ответчик считает, что он не имеет неисполненных обязательств перед истцом.

Суд не согласился с выводами ответчика по следующим основаниям. Согласно договоренности сторон, к отношениям, вытекающим из договоров N 8 и N 9, применяется законодательство Республики Беларусь. Договоры на поставку картофеля, заключенные между истцом - резидентом Республики Беларусь и ответчиком - резидентом Российской Федерации, являются внешнеэкономическими сделками. Как следствие этого, и императивные нормы белорусского законодательства, регулирующие внешнеэкономическую деятельность и отношения, вытекающие из внешнеэкономических договоров, в обязательном порядке должны учитываться судом при вынесении решения, т.к. согласно п. 1 статьи 1100 ГК Беларуси действие применимого к договору права не затрагивает императивных норм права Республики Беларусь, регулирующих соответствующие отношения; они применяются независимо от подлежащего применению права. Одним из основных нормативных актов Республики Беларусь, регулирующих внешнеэкономическую деятельность субъектов хозяйствования, является Указ Президента Республики Беларусь «О совершенствовании порядка проведения и контроля внешнеторговых операций» от 04.01.2000 г. N 7. Согласно

---

<sup>201</sup> Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

пункту 2.6 Указа, юридические лица и индивидуальные предприниматели обязаны обеспечить по внешнеэкономическим операциям поступление денежных средств от экспорта товаров (работ, услуг) не позднее 90 календарных дней с даты отгрузки товаров. Указ предусматривает и возможность неденежной формы прекращения обязательств, под которой понимается прекращение обязательств по внешнеторговому договору, не связанное с поступлением денежных средств на счета либо в кассу юридических лиц и индивидуальных предпринимателей (абзац 10 подпункта 2.16 пункта 2 Указа). Неденежная форма прекращения обязательств предусмотрена только для:

- 1) договоров поставки, по которым поставка товаров может осуществляться путем обмена на эквивалентное по стоимости количество других товаров, оформленных двусторонним внешнеторговым договором (за исключением договоров, по которым осуществляется уступка требования или перевод долга);
- 2) иных операций.

Однако в последнем случае резидент Республики Беларусь имеет право получить только сырье, материалы, комплектующие изделия, полуфабрикаты, оборудование и энергоносители, используемые для собственного производства, если иное не установлено Советом Министров Республики Беларусь.

Как следует из материалов дела, договоры не содержали каких-либо положений о прекращении обязательства ответчика по оплате представленного товара путем встречной поставки товара в эквивалентном по стоимости количестве. Сторонами не заключались и какие-либо дополнительные соглашения к договорам по этому поводу; кроме того истец не получил указанное выше имущество, которое он мог бы использовать (использовал) в своем собственном производстве.

На основании изложенного состав суда пришел к выводу, что заявление ответчика о прекращении обязательства по оплате товара путем зачета встречных однородных требований не имеет юридической силы и не повлекло прекращения обязательства, поскольку такая неденежная форма прекращения обязательств для внешнеэкономических контрактов не предусмотрена законодательством Республики Беларусь.

В силу этого суд констатирует, что оплата представленного товара по договорам N 8 и N 9 ответчиком не произведена, в результате чего ответчик имеет задолженность перед истцом.

Проанализировав данное арбитражное решение, можно констатировать, во-первых, что суд действовал в рамках белорусского законодательства о внешнеторговой деятельности. Ответчик должен был предъявить иск к истцу об оплате товара, ранее поставленного ответчиком истцу. Во-вторых, нам в очередной раз хочется отметить разницу между белорусским и российским законодательством, последнее из которых не запрещает осуществлять зачет встречных требований между контрагентами, т.е. предоставляет сторонам более широкое право свободы договорных отношений, в том числе и на международном уровне. Белорусские же подзаконные акты, преимущественно указы Президента, лишают контрагентов такого права и, в принципе, противоречат нормам правовых актов, имеющих более высокую силу. Так, в соответствии со статьей 309 «Встречное исполнение обязательства» Гражданского кодекса Республики Беларусь, «В случае непредоставления обязанной стороной обусловленного договором исполнения обязательства либо наличия обстоятельств, очевидно свидетельствующих о том, что такое исполнение не будет произведено в установленный срок, сторона, на которой лежит встречное исполнение, вправе приостановить исполнение своего обязательства либо отказаться от исполнения этого обязательства и потребовать возмещения убытков. Если встречное исполнение обязательства произведено несмотря на непредоставление другой стороной обусловленного договором исполнения своего обязательства, эта сторона обязана предоставить такое исполнение».

Тот факт, что белорусский законодатель запрещает зачет встречных однородных требований во время исполнения внешнеэкономических договоров, играет плохую роль в процессе внешнеторгового сотрудничества Республики Беларусь с другими государствами. Законодательству большинства государств не знаком запрет на осуществление зачета встречных договорных требований, что влечет серьезные потери для иностранных контрагентов. Рассмотренное выше решение арбитражного суда является далеко не единичным. К аналогичному выводу пришел Международный арбитражный суд при БелТПП в решении по делу



от 30 ноября 2004 г. № 416/57-03<sup>202</sup> по иску белорусского унитарного предприятия к компании Британских Виргинских островов. Суд постановил взыскать с ответчика 12 млн. долларов США основного долга и неустойки, сославшись на императивные нормы того же указа № 7 от 4 января 2000 г. о запрещении зачета встречных однородных требований. Кроме того, суд счел неоправданной ссылку ответчика на наличие форс-мажорных обстоятельств, поскольку в соответствии со статьей 79 Венской конвенции 1980 г. такое обстоятельство имеет место, когда от стороны нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет в момент заключения договора либо избежания или преодоления этого препятствия или его последствий. Ответчик предоставил документ Торгово-промышленной палаты Швейцарии о блокировании его счета в банке, однако это блокирование имело место в рамках заключенного между ответчиком и его банком договора о залоге принадлежащего ответчику имущества. Данный документ не был признан арбитражем доказательством, поскольку ни по форме, ни по содержанию не являлся сертификатом и не называл блокирование банковского счета ответчика форс-мажорным обстоятельством. Более того, блокирование счета банком было произведено после даты, в которую должен был быть оплачен товар.

Вопросы применения императивных норм законодательства вставали перед белорусскими судами и арбитражами и до вступления в силу нового Гражданского кодекса Республики Беларусь, несмотря на то, что прежний ГК вообще не содержал правового регулирования данного вопроса. Так, 24 июля 1998 г. Международный арбитражный суд при Белорусской торгово-промышленной палате вынес решение по иску ирландской фирмы к белорусскому совхозу о ненадлежащем исполнении обязательств по договору, сочетающему элементы договора уступки права требования и купли-продажи товаров<sup>203</sup>. В этом деле несколько раз суд обращался к определению правовой природы норм права, исследуя, являются ли они сверхимперативными или же нет.

В обязанности ответчика по данному договору входила поставка 17600 кг свинины. Ответчик же исполнил свою обязанность частично, т.е. отпустил истцу 4410 кг свинины. Не оспаривая изложенных выше фактов, он ссылаясь на то, что

---

<sup>202</sup> Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

<sup>203</sup> Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс. Решение № 134/12-98.

этот договор противоречит императивным нормам Указа Президента Республики Беларусь от 8 февраля 1995 г. N 52 и на то, что количество подлежащей поставке свинины должно быть уменьшено в связи с просрочкой кредитора и стремительным ростом цен на свинину. Ответчик утверждал, что заключенный сторонами договор является порочным и потому, что оплата продукции за покупателя произведена в белорусских рублях, что противоречит императивным нормам ч. 5 п. 1 Указа Президента Республики Беларусь от 8 февраля 1995 г. N 52 "Об установлении порядка регулирования экспортно-импортных операций и повышении ответственности за нарушение законодательства в области внешнеэкономической деятельности". Однако действующая редакция ч. 5 упомянутого пункта Указа N 52 введена в него только Указом от 14 января 1997 г. N 48. Действующая же на момент заключения и исполнения договора редакция не затрагивала действительность договора.

Что же касается права на повышение цены, то ответчик обосновывал его, в частности, ссылкой на письмо Министерства сельского хозяйства и продовольствия Республики Беларусь от 30.12.1996 г. N 03-4-1-5/160 "О закупочных ценах на сельскохозяйственную продукцию", в котором сказано: "В целях частичной компенсации затрат сельского хозяйства, связанных с непаритетом цен на промышленную и сельскохозяйственную продукцию, **рекомендуются** минимальные цены на... свинину, реализуемую государству...". Таким образом, в этом письме речь идет о ценах **не обязательных**, а всего лишь **рекомендательных**, которые к тому же относятся к товару, реализуемому государству, а не партнеру по внешнеэкономической сделке. Следовательно, по мнению суда, дело не в том, что ответчик якобы обязан подчиняться **императивным** нормам Министерства сельского хозяйства и продовольствия относительно минимальных цен. Дело в обнаружившейся после экономической невыгодности договорной цены на продукцию, изменении ситуации в период между заключением договора и его исполнением.

Но белорусское законодательство, как справедливо отметил суд в решении, исходит из известного со времен Древнего Рима принципа *pacta sunt servanda*. Ст. 194 ГК Республики Беларусь гласит: "Односторонний отказ от исполнения обязательства и одностороннее изменение условий договора не допускаются, за

исключением случаев, предусмотренных законом". Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 16 января 1995 г. N 1 "О практике разрешения споров, связанных с исполнением денежных обязательств" конкретизирует положения ст. 194 ГК РБ относительно цены: "Изменение цены договора (сделки) после его заключения допускается лишь в случаях и на условиях, предусмотренных договором и законодательством Республики Беларусь" (ч. 4 п. 3 названного Постановления).

Правда, ответчик утверждал, будто 11 декабря 1997 г. между сторонами была достигнута устная договоренность о том, что совхоз в погашение долга отпустит компании дополнительно 7234 кг свинины исходя из индексации суммы и изменении цены на мясо, а спорное количество будет предметом рассмотрения в суде. Но истец достижение такого соглашения отрицает. В силу п. 4.3 договора от 22 октября 1996 г. все изменения к этому договору "будут действительны при условии их совершения в письменном виде и при наличии подписей уполномоченных на то лиц". Обход этого положения исключается как императивным белорусским законодательством, так и Конвенцией ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Поэтому и этот довод ответчика был отвергнут судом. На этом основании суд, учитывая, что стороны допустили ошибки в расчетах, удовлетворил иск ирландской фирмы частично и взыскал с ответчика 6635,6 кг свинины.

Обратимся к рассмотрению исследуемого вопроса в рамках российской правоприменительной практики. Следует отметить, что российский суд более осторожно относится к применению сверхимперативных норм. Такой вывод нам позволяет сделать анализ постановления Федерального арбитражного суда Московского округа - кассационной инстанции по проверке законности и обоснованности решений (определений, постановлений) арбитражных судов, вступивших в законную силу от 26 сентября 2002 г. по делу № КГ-А40/6329-02<sup>204</sup>. В данном деле встал вопрос об отмене решения первой инстанции и передаче дела на новое рассмотрение. Заявитель жалобы Индосуэц Интернейшенл Файненс Б.В. настаивает на признании факта нарушения российского материального и процессуального права при вынесении решения о признании сделки, совершенной

---

<sup>204</sup> Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. – Приложение 2. – С. 140 – 144.

данным юридическим лицом с ОАО АБ «Инкомбанк», ничтожной на основании несоблюдения простой письменной формы. Дело в том, что суд первой инстанции в своем решении пришел к выводу, что оспариваемые контракты подписаны не президентом банка, который в соответствии с уставом банка является единоличным исполнительным органом, а иными лицами – работниками банка, не имевшими полномочий на заключение сделок от имени банка. Доверенности этим лицам подписал исполняющий обязанности президента банка, не имеющий доверенности на право совершения действий в качестве исполнительного органа банка. На этом основании суд счел, что простая письменная форма внешнеэкономической сделки не соблюдена, тем самым нарушены сверхимперативные нормы российского законодательства, а именно положения ст.ст 160 и 162 Гражданского кодекса РФ. Кассационная инстанция не согласилась с доводами суда первой инстанции. По его мнению, в данном случае нельзя вести речь о несоблюдении письменной формы внешнеэкономической сделки, поскольку документ был составлен именно в таком виде. Что же касается подписей неуполномоченных на то лиц, то здесь применимы положения ст 182, 183 ГК, которыми установлено, что при отсутствии полномочий действовать от имени другого лица или при превышении таких полномочий сделка считается заключенной от имени и в интересах заключившего ее лица, если только другое лицо (представляемый) впоследствии прямо не одобрит данную сделку. Как видно из данной нормы, подписание сделки лицом, не имеющим полномочий, не влечет ничтожности сделки. Более того, спорные сделки были одобрены Инкомбанком в форме признания расчетов по ним в другом деле и в форме передачи в суд заявления от 22 апреля 1999 г., в котором также признает обязательства по сделке. Федеральный арбитражный суд московского округа счел, что, неправомерно признавая оспариваемые сделки ничтожными в связи с несоблюдением императивных требований российского законодательства о соблюдении простой письменной формы внешнеэкономической сделки, суд первой инстанции, следовательно, не определил применимое право. При таких обстоятельствах, решение суда первой инстанции было отменено и дело было передано на новое рассмотрение.

По данному делу можно отметить недостаточный уровень профессионализма суда первой инстанции, который проявил излишнюю заинтересованность в благоприятном разрешении дела для истца - Международной финансовой корпорации Инвестментс (Кипрус) Лтд, которая являлась одним из кредиторов ОАО АБ «Инкомбанк». Очевидно, что вопросы соответствия формы документа и полномочий на его подписание – абсолютно разные вещи. И если первый из них входит в сферу норм непосредственного применения, то второй – нет. Первый регулируется правовыми нормами относительно формы сделки (статутом формы сделки), а второй – нормами о представительстве. В данном случае некорректно подменять один вопрос другим.

Таким образом, мы полностью согласны с доводами суда кассационной инстанции – в данном деле нет возможности обращаться к российским императивным нормам международного права в обход права, примененного к правоотношению (*lex causae*), которым по договору выступало право Великобритании.

Весьма близкие основания стали предметом спора, по которому Федеральным арбитражным судом Московского округа 24 сентября 2002 г. было вынесено решение по делу № КГ – А40/6347-02<sup>205</sup>. Та же компания Индосуэц Интернэшнл Файэнс Б.В. просит отменить решение Арбитражного суда г. Москвы от 24 июня 2002 г. по делу № А40-2710/02-21-11 о признании недействительным беспоставочного форвардного контракта от 22 октября 1997 г., заключенного между ОАО «АБ «Инкомбанк» и компанией Креди Агриколь Индосуэц, «поскольку данная сделка противоречит императивным требованиям ст. ст. 160, 161, 162 Гражданского кодекса Российской Федерации, предусматривающих порядок совершения внешнеэкономической сделки в простой письменной форме, в виде документа, выражающего его содержание и подписанного уполномоченными на то лицами». Суд первой инстанции счел, что «лицо, подписавшее оспариваемый контракт, не было на то уполномочено, в связи с чем простая письменная форма при заключении контракта не была соблюдена и в силу закона контракт является ничтожным».

---

<sup>205</sup> Кудашкин В.В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004. - Приложение 2. – С. 144 – 149.

Кассационная инстанция, на наш взгляд весьма справедливо, обратила внимание на следующие моменты. Во-первых, исковое заявление было подано не стороной по оспариваемому контракту, а Международной финансовой компанией Инвестментс (Кипрус) Лтд, которая, являясь кредитором ОАО «АБ «Инкомбанк», обосновывает свою заинтересованность качеством конкурсного кредитора в рамках процесса о банкротстве и полагает что его права конкурсного кредитора нарушаются включением в реестр требований кредиторов ОАО «АБ «Инкомбанк» требований компании Индосуэц Интернэшнл Файэнс Б.В., вытекающих из форвардного контракта от 22 октября 1997 г. Однако, по мнению суда, императивные нормы законодательства (а именно *lex fori*) о несостоятельности (банкротстве) однозначно устанавливают случаи, при которых конкурсные кредиторы вправе защищать свои права и законные интересы путем оспаривания сделок, совершенных должником. Кассационный суд не признал, что «вопрос о праве истца на заявленное им требование был исследован судом с учетом фактических обстоятельств дела и предписаний норм законодательства о банкротстве».

Во-вторых, Федеральный арбитражный суд Московского округа обратился к исследованию вопроса соответствия формы оспариваемого контракта требуемой императивным российским законодательством форме внешнеэкономических сделок. «Применяя при разрешении вопроса о наличии оспариваемой сделки недействительной российское законодательство, первая инстанция сослалась на часть 1 статьи 165 Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик, действовавших на момент принятия решения, в соответствии с которой форма внешнеэкономических сделок, совершаемых российскими юридическими лицами и гражданами, независимо от места совершения этих сделок определяется российским законодательством.

Однако при этом суд не учел, что содержание таких сделок и условия соответствия их формы простой письменной форме, предусмотренной российским законодательством, определяются в силу статьи 166 Основ по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки ими в силу последующего их соглашения.

В этой связи вопрос о необходимости применения при разрешении настоящего спора английского права суд не рассмотрел (обратное из содержания обжалуемого решения не следует), вопрос о том, является ли отсутствие документально подтвержденных полномочий у лица, подписавшего сделку, безусловным основанием считать простую письменную форму несовершенной, судом с учетом положений английского законодательства не исследовался...

Учитывая изложенное, кассационная инстанция не может признать, что обжалуемое решение основано на полном и всестороннем исследовании существенных для дела обстоятельств, что выводы, изложенные в нем, являются достаточно обоснованными и соответствуют нормам материального права, подлежащим применению при разрешении настоящего спора, что нормы процессуального и материального законодательства были правильно применены судом первой инстанции». Обжалованный судебный акт был отменен с передачей дела на новое рассмотрение в первую инстанцию того же арбитражного суда.

Рассмотренное судебное дело представляет для нас интерес по следующим основаниям. Во-первых, на наш взгляд, данное судебное решение отличается высокой степенью обоснованности и профессионализма. Каждый вывод решения аргументируется точной формулировкой законодательства. Во-вторых, приведенное российское судебное решение выгодно отличается от белорусского судебного решения, рассмотренного нами выше, в разделе о публичном порядке, которым нормы о банкротстве субъекта хозяйствования в схожих обстоятельствах были отнесены без каких-либо мотивировок к категории норм публичного порядка. Российский же арбитражный суд, по нашему мнению, более правильно определил правовую природу таких норм, называя их императивными нормами, а более точно сверхимперативными, или нормами непосредственного применения. Отнесение норм об экономической несостоятельности (банкротстве) юридических лиц к категории сверхимперативных норм определяется тем фактом, что они (нормы) не затрагивают концептуальных, основополагающих принципов белорусского права, конституционных прав и свобод граждан, безопасности и обороноспособности Республики Беларусь, а также основных принципов международного права и именно данным обстоятельством отличаются от норм публичного порядка. Сверхимперативные нормы направлены на достижение целей и результатов более

конкретного, оперативного уровня значимости для соответствующего государства, имеют иную схему действия по сравнению с оговоркой о публичном порядке. Нормы непосредственного применения представляют собой самостоятельный механизм международного частного права.

В данной связи отчетливо видна несостоятельность одного из критических замечаний в адрес теории норм непосредственного применения, которое заключается в том, что «положения законов о приоритете императивных норм *lex fori* вообще излишни, т.к., во-первых, защита основополагающих принципов страны суда может быть достигнута при помощи оговорки о публичном порядке и, во-вторых, столкнувшись с нормой, требующей приоритетного применения, суд вынужден в любом случае подчиниться воле законодателя независимо от существования общего положения о возможном приоритете особой группы норм»<sup>206</sup>. Достаточно обоснованным представляется тезис критики теории императивных норм международного права о том, что данные положения еще в большей степени ставят исход дела в зависимость от того, в суд какого государства предъявлено исковое заявление. Однако следует заметить, что зависимость исхода дела от конкретной юрисдикции неустранима вообще по причине различий как в коллизионном, так и материальном правовом регулировании одних и тех же вопросов в различных правовых системах.

Критика применения сверхимперативных норм страны суда звучала с самого момента первого закрепления их в текстах международных конвенций. Так, М. Пелише в докладе на Чрезвычайной сессии Гаагской конференции по международному частному праву, посвященной проекту конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, высказывал сомнение относительно правильности установления априорного приоритета императивного законодательства страны суда по отношению к императивным нормам применимого права: «Трудно понять, почему судья обязан применить императивные нормы своего права, если оно не является правом, применимым к самому договору»<sup>207</sup>. В конечном итоге, как мы уже говорили, вопрос о

---

<sup>206</sup> Diamond A.L. Harmonization of Private International Law. – P. 292. – Цитир. по Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 73.

<sup>207</sup> Pelichet M. Report on the law applicable to international sales of goods (Revision of the Convention of June 15, 1955 on the law applicable to international sales of goods). – Proceedings of the Extraordinary Session. – P. 85.



применении сверхимперативных норм не нашел отражения в тексте Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже 1955 г. По мнению А. Филиппа, положения международных конвенций в области международного частного права, предусматривающие приоритетное применение императивных норм *lex fori*, приводят к снижению унифицирующего эффекта соответствующих международных соглашений ввиду увеличивающейся возможности для каждого государства-участника обеспечивать применение своего права через введение новых сверхимперативных предписаний<sup>208</sup>.

Как мы уже обращали внимание, при применении теории императивных норм вопрос определения правовой природы норм, то есть отнесения норм к категории сверхимперативных весьма затруднителен для суда, поскольку не существует, во-первых, четких критериев отнесения норм к категории норм непосредственного применения, а во-вторых, отсутствует исчерпывающий перечень сверхимперативных норм или вопросов, регулируемых такими нормами. Решение вопроса отнесения норм к императивным всецело отдается на усмотрение суда. Именно по этой причине белорусский суд столкнулся с проблемой отнесения норм о банкротстве к категории сверхимперативных норм или норм публичного порядка. Даже мнение доктрины по этому вопросу существенно отличается. Некоторые авторы относят сюда:

- 1) нормы, защищающие экономический и социальный строй (нормы о функционировании рынка, о свободе международной торговли, о свободе конкуренции);
- 2) нормы о защите собственных граждан (нормы об ограничении ответственности своих граждан);
- 3) нормы, направленные на предотвращение причинения вреда (нормы об обязательном страховании автомобиля, работников);
- 4) нормы в сфере национальной безопасности и государственного интереса (нормы, касающиеся ответственности

---

<sup>208</sup> Philip A. Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law. – Festschrift K. Lipstein. Karlsruhe.- P. 245.

военнослужащих – членов военных контингентов в иностранных государствах)<sup>209</sup>.

Напомним, что белорусская и российская доктрина настаивает на отнесении пунктов 1 и 4 данного списка к категории норм публичного порядка.

Другие авторы сокращают данный список до двух позиций:

- 1) нормы, направленные на защиту интересов слабой стороны договора;
- 2) нормы, обеспечивающие социальные, экономические и политические интересы соответствующего государства<sup>210</sup>.

Некоторые авторы выделяют дополнительные основания для отнесения норм к категории норм непосредственного применения:

- 1) нормы, направленные на обеспечение экономических и политических целей;
- 2) нормы, обеспечивающие системность социально-экономической организации общества;
- 3) нормы, направленные на защиту индивидуума;
- 4) нормы, предписывающие определенное поведение лицам, осуществляющим деятельность, связанную со сферой деятельности государственных органов или требующую санкции государства;
- 5) нормы, регулирующие сделки, связанные с недвижимостью<sup>211</sup>.

Существование такого разнообразия классификаций норм непосредственного применения, естественно, не способствует выработке единообразного подхода правоприменительной практики и не решает проблемы неопределенности в данной области.

Отстаивая целесообразность существования такого правового института как «императивные нормы» необходимо остановиться и на рассмотрении вопроса соотношения данной концепции с концепцией «обхода закона», которая, возникнув

---

<sup>209</sup> Такое мнение высказывает, в частности, такой исследователь императивных норм как Донген Ксу. – Цит по Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004. – 357-358.

<sup>210</sup> Hartley T.C. Beyond the Proper Law. – P. 238.

<sup>211</sup> Такую классификацию предлагает Вишер. – Цит. по Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 70.

во французском праве, нашла закрепление во многих национальных законодательных актах, в том числе и Гражданском кодексе Республики Беларусь 1998 г. Статья 1097 ГК «Последствия обхода законодательства» устанавливает: «Недействительны соглашения и иные действия участников отношений, регулируемых гражданским законодательством, направленные на то, чтобы в обход правил настоящего раздела о подлежащем применению праве подчинить соответствующие отношения иному праву. В этом случае применяется право соответствующего государства, подлежащее применению в соответствии с настоящим разделом».

Данный принцип подвергается критике в доктрине по причине его противоречивости, а также трудности применения его на практике. В первую очередь, такой подход становится в противоречие с основным принципом международного частного права, особенно в договорных отношениях, принципом автономии воли сторон. При расширительном толковании концепции обхода закона практически любое соглашение сторон о выборе права может рассматриваться как направленное на обход закона. Однако ситуация обхода закона предполагает присутствие в намерениях сторон элемента недобросовестности (хотя, как мы видим, в формулировке белорусской статьи такой элемент отсутствует). Как же определяет суд, действовала сторона добросовестно или нет. По общему правилу, стороны правоотношения могут изменить действие диспозитивных норм, а также, как мы уже говорили, императивных норм гражданского права. Будет рассматриваться как неправомерный только обход норм непосредственного применения или сверхимперативных норм. На основании всего вышеизложенного, существование специального правового института «обход закона» представляется нам излишним, поскольку вопросы, регулируемые данной концепцией, полностью входят в сферу регулирования теории сверхимперативных норм.

Надо заметить, что концепция обхода закона в последнее время подвергалась значительной критике в российской доктрине. «С позиций же сегодняшнего дня подобные представления (*признание недействительными правоотношений по обходу закона* – дополнение наше) существенно поколеблены. Прежде всего, само понятие «искусственная привязка к иностранному

правопорядку» требует уточнения»<sup>212</sup>. В частности, долгое время типичным примером обхода закона считалась регистрация юридического лица в какой-либо оффшорной юрисдикции. В настоящее время такая ситуация называется в литературе «легальной минимизацией налогов» или «налоговым планированием», т.е. не представляет собой обхода закона. Вероятно, именно по этой причине в третьей части Гражданского кодекса РФ, в отличие от белорусского законодательства, отсутствует статья об обходе закона.

В белорусской правоприменительной практике на сегодняшний момент отсутствуют прецеденты применения статьи об обходе закона. Возможно, это объясняется большим количеством сверхимперативных норм в белорусском праве. В частности, ситуация обхода закона в сфере деятельности оффшорных компаний предупреждается белорусским законодателем установлением норм непосредственного действия об оффшорном сборе и предоставлении банками информации о некоторых валютных операциях. Так, Указ Президента Республики Беларусь от 12 марта 2003 г. № 104 «Об оффшорном сборе»<sup>213</sup> устанавливает обязанность для белорусских резидентов, заключающих сделки с юридическими лицами, зарегистрированными в оффшорных зонах, уплачивать специальный оффшорный сбор по ставке 15 % до момента перечисления средств на счет контрагента. Постановление правления Национального банка Республики Беларусь от 18 апреля 2002 г. № 75 «Об утверждении инструкции по предоставлению банками информации о некоторых валютных операциях»<sup>214</sup> устанавливает Перечень государств (территорий), в которых действует льготный налоговый режим и (или) не предусматривается раскрытие и предоставление информации о финансовых операциях (оффшорные зоны). Этот перечень насчитывает свыше 50 позиций, среди которых такие государства как Монако, Лихтенштейн, Республика Черногория, Андорра, Шри-Ланка, Республика Фиджи, некоторые штаты США и другие. Данный нормативный акт не принимает во внимание тот факт, что, во-первых, в последнее время под давлением различных международных организаций (ОЭСР, ЕС, FATF) законодательство многих территорий, входящих в данный перечень, например, Бермудских островов, Гибралтара, изменилось в сторону

---

<sup>212</sup> Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том1. Общая часть: Учебник. – М.: Издательство БЕК, 2000. – С.239.

<sup>213</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 19.03.2003. - № 32. – 1/4445.

<sup>214</sup> Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 18.05.2002. - №53-54. – 8/8063.

большей прозрачности и открытости, соответственно, эти страны не могут рассматриваться сейчас как оффшорные зоны в чистом виде. Во-вторых, некоторые крупные западные компании, не слишком заинтересованные в белорусских контрагентах, предпочитают заключать с ними сделки посредством филиалов и представительств, находящихся на территории стран, входящих в этот Перечень. В этой ситуации белорусский законодатель наказывает добросовестную белорусскую сторону, которая заключила сделку со стороной, по своей сути не являющейся оффшорной компанией, т.к. основным признак оффшорной компании – это осуществление хозяйственной деятельности за пределами оффшорной юрисдикции, в противном случае компания рассматривается как «оншорная» и подлежит налогообложению на общих основаниях..

Весьма интересно вопрос о правовой природе императивных норм применимого права и, одновременно, страны суда встал при рассмотрении дела № 16/2003. При разрешении спора между югославской фирмой и российской организацией (решение от 13 мая 2004 года<sup>215</sup>) возник вопрос о правомерности требования подрядчика о возврате ему гарантийной скидки, предоставленной заказчику, по окончании гарантийного срока, предусмотренного договором, учитывая, что никаких претензий по качеству заказчик к подрядчику в пределах гарантийного срока не предъявлял и сторонами был подписан акт об окончательной приемке работ по истечении гарантийного периода эксплуатации объекта. Применимым правом избрано российское право. Заказчиком оспаривалась обоснованность требований подрядчика по мотиву, что Гражданским кодексом РФ (ст. 756) в императивной форме установлен пятилетний предельный срок обнаружения недостатков и, соответственно, годичный гарантийный срок, предусмотренный контрактом, недействителен в силу закона. С этими соображениями заказчика обоснованно не согласился состав арбитража. Закон (п. 1 ст. 755 ГК РФ) прямо исходит из того, что продолжительность срока гарантии определяется договором сторон, и запрещает предусматривать в договоре более короткие сроки гарантии только для случаев, когда сроки установлены законом. Между тем заказчик не представил доказательств того, что гарантийный срок в отношении объекта, который являлся предметом договора, установлен законом.

---

<sup>215</sup> Розенберг М. Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ // Хозяйство и право. - 2004. - № 3.

Соответственно, необоснованной представляется ссылка ответчика на наличие сверхимперативной нормы российского права о минимальных сроках гарантии. Такой нормы нет. Норма же, которая подлежит применению в данном случае представляет собой сугубо диспозитивную норму, т.е. применимую только при отсутствии соглашения сторон об обратном: «**Подрядчик, если иное не предусмотрено договором** строительного подряда, гарантирует достижение объектом строительства указанных в технической документации показателей и возможность эксплуатации объекта в соответствии с договором строительного подряда на протяжении гарантийного срока. Установленный законом гарантийный срок может быть увеличен соглашением сторон» (ч.1 ст. 755 ГК РФ). На момент вынесения решения императивных норм, предусматривающих специальные гарантийные сроки для договоров строительного подряда, не существовало, поэтому этот довод ответчика был отвергнут судом.

### **3.2. Применение императивных норм права, применимого к отношениям сторон (*lex causae*)**

По общему правилу, подчинение правоотношения определенному правопорядку как в результате отсылки коллизионной нормы, так и в следствие реализации механизма автономии воли сторон влечет за собой применение к данному правоотношению всего правопорядка в целом: как его диспозитивных норм, так и императивных норм гражданского права и императивных норм международного права. Однако это общее правило нуждается в некотором уточнении.

Во-первых, один факт наличия в правовой системе императивной нормы не влечет за собой автоматического ее применения. Подлежат применению лишь те нормы применимого права, которые направлены на подчинение себе соответствующего аспекта правоотношения. Примером данного тезиса может выступить решение Верховного суда Нидерландов по делу *Juan Sanchez Martinez (Amsterdam) v. Iberia Lineas de España SA (Madrid)*. Хуан Санчес Мартинес, гражданин Испании, работавший на испанской фирме в Голландии, будучи уволенным с работы, пытался оспорить увольнение по причине невыполнения

работодателем требований Специального Декрета по трудовым отношениям 1945 г. (*Buitengewoon Besluit Arbeidsverhoudingen*). Согласно статьям 6 и 9 данного законодательного акта, увольнение работника, производимое без его согласия и затрагивающее голландский рынок труда, может быть осуществлено только при наличии разрешения специального голландского регионального учреждения по трудовым отношениям. Нормы данного Декрета, без сомнения, представляют собой нормы непосредственного применения. В рассматриваемом споре испанская компания за получением такого разрешения не обратилась. Первая инстанция, Окружной суд города Амстердама, иск работника отклонил на том основании, что правом, применимым к трудовому договору, было право Испании, а голландские социально-экономические отношения не были затронуты в той степени, насколько бы это оправдало применение судом соответствующих положений Декрета как сверхимперативных норм закона суда.

Истец оспорил решение окружного суда в вышестоящей инстанции, Верховном суде Нидерландов, предоставив следующие аргументы:

- 1) договор должен подчиняться не испанскому, а голландскому праву, так как истец отказался от предыдущего соглашения о выборе применимого права;
- 2) даже в случае применения к договору испанского права не может быть устранена защита, предоставляемая работнику нормами непосредственного применения объективно применимого права, то есть голландского права;
- 3) необходимость применения положений Декрета бесспорна, так как он предоставляет более высокую степень защиты работнику, а также поскольку трудовой договор затрагивает голландский рынок труда.

Однако Верховный суд Нидерландов также не удовлетворил иск и, поддерживая решение нижестоящей судебной инстанции, отметил, что «вопрос о том, является ли право Голландии или Испании применимым не имеет существенного значения для определения действия голландского декрета. Даже если применимым правом являлось бы право Голландии, это не означало бы автоматического применения голландской нормы непосредственного применения,

так как ее применение зависит не от того, является ли голландское право компетентным в правоотношении, а от того, каково указание самой нормы о ее пространственной и/или персональной сфере применения»<sup>216</sup>. По мнению суда к рассматриваемому им правоотношению положения указанного декрета не применимы.

Второе ограничение применения сверхимперативных норм права, применимого в силу автономии воли сторон, подвергается критике некоторыми коллизионистами в ситуации определения материальной действительности правоотношения. «Было бы несправедливым признавать недействительным договор или его отдельное положение вследствие применения императивной нормы правовой системы, избранной самими сторонами, так как такой результат едва ли мог входить в их намерения... Если отсутствуют особые причины признания такого правоотношения недействительным посредством применения императивной нормы компетентного правопорядка, избранного сторонами, последний должен подлежать применению лишь в части его диспозитивных положений»<sup>217</sup>. Такой подход отражает только мнение доктрины, правоприменительная же практика, как мы демонстрировали выше, не различает ситуаций, когда применимое право выбрано сторонами или посредством коллизионных норм страны суда.

Третье существенное ограничение применения сверхимперативных норм права, применимого к правоотношению, связано с характером данных норм. Так, как уже отмечалось выше, существенная часть норм непосредственного применения представляет собой нормы публичного права. В странах романо-германской системы права за такими нормами традиционно закреплялась территориальная сфера действия. Например, в решении Окружного суда Гааги по делу *Indonesian Corporation P.T Escomptobank v. N.V. Assurantie Maatschappij de Nederlanden van 1845* судьи констатировали: «Законодательство публично-правового характера, например, законы, регулирующие операции по обмену валюты, имеет, в соответствии с устоявшимся принципом, строго территориальную

---

<sup>216</sup> Juan Sanchez Martinez (Amsterdam) v. Iberia Lineas de España SA (Madrid) HR 18 January 1991// Netherlands International Private Law Review. – 1991. – 121.

<sup>217</sup> Jaffey A.J. Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 23. – January 1974. – Part 1. – P. 3-8.



сферу действия»<sup>218</sup>. Аналогичный вывод делает и Верховный суд Федеративной Республики Германия, отказываясь применить нормы бывшей советской оккупационной зоны Германии, запрещавшей перевод долга, к сделке между жителями данной оккупационной зоны по причине того, что данная норма имеет публично-правовой характер<sup>219</sup>.

Страны англосаксонской системы права, не имея деления на публичное и частное как таковые, закрепляет в правоприменительной практике принцип неприменимости иностранного уголовного и налогового законодательства.

Данный подход объясняется исторически закрепленным принципом государственного суверенитета, согласно которому ни один суверен не может позволить осуществление власти другого государства в пределах юрисдикции первого. Но применение публично-правовых норм иностранного законодательства, направленных на осуществление регулятивных функций этого другого государства, может быть оценено именно как проявление иностранной государственной власти на его территории, соответственно, как нарушение суверенитета. На этом основании отсылка коллизионной нормы к иностранному законодательству, по общему правилу, должна рассматриваться как отсылка только к частноправовым нормам данного государства. С другой стороны, правоотношения, подпадающие под сферу регулирования публичным правом не могут *a priori* иметь возможность применения иностранной правовой системы, то есть коллизионный вопрос в такой ситуации не ставится вообще.

Такое решение вопроса нашло отражение в многочисленной судебной практике и рассматривается и сейчас господствующей доктриной как классический вариант разграничения публично-правовой и частно-правовой сфер.

Однако с середины 20 века такое понимание четких границ между публичной и частной сферами перестает быть однозначным. Причин тому несколько: усиливающееся вмешательство государства в частно-правовую сферу, появление правовых норм смешанного характера (так называемого *semi-public law*), трудности проведения четких границ между частным и публичным правом.

---

<sup>218</sup> Indonesian Corporation P.T Escomptobank v. N.V. Assurantie Maatschappij de Nederlanden van 1845 // Netherlands International Private Law Review. – 1966. – P. 58.

<sup>219</sup> Vischer F. General Course on Private International Law. – P. 167.

Для преодоления проблемы строго территориального характера публично-правовых норм был предложен метод рассмотрения иностранных императивных публично-правовых норм не как нормы применимого права, а как фактические обстоятельства, подлежащие оценке в соответствии с применимым правом, как нормы, учитываемые иностранным судом. В большей степени такой подход закрепился в немецкой и голландской правоприменительной практике. В частности, имеется судебная практика этих государств о признании недействительными договоров вследствие применения иностранной публично-правовой нормы непосредственного применения<sup>220</sup>. Имеется определенная судебная практика и в Великобритании. В частности, лорд Деннинг в решении по делу *Regazzoni v. Sethia* высказался следующим образом: «Нет сомнений в том, что суды этой страны не применяют нормы налогового и уголовного права иностранного государства... Суды этой страны не собирают налогов за другое государство и не применяют соответствующих санкций... Но мы должны принимать во внимание законы дружественной страны, даже если это нормы налогового, уголовного или политического законодательства, хотя бы в тех случаях, когда два лица умышленно договариваются нарушить законы дружественной страны самостоятельно или при посредстве другого лица. В таком случае данные лица не должны иметь возможности обращаться в настоящий суд с просьбой принудительно исполнить их соглашение»<sup>221</sup>.

Судебная практика многих западных государств свидетельствует о признании за некоторыми императивными публично-правовыми нормами права быть применимыми иностранными судами. Например, в Англии, в решении по делу *Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and Others (Sotheby included)*<sup>222</sup> суд применил к сделке о продаже антиквариата публично-правовую норму Новой Зеландии как составную часть права, применимого к договору.

В дальнейшем новые взгляды на проблему применения публично-правовых норм иностранного права стали предметом дискуссий в рамках международных организаций. Принцип уважения государственного суверенитета в настоящее время уступает дорогу принципу сотрудничества и добрососедских отношений

---

<sup>220</sup> Vischer F. *General Course on Private International Law*. – P. 167, 170-172..

<sup>221</sup> 2 All England Law Reports. – 1956. – 487, 490.

<sup>222</sup> Queen's Bench Reports. – 1982. – 349.

между государствами. Так, например, в 1975 г. в Вейсбадене Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) была принята Резолюция, затрагивающая данную проблему. Согласно данному документу, публично-правовой характер нормы иностранного права, к которому отсылает коллизийная норма, не должен являться основанием для отказа от применения данной нормы<sup>223</sup>. Другой международной организацией, обратившейся к данной проблематике, является Ассоциация международного права, которая в 1988 году в Варшаве приняла на 63-й Конференции резолюцию по данному вопросу. В соответствии со статьей 1 резолюции, «в современном международном частном праве должна существовать общая презумпция отказа от особого отношения к иностранным публичным нормам при решении вопроса об их признании и принудительном исполнении»<sup>224</sup>.

К концу 20 века теоретические подходы к роли императивных норм публично-правового характера нашли свое воплощение в национальной законодательной практике многих государств. Так, в статье 13 Закона о международном частном праве Швейцарии от 18 декабря 1987 года утверждается: «Когда настоящий Закон содержит отсылку к иностранной правовой системе, данная отсылка включает в себя все положения, применимые к делу, в соответствии с этой правовой системой. Иностранной норме не может быть отказано в применении лишь по причине ее отнесения к публичному порядку».

Доказательством либерализации законодательства постсоветских государств было закрепление указанной выше мировой тенденции в Модельном Гражданском кодексе стран Содружества Независимых Государств, принятом на VII пленарном заседании Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ 17 февраля 1996 года. В соответствии с частью 4 статьи 1194 Модельного кодекса, «Применение нормы иностранного права не может быть ограничено лишь на том основании, что данная норма имеет публично-правовой характер»<sup>225</sup>. К сожалению, данный позитивный момент не был воспринят в национальном законодательстве

---

<sup>223</sup> AnnIDI. – Vol. 56-II. – P. 550.

<sup>224</sup> Report of the Sixty-Third Conference/ The International Law Association. – Warsaw. – August 21<sup>st</sup> – 27<sup>th</sup>, 1988. – London, 1988. – P. 29.

<sup>225</sup> Приложение к Информационному бюллетеню Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ. – 1996. - № 10. – С. 4-84.

государств – участников СНГ. Современные Гражданские кодексы Республики Беларусь и Российской Федерации не содержат аналогичной нормы.

Однако, справедливости ради, следует заметить, что и в настоящее время существуют некоторые ограничения применения иностранных императивных норм публично-правового характера. В частности, действие такой нормы будет ограничено в случае ее противоречия публичному порядку государства, суд которого рассматривает спор или решает вопрос о признании иностранного судебного решения. Другим сохранившимся ограничением действия иностранной публично-правовой нормы является, как уже было указано выше, несоответствие сферы применения такой нормы рассматриваемому правоотношению. Кроме того, нормы таких сфер публичного права как уголовное, налоговое, таможенное право не обладают экстерриториальным действием. Так, в своем решении от 1 декабря 1987 г. по делу № 484 (338-484-1) Арбитражный суд по рассмотрению споров между Ираном и США отметил, ссылаясь на свою прежнюю практику: «Законодательство в области социального обеспечения является проявлением *jus imperii*. Данные нормы, равно как и нормы налогового права,... в соответствии с международным публичным правом не могут получить экстерриториального применения. Государство может изменить данное правило, заключив международное соглашение, которое должно быть ясным и прямовыраженным»<sup>226</sup>. Таким образом, государство может применить императивные публично-правовые нормы иностранного государства при наличии международных соглашений.

Белорусская арбитражная практика свидетельствует о достаточно лояльном отношении к иностранным императивным нормам даже в таких сферах как таможенное право. Так, в решении Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 29 октября 2001 г. № 240/05-00, о котором речь пойдет в следующем разделе данной главы, состав арбитров, применяя императивные нормы российского права, а именно, Таможенного кодекса Российской Федерации, не ставит под сомнение необходимость применения иностранных императивных норм публично-правового характера в таможенной сфере и не задается вопросом наличия российско-белорусских международных договоров в данной сфере (при том, что такие договоры имеют

---

<sup>226</sup> Yearbook Commercial Arbitration. – 1989. – P. 429.

место, например, Соглашение о Таможенном Союзе от 20 января 1995 г.<sup>227</sup>, Соглашение от 8 октября 1999 г. о порядке таможенного оформления и таможенного контроля товаров, перемещаемых между государствами – участниками Соглашения о создании зоны свободной торговли<sup>228</sup> и др.).

Общим выводом из всего вышеизложенного может быть констатация современной тенденции закрепления за императивными нормами иностранного государства права на применение судами другого государства не в зависимости от их характера (публично-правовые или частноправовые), а в зависимости от цели данной нормы, ее персонально-территориальной сферы применения и степени значимости для издавшего ее государства.

В белорусской и российской правоприменительной практике отсутствуют примеры применения императивных норм другого государства, право которого подлежало бы применению в соответствии с национальными коллизионными нормами. Как правило, суды ссылаются на императивные нормы объективно применимого права только в том случае, если имеет место подразумеваемый выбор права сторонами и когда такое решение приводит к применению права страны суда.

Вопрос о применении сверхимперативных норм страны суда и применимого права решается в постановлении Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 25 мая 2004 года N 63/2003<sup>229</sup>. Иск был предъявлен американской фирмой к двум российским организациям на основании заключенного 14 июня 2000 г. с одной из них (соответчик) бартерного контракта, предусматривавшего строительство "под ключ" объекта с оплатой стоимости выполненных работ путем поставки товаров, производимых другой организацией (ответчик), для которой строился указанный объект. Истец требовал уплаты договорного штрафа за задержку отгрузки товаров, подлежащих поставке в компенсацию за выполненные истцом работы.

В контракте отсутствовал выбор сторонами применимого права. Поскольку обе стороны обосновывали свои требования нормами российского права, не возражали в судебном заседании против его использования в качестве

---

<sup>227</sup> Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. - № 17. – Ст. 201.

<sup>228</sup> Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 2000. - № 21 – 22. – Ст. 261.

<sup>229</sup> Электронная правовая база «КонсультантПлюс». – Документ № 681 (информационная база «Судебная практика»).

применимого права, а также в соответствии с коллизионными нормами Основ гражданского законодательства СССР и республик 1991 г., действовавшими в момент заключения договора, судом было названо в качестве применимого именно российское право. Таким образом, суд счел необходимым применить сверхимперативные нормы права, применимого к отношениям сторон на основании как подразумеваемого выбора права, так и объективно применимого права в соответствии с коллизионными нормами.

В этом постановлении суд называет цели норм непосредственного применения, определяя, что внешнеэкономическая деятельность является одной из сфер, в которой публичный интерес наиболее весом, в силу чего государство установило в отношении нее специальное (императивное) регулирование. Указом Президента РФ "О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок" от 18 августа 1996 г. N 1209<sup>230</sup> установлена определенная регламентация совершения таких сделок.

Согласно продолжающим действовать положениям Указа, на российское лицо, заключившее бартерную сделку или от имени которого она заключена, возлагается целый ряд обязанностей, предусмотренных императивными правовыми нормативными актами России в области валютного и таможенного контроля. Поэтому на такое лицо в обязательном порядке оформляется паспорт бартерной сделки, и оно как российская сторона сделки становится ответственным за соблюдение установленных предписаний (п. 3 Указа).

В Указе сказано, что осуществление поставок на экспорт возможно только после оформления паспорта бартерной сделки, а таможенная обработка товаров осуществляется при условии его представления в таможенные органы (п. 5 Указа).

К заявлению ответчика приложен паспорт бартерной сделки, оформленный Министерством торговли РФ 28 июня 2000 г.

Бесспорным является тот факт, что как истец, так и ответчик знали о существовании специального императивного государственного регулирования в данной сфере внешнеторговых отношений, что подтверждено также заявлениями их представителей в ходе заседания, согласно которым причиной привлечения к сделке соответчика было наличие у него права экспорта товаров, предусмотренных

---

<sup>230</sup> Собрание законодательства РФ. – 26.08.1996. - № 35. – Ст. 4141.

контрактом, и отсутствие такого права у ответчика. С учетом установленного правового режима для бартерных сделок все три участника спорных отношений осознанно выстроили схему своей сделки и определили статус каждого субъекта.

Таким образом, исходя из императивных норм, установленных Указом Президента РФ, следует, что коль скоро паспорт бартерной сделки оформлен не на ответчика (что в принципе также было возможно согласно норме Указа, если бы контракт квалифицировался как заключенный от его имени), а на соответчика, то именно он является стороной контракта, то есть лицом, заключившим его от своего имени и ответственным за реализацию контракта с соблюдением указанного режима.

Арбитражная оговорка содержалась именно в контракте, заключенном между истцом и соответчиком. Истец не представил никаких доказательств, подтверждающих заключение между ним и ответчиком арбитражного соглашения. Не представлено им и доказательств того, что в каком-либо документе, подписанном ответчиком, он давал согласие на распространение на себя арбитражной оговорки, содержащейся в контракте.

На этом основании, арбитражный суд пришел к выводу об отсутствии у себя компетенции рассматривать спор истца к ответчику.

При исследовании проблемы применения законодательства государства в соответствии с коллизионными принципами или автономией воли сторон следует остановиться на вопросе – в какой степени стороны своим выбором могут устранить действие императивных норм объективно применимого права. В мировой практике сложилось три основных подхода. Согласно субъективистскому подходу, сложившемуся в 19 – начале 20 в.в. во Франции и Германии, автономия воли сторон является неограниченной. При отсутствии соглашения сторон о применимом праве суд должен определить подразумеваемую волю сторон.

В соответствии с объективистским подходом, доминирующем в странах англо-саксонской системы, выбор сторонами применимого права не является неограниченным, а должен отвечать некоторым требованиям:

- 1) право, избранное сторонами, должно иметь определенную связь правоотношением;
- 2) право, избранное сторонами, не должно противоречить императивным

нормам («фундаментальным целям») объективно применимого права.

Так, например, согласно статье 1-105 Единообразного Торгового кодекса США стороны правомочны подчинить их отношения избранному ими правопорядку только при наличии разумной связи между сделкой и соответствующим государством<sup>231</sup>. Часть 1 статьи 187 Второго Свода коллизионного права США 1971 г. кроме аналогичного требования предусматривает, что в определенных ситуациях выбор права будет признан действительным лишь в случае, когда применение этого права не будет противоречить фундаментальной цели страны, имеющей существенно больший интерес в разрешении конкретного вопроса, чем страна, право которой избрано сторонами, и являющейся страной применимого права при отсутствии действительного соглашения сторон о выборе компетентного правопорядка<sup>232</sup>.

Третий подход – дуалистический представляет собой промежуточное звено между рассмотренными нами выше концепциями. Автономия воли не имеет абсолютного значения, но при этом не требуется наличия связи между правоотношением и избранным правом. Данный подход является главенствующим в современном международном частном праве. Это объясняется введением норм об ограничении свободы выбора применимого права в отношении договоров с «слабой стороной» (например, потребительские и трудовые контракты) в текст Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, а также в тексты многих национальных законодательных актов о международном частном праве (например, Швейцарии, Германии). Аналогичной позиции придерживается и Республика Беларусь, статья 1124 Гражданского кодекса которой предусматривает неограниченную волю сторон в определении права применимого к договорным обязательствам, но часть 2 статьи 1125 запрещает выбор сторонами права в договорах, предметом которых является недвижимость, а также в договорах о доверительном управлении имуществом. В данных случаях подлежит применению право страны местонахождения имущества. Иных ограничений в выборе применимого права, например, в договорах с заведомо слабой стороной белорусское законодательство не содержит.

---

<sup>231</sup> Единообразный Торговый кодекс США: Официальный текст 1990 г. / Научн. Ред. Лебедев С.Н. – М., 1996. – С. 46.

<sup>232</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 82.



Российская Федерация в большей степени, нежели Беларусь, идет по пути Римской конвенции 1980 г. В частности статей 1212 части 3 Гражданского кодекса 2001 г. устанавливается специальный механизм определения права, подлежащего применению к договору с участием потребителя: «Выбор права, подлежащего применению к договору, стороной которого является физическое лицо, использующее, приобретающее или заказывающее либо имеющее намерение использовать, приобрести или заказать движимые вещи (работы, услуги) для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, не может повлечь за собой лишение такого физического лица (потребителя) защиты его прав, предоставляемой императивными нормами права страны места жительства потребителя, если имело место хотя бы одно из следующих обстоятельств:

1) заключению договора предшествовала в этой стране оферта, адресованная потребителю, или реклама и потребитель совершил в этой же стране действия, необходимые для заключения договора;

2) контрагент потребителя или представитель контрагента получил заказ потребителя в этой стране;

3) заказ на приобретение движимых вещей, выполнение работ или оказание услуг сделан потребителем в другой стране, посещение которой было инициировано контрагентом потребителя в целях побуждения потребителя к заключению договора».

### **3.3. Применение императивных норм иностранного государства, с которым правоотношение имеет тесную связь**

Более проблематичным и по сей день дискуссионным вопросом международного частного права является вопрос о применении императивных положений государств, с которыми правоотношение имеет тесную связь, то есть государств, отличных от государств *lex fori* или *lex causae*. Тесная связь контракта с определенной правовой системой может иметь место в следующих проявлениях: место исполнения договора, место осуществления хозяйственной деятельности одной из сторон, место жительства стороны – физического лица, в некоторых

случаях – гражданства физического лица. Некоторые авторы называют в качестве возможного критерия право страны, рынок которой оказался затронут действиями сторон по договору, направленными на ограничение конкуренции<sup>233</sup>.

Как уже отмечалось во второй главе, белорусское антимонопольное законодательство сформулировано достаточно жестко по сравнению с европейским. В связи с этим, европейский суд в правоотношении, подчиненном иному, чем белорусское, праву в правоотношении, затрагивающем белорусские условия конкуренции, будет связан необходимостью учитывать или даже применять белорусские императивные нормы.

Как мы уже говорили выше в первой главе, первые теоретические концепции, признающие возможность применения свехимперативных норм третьих стран появились в первой половине 20 века в Германии, а в середине 20 века – в США и других странах.

Что касается социалистических стран, то традиционная советская доктрина не признавала возможности применения императивных норм третьих государств, законодательно данный вопрос не регулировался вообще. Данный подход изменился с распадом Советского Союза и обретением независимости бывших республик. Распад Советского Союза обозначил теоретический и практический интерес к данной проблеме. И уже в раздел «Международное частное право» Модельного Гражданского кодекса государств – участников Содружества Независимых Государств 1996 г. была введена статья 1201, часть 2 которой устанавливала: «При применении права какой-либо страны согласно правилам настоящего раздела, суд может применить императивные нормы права другой страны, имеющего тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующее правоотношение независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен принимать во внимание назначение и характер таких норм, а также последствия их применения».

Как уже указывалось ранее, теория императивных норм нашла свое воплощение во многих национальных законодательствах о международном частном праве (например, в Швейцарии, Италии, Германии, Квебека, Российской Федерации, Республики Беларусь) и международных договорах (Гаагской

---

<sup>233</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 94.

конвенции о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям 1971 г., Гаагской конвенции о праве применимом к агентским соглашениям 1978 г., Гаагской конвенции о праве, применимом к отношениям по доверительной собственности и их признании 1985 г., Гаагской конвенцией о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров 1986 г., Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам 1980 г., Межамериканской конвенции о праве, применимом к международным контрактам 1994 г. и других).

Некоторые международные договоры закрепляют непосредственно сферы, в которых должны применяться сверхимперативные нормы иностранных государств. Так, статья VIII (2)(b) Бреттон-Вуддского соглашения от 27 декабря 1945 г. об учреждении Международного Валютного Фонда (МВФ) предусматривает, что договоры, предметом которых является обмен валюты, затрагивающие валюту одного из государств – членов МВФ и противоречащие положениям валютного законодательства этого государства, соответствующего Бреттон-Вуддского Соглашения, должны признаваться недействительными на территории любого государства – члена. Комментарий к данной статье, содержащийся в Решении Совета исполнительных директоров МВФ № 446-4 от 10 июня 1949 г. уточняет, что признание недействительными таких договоров будет иметь место независимо от того, что в соответствии с коллизионными нормами страны суда правом, применимым к договору, является право иного государства, нежели то, валютным предписанием которого противоречит сделка.

Проблематика применения императивных норм другого государства стала предметом рассмотрения и источников *lex mercatoria*. Например, Принципы международных коммерческих договоров, разработанные в 1994 г. Международным институтом унификации частного права (УНИДРУА) и изданный во второй редакции в 2004 г. в статье 1.4 устанавливают: «Никакие нормы настоящих Принципов не ограничивают применения обязательных (императивных) положений национального или наднационального происхождения, которые подлежат применению в силу соответствующих норм международного частного права». С другой стороны, как отмечает комментарий к данной статье, в случае инкорпорации Принципов в договор или закрепления за ними роли применимого

права, их применение может быть ограничено императивными нормами третьих стран<sup>234</sup>.

Таким образом, общим для всех международных договоров (за исключением соглашений по специфическим вопросам, таким как Бреттон-Вуддская конвенция) является то, что все они **не обязывают**, а **дают право** судам использовать нормы непосредственного применения государств, с которым правоотношения имеет тесную связь. Необходимо отметить, что судебная практика некоторых государств, в частности Нидерландов, исходит из обязанности, а не праве суда применять сверхимперативные положения права государства тесной связи. Это видно на примере решений Верховного суда Нидерландов 1966 г. в деле *Alnati*, речь о котором подробно пойдет ниже. Однако, в отношении применения императивных положений закона суда национальный и международный законодатель более категоричен: суд должен применить императивные нормы своего права.

Во-вторых, для применения императивных положений иностранного государства, иного, чем государство, право которого избрано в договоре, правоотношение должно иметь **тесную** связь с таким государством. Кроме того, многие законы, в том числе статья 1100 белорусского Гражданского кодекса и 1192 Гражданского кодекса Российской Федерации, устанавливают, что суд должен принимать во внимание назначение и характер таких норм, а также последствия их применения.

Поскольку Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. наиболее полно регулирует проблематику сверхимперативных норм, следует более подробно проанализировать положения части 1 статьи 7 в ныне действующей редакции, а также сравнить ее положения с Регламентом Европарламента и Совета ЕС № 593/2008 от 17 июня 2008 г. (Rome I)<sup>235</sup>. В редакции официального текста Римской конвенции 1980 г. ч.1 статьи 7 выглядит следующим образом: «При применении настоящей Конвенции императивные нормы определенного государства могут быть признаны приоритетными, если обстоятельства ситуации имеют наиболее тесную связь с этим государством, и поскольку эти правила применимы к договору. При решении

---

<sup>234</sup> Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / Пер. с англ. А.С.Комарова. – М.: Межд. Центр фин.-экон. развития, 1996. – С. 12 – 13.

<sup>235</sup> <http://www.europarl.europa.eu/oecil/FindByProcnum.do?lang=2&procnum=COD/2005/0261>

вопроса о действии таких императивных норм, необходимо учитывать их природу и цель, а также последствия их применения или неприменения».

Похожие положения имели место уже в первом проекте Римской конвенции, но были существенным образом усовершенствованы при пересмотре рабочей группой в 1973 г. первоначального текста.

Критики данного положения указывают на пробел, существующий в Римской конвенции, а именно отсутствие критериев определения тесной связи, что влечет в некоторых случаях необходимость для суда учета большого количества иностранных правопорядков, порой содержащих противоположное императивное правовое регулирование. В вопросе применения императивных норм речь не может идти о положениях правовых систем, имеющих отдаленную связь с рассматриваемым правоотношением. Интересно, что в первоначальном варианте речь шла о «любой» связи, а во втором варианте – о «существенной» связи. Рабочая группа подчеркнула, что связь с иностранной правовой системой должна быть реальной, что может выражаться, например, в месте исполнения договора, в месте нахождения или месте осуществления деятельности одной из сторон<sup>236</sup>.

Отсутствие четких критериев отнесения иностранной нормы к норме непосредственного применения влечет в высокой степени свободу усмотрения суда в конкретных обстоятельствах, что неизбежно приведет к непоследовательности и неопределенности в применении статьи 7 и будет противоречить основной цели Римской конвенции – унификации и гармонизации законодательства государств-членов ЕС.

Именно эти проблемы применения части 1 статьи 7 для государств стали причиной предложенного разработчиками конвенции права сделать при подписании конвенции в соответствии с ч.1 (а) статьи 22 оговорку о неприменении данной нормы. Таким правом воспользовались Великобритания, Ирландия, Люксембург и Германия. В частности, немецкий проект Вводного закона к ГГУ содержал в первом варианте положения, основанные на ч. 1 статьи 7, но они были встречены бурными дискуссиями и минимальным количеством голосов было принято решение о необходимости сделать оговорку о неприменении положений ч.1 статьи 7 Римской конвенции.

---

<sup>236</sup> Там же.

Кроме того, следует обратить внимание на то, что в данной статье речь идет именно об императивных нормах в смысле международного, а не гражданского права (хотя в самом тексте не уточняется терминология). Об этом более подробно речь шла в первой главе.

Во-вторых, суд, применяя сверхимперативную норму, должен учитывать, кроме ее тесной связи с правом иностранного государства, и дополнительные критерии: природа и цель данной нормы, а также последствия ее применения или неприменения.

Существенным вопросом для суда является определение даты вступления в силу соответствующих императивных норм иностранного права. Очевидно, что нормы непосредственного применения иностранного правопорядка, принятые после заключения договора, не должны быть предметом исследования для суда. По мнению швейцарского исследователя Вишера, «национальный интерес третьей страны не должен иметь превосходства над законными ожиданиями сторон, которые, по общему правилу, оказываются застигнутыми врасплох таким внезапным вторжением в их договорные отношения»<sup>237</sup>. В данном случае речь идет о классическом действии теории «обратной силы».

Несколько иное звучание получила статья об императивных нормах в окончательном тексте Регламента Европарламента и Совета Евросоюза № 593/2008 от 17 июня 2008. Правовое регулирование действия норм непосредственного применения содержится теперь не в статье 8 (как в тексте проекта от 15 декабря 2005 г.), а в статье 9. Эти статьи практически идентичны, если не учитывать, что в абз.1 статьи 9 присутствует понятие публичного интереса. По мнению автора, это очень глобальное понятие, которое не должно содержаться в правовом акте такого уровня, поскольку предоставляет слишком большую свободу действий судье. Кроме того, абзац 3 статьи 9 регламента 593/2008 не содержит такого понятия как «тесная связь». Однако, тесная связь может выражаться не только в месте исполнения договора, например, обязанность налогообложения для граждан

---

<sup>237</sup> Цит. по Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – С. 104.

государства независимо от места исполнения договора и наличие жестких штрафных санкций за нарушение таких сверхимперативных норм».<sup>238</sup>

Первым существенным изменением в формулировке статьи является включение в ее текст в отличие от текста статьи 7 Римской конвенции определения императивных норм, которое заимствовано из судебного решения по делу *Arblade*<sup>239</sup> (пункт 30). «Императивными нормами являются нормы, соблюдение которых признается основополагающим для государства в целях защиты своей политической, социальной или экономической организации до такой степени, чтобы требовать их применения в любой ситуации, входящей в их сферу применения, вне зависимости от того, каким является право, применимое к договору, установленное в соответствии с положениями настоящего регламента».

Включение в текст самой статьи определения императивной нормы можно оценить как весьма позитивный момент, поскольку это служит единообразию правоприменительной практики на территории всех государств – членов ЕС, что, на наш взгляд, очень важно в свете демонстрируемых нами ниже различий в подходах судов различных европейских государств, например, Германии, Великобритании, Нидерландов.

Новый текст оставил практически без изменений вопрос о необходимости применения сверхимперативных норм страны суда: «положения настоящего регламента не наносят ущерба применению сверхимперативных норм страны суда» (ч. 2 ст. 8).

Третья часть статьи 8 посвящена проблематике применения императивных норм третьего государства. В общем плане больших изменений данная часть не содержит: Также может придаваться действие императивным положениям права страны, где возникающие на основании договора обязательства должны быть или были исполнены, в той мере, в какой эти положения делают исполнение договора незаконным

При решении вопроса о придании действия этим положениям должны учитываться их характер и цель, а также последствия их применения или неприменения.

Обращает на себя внимание тот факт, что в отличие от предыдущей формулировки настоящая учитывает последствия применения или неприменения

---

<sup>238</sup> <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2008:177:0006:0016:DE:PDF>

<sup>239</sup> CJCE. – 23.11.1999. – Aff. 369/96, 374/96.

такой нормы не только в целях самой нормы, но и для сторон. Такой подход приведет на практике к учету всей массы фактических обстоятельств и, как следствие, более объективному разрешению споров. Таким образом, можно констатировать, что применение императивной нормы государства, с которым правоотношение имеет тесную связь, должно иметь место не только в интересах государства, но и в интересах самих сторон. Здесь мы видим некоторый отход от классической теории «правительственного интереса», основоположником которой являлся американский ученый Карри, о которой речь шла в первой главе.

Кроме того, существенным изменением в новом европейском правовом регулировании действия императивных норм является отказ от диспозитивного отношения государств-членов к возможности применения сверхимперативных норм государств, с которыми договор имеет тесную связь. Как мы помним, в прежнем тексте Римской конвенции часть 1 статьи 22 давала государствам право сделать оговорку о неприменении части 1 статьи 7, которым воспользовались некоторые страны, о чем речь уже шла выше. Текст же регламента № 593/2008 *Rome I* такого права государствам не дает. Соответственно, до вступления в силу регламента № 593/2008 судьи некоторых государств, например, Германии, Вводный закон к ГГУ которой не содержит нормы, эквивалентной положениям ч.1 статьи 7 Римской конвенции, даже при большом желании ввести в действие нормы непосредственного применения государства, имеющего тесную связь с рассматриваемым правоотношением, не могли сделать этого из-за отказа официальных властей. В данных обстоятельствах по причине установленной регламентом *Bruxelles I* альтернативной юрисдикции суды различных европейских государств приходили к различным решениям, что ни как не способствовало идее унификации и гармонизации европейской юстиции. Теперь же европейское законодательство унифицировано, и право решать вопрос о необходимости применения таких норм или нет во всех европейских государствах принадлежит только суду.

Следует обратить внимание на неясность формулировки статьи об императивных нормах в белорусском законодательстве. Дело в том, что белорусский законодатель, если следовать точно тексту статьи, не дает возможности применять иностранные сверхимперативные нормы в том случае,



если суд применяет право Республики Беларусь. Часть 2 статьи 1100 устанавливает: «При применении права какой-либо страны (**кроме Республики Беларусь**)... суд может применить императивные нормы права другой страны, имеющие тесную связь с рассматриваемым отношением...». Ни один из анализируемых в работе национальных законов (ни законодательство Швейцарии, Италии, Германии, Квебека, Российской Федерации) не содержит такого уточнения. Положения статьи 7 Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. также не дает оснований разграничивать возможность принятия во внимание иностранных норм непосредственного применения в зависимости от «национальности» права, применимого к контракту: является ли это право правом суда (тогда такой возможности нет) или правом иностранного государства (тогда такая возможность имеет место). Трудно найти логическое обоснование такого подхода белорусской законодательной практики. Официальный комментарий данной позиции отсутствует. Белорусская доктрина не исследует этот вопрос. Единственное объяснение такому законодательному подходу – боязнь необходимости применять иностранное право, которое может противоречить национальному праву страны суда. Однако, как уже отмечалось, такие ситуации подпадают под регулирование оговорки о публичном порядке и части первой статьи рассматриваемой нами статьи 1100, которая устанавливает обязанность применения национальных императивных норм. А отказ от применения иностранных императивных норм вне зависимости от их противоречия фундаментальным принципам белорусского права нарушает принцип международного сотрудничества между государствами.

Что же представляет собой судебная практика иностранных государств по вопросу применения императивных норм правопорядков, с которыми правоотношение имеет тесную связь?

Как уже отмечалось выше, английская правоприменительная практика традиционно исходила из возможности применения, кроме свехимперативных норм права, применимого к договору, свехимперативных норм права места *исполнения договора (lex loci solutionis)*. В частности, такой вывод можно сделать на основании анализа судебного прецедента *Rossano v. Manufacturers Life Assurance*

Со<sup>240</sup>. Россано, египетский гражданин, domiciliрованный в Египте, заключил договор страхования с канадской страховой компанией, находящейся в Торонто, через ее филиал с местом нахождения в Каире. Через определенное время в Египте был принят закон, в соответствии с которым иностранная страховая компания могла выплачивать страховую сумму гражданину Египта только при наличии специального разрешения на то египетских государственных органов. Канадская страховая компания иск отвергала на том основании, что, по ее мнению, во-первых, правом, применимым к договору, является египетское право, а во-вторых, местом нахождения долга и местом исполнения договора также является Египет, соответственно подлежат применению императивные нормы египетского правопорядка, то есть выплата страховой суммы истцу является незаконной.

Суд же иначе подошел к данным обстоятельствам. Во-первых, судья Мак Нейр определил право Онтарио как право, свойственное договору, в соответствии с чем египетские валютные императивные предписания в отношении договора страхования не должны применяться к рассматриваемым отношениям. Во-вторых, по мнению судьи, местом исполнения договора является не Египет, вследствие чего египетские сверхимперативные нормы не могут применяться и как нормы права места исполнения договора. Таким образом, доводы ответчика были признаны необоснованными, поскольку египетские нормы непосредственного применения не представляли собой ни право, применимое к договору, ни право места исполнения данного договора.

Аналогичная позиция английского суда, а именно непризнания действия сверхимперативных норм права, которое не является ни правом, свойственным контракту, ни правом места исполнения договора, прослеживается в решении по делу *Kleinwort, Sons and Company v. Ungarische Baumwolle Industrie Aktiengesellschaft and Another*<sup>241</sup>.

Хрестоматийным примером применения сверхимперативных норм правопорядка государства места исполнения договора является дело *Regazzoni v. Sethia*<sup>242</sup>. Между индийским поставщиком и швейцарским покупателем был заключен договор купли - продажи партии джута. Согласно условиям договора,

---

<sup>240</sup> Queen's Bench Reports. – 1963. – 2. – 352.

<sup>241</sup> Law Reports, King's Bench Division. – 1939. – 2. – 678.

<sup>242</sup> All England Law Reports. – 1957. – 3. – 286.

применимым правом было английское право. В момент заключения договора между сторонами в Индии действовала императивная норма, запрещающая экспорт товаров из Индии в Южную Африку. Обнаружив, что покупатель намерен перепродать товар именно в данный регион, продавец прекратил исполнение договора. Швейцарская сторона подала иск в английский суд. Палата Лордов в иске покупателю отказала на том основании, что, несмотря на то, что правом, свойственным договору, является не индийское, а английское право, местом исполнения данного договора является Индия, в связи с чем индийские нормы непосредственного применения, в частности в сфере экспортно-импортного контроля, подлежат действию в правоотношении с иностранным элементом, то есть в данном договоре. Таким образом, суд отказал в иске швейцарской фирме, применив императивные нормы Индии как государства места исполнения договора.

Немецкая правоприменительная практика исходит из принципа не обязательности для суда применения императивных норм права третьих государств, но учета этих норм, рассмотрения их в ряду фактических обстоятельств, подлежащих оценке судом на основании права, применимого к договору. Существует несколько решений Верховного суда Германии, подтверждающих этот тезис. Представляет интерес дело, рассмотренное Верховным судом Федеративной Республики Германии от 22 июня 1972 г.<sup>243</sup> Предметом спора являлись правоотношения по договору страхования предметов искусства, перевозимых из Нигерии в Германию. В качестве применимого права стороны договора назвали немецкое право. Однако, данный договор противоречил нормам непосредственного применения Нигерии, которые запрещали вывоз таких предметов из Нигерии. Впоследствии некоторые предметы искусства были вывезены из Нигерии в обход данных требований и утеряны. Истец предъявил иск к страховой компании. Верховный суд данный иск отклонил, причем он не применил нигерийскую императивную норму автоматически, но принял ее во внимание, применив § 138 Германского гражданского уложения, в соответствии с которой, договоры, противоречащие «добрым нравам» недействительны.

---

<sup>243</sup> Jayme E. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations // International Contracts and Conflicts of Law. A Collection of Essays. – London, 1990. – P. 46 – 47.

Наиболее активно ссыла на возможность применения сверхимперативных норм третьих государств встречается в судебных решениях Нидерландов. Наиболее известным примером в данной сфере является дело *Van Nieveldt, Goudriaan and Co's Stoomvaartmij N.V v. N.V. Hollandsche Assurantie Societeit and others*, рассмотренное Верховным судом Нидерландов 13 мая 1966 г.<sup>244</sup>. В данном деле речь шла об ответственности перевозчика за ущерб, причиненный в морской перевозке грузов. Предметом договора выступало страхование перевозки картофеля из Бельгии в Бразилию на судне *Alnati* (это дело вошло в историю именно под названием судна), принадлежащем голландской компании. Согласно условиям коносамента, выданного в Бельгии, применимым правом являлось голландское право. При выгрузке груза в Бразилии обнаружилось, что он поврежден. Страховая компания, выплатив страховую сумму грузополучателю, предъявила регрессный иск к перевозчику.

Дело в том, что в момент исполнения договора Нидерланды не являлись участницей Брюссельской конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г., которая предусматривала ответственность перевозчика за несохранность груза в пути. Но Бельгия на тот момент в данном международном договоре участвовала, соответственно, ею были имплементированы императивные нормы об ответственности перевозчика в национальном праве. Истец настаивал на применении сверхимперативных норм бельгийского права как права, имеющего тесную связь с рассматриваемым правоотношением.

Суд низшей инстанции с данными доводами согласился, указав, что выбор сторонами голландского применимого права не устраняет действия норм непосредственного применения права, которое бы объективно применялось при отсутствии такого выбора, то есть бельгийского права как права стороны, осуществляющей существенное исполнение по договору.

Однако Верховный суд отменил решение низшей инстанции, заявив, что одним из основных принципов международного частного права Нидерландов является свобода автономии воли сторон, которая, по общему правилу, устраняет действие не только диспозитивных, но и императивных норм других правовых

---

<sup>244</sup> Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002. – Р. 100-101.

систем, в том числе объективно применимого права. Единственным исключением из данного принципа является «существенный интерес» иностранной правовой системы, имеющей тесную связь с рассматриваемым правоотношением, в применении ее свехимперативных положений. В данном конкретном примере Верховный суд такого интереса бельгийского права не нашел, то есть отказал в применении свехимперативных положений бельгийского права. Но важен сам факт признания возможности применения свехимперативных положений иностранного права при наличии определенного интереса. Минусом такого подхода является отсутствие определения критерия такого «существенного интереса», что является отражением господствующей в то время доктрины, которая исследовалась в первой главе.

Судебное решение по делу *Alnati* было положено в основу положений п.2 статьи 13 Конвенции Бенилюкс 1969 г. о единообразном законе относительно международного права, которая не вступила в силу, устанавливающей: «если контракт явно локализован в определенной стране, положения законодательства этой страны, природа и цель которых исключает применение закона других стран, не могут быть устранены соглашением сторон».

Несмотря на часто встречающуюся в голландских судебных решениях ссылку на возможность применения закона третьего государства, с которым правоотношение имеет тесную связь, судьи не слишком часто констатируют наличие такой связи. Существует несколько прецедентов применения положений Гаагской конвенции о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г., которая, как уже отмечалось выше, также затрагивает проблематику норм непосредственного применения. Согласно статье 16, при применении конвенции может быть признано действие императивных предписаний любого государства, с которым данная ситуация имеет эффективную связь, если в соответствии с законом этого государства такие предписания должны применяться независимо от права, применимого в соответствии с коллизионными нормами этого государства. Подчеркнем, что для применения статьи 16 связь агентского правоотношения с данной правовой системой должна быть именно эффективной. Например, в решении голландского суда в г. Гроенло от 2 ноября 1994 г. было установлено, что императивные положения Гражданского кодекса Нидерландов, на которые

ссылается истец, *Poelenjee*, голландец по национальности, проживающий и осуществляющий агентскую деятельность в Италии в момент заключения договора, валютой платежа по которому являлись голландские гульдены, не могут быть приняты во внимание на том основании, что данное лицо ни осуществляет свою деятельность в Нидерландах, ни проживает там<sup>245</sup>. В данном деле суд констатировал отсутствие эффективной связи агентского договора с правом Нидерландов как государства валюты платежа и национальности одной из сторон.

Вопрос о применении сверхимперативных норм права, иного, чем то, которое регулирует правоотношение, а именно императивных норм европейского правового порядка решается не только в рамках национальной юрисдикции, но и в стенах Европейского суда. Большой интерес для нашей работы представляет преюдициальное решение пятой палаты суда Евросоюза № С-381/98 от 9 ноября 2000 г.<sup>246</sup> Данное решение было вынесено по запросу апелляционной инстанции суда Великобритании в связи с рассмотрением дела между *Ingmar GB Ltd* и *Eaton Leonard Technologies Inc.* Этот вопрос был поставлен в рамках спора между обществом *Ingmar*, расположенном в Великобритании, агентом по агентскому соглашению, и *Eaton Leonard Technologie*, обществом, расположенном в Калифорнии (США), принципалом, по поводу выплаты коммерческому агенту специфического вознаграждения за приобретенную клиентуру после прекращения агентского соглашения. Дело в том, что Директива Совета ЕС № 86/653 от 18 декабря 1986 г. о координации законодательства государств-членов ЕС относительно торговых агентов<sup>247</sup> в статьях 17 и 18 предусматривает обязанность для принципала выплатить коммерческому агенту специфическое вознаграждение после прекращения агентского соглашения в виде вознаграждения за клиентуру или возмещения ущерба, причиненного ему прекращением договора, оговаривая специальные условия выплаты такого вознаграждения. В соответствии со статьей 17 Директивы, «торговый агент имеет право на вознаграждение в следующих случаях:

---

<sup>245</sup> Les nouvelles conventions de la Haye (leur application par les juges nationaux). – Tome 5. – 1996. – P. 321 – 322.

<sup>246</sup> <http://www.europarl.europa.eu/oeil/FindByProcnum.do?lang=2&procnum=COD/2005/0261>

<sup>247</sup> Текст см. Бабкина Е.В. Международные агентские соглашения // Промышленно-торговое право. 2004. - № 5-6. – С. 179-188.

— если он обеспечил принципалу новых клиентов или значительно расширил операции с бывшими клиентами принципала и последний имеет существенную прибыль от операций с этими клиентами и

- если выплата этого вознаграждения является справедливой, исходя из всех условий, в частности, из размера комиссионного вознаграждения, которое агент теряет и, которое связано с операциями, осуществленными им с этими клиентами....,

б) сумма вознаграждения не может превышать суммы, равной среднегодовому вознаграждению торгового агента, подсчитанному за последние пять лет, а если соглашение действует менее этого срока, то среднегодовое вознаграждение подсчитывается, основываясь на прошедшем сроке его действия,

в) выплата этого вознаграждения не лишает торгового агента права на получение возмещения ущерба.

Торговый агент имеет право на возмещение ущерба, причиненного ему прекращением отношений с принципалом. Этот ущерб возникает, в частности, при прекращении соглашения в связи со следующими обстоятельствами:

—если они лишают торгового агента комиссионного вознаграждения, которое при нормальном исполнении соглашения было бы ему выплачено, что одновременно позволяло бы принципалу пользоваться выгодами, связанными с деятельностью торгового агента;

—и/или/ которые не позволили торговому агенту возместить расходы и затраты, произведенные им по рекомендациям принципала для исполнения соглашения».

Согласно статье 18, «вознаграждение и возмещение ущерба, предусмотренные в статье 17, не подлежат выплате:

а) если принципал прекратил агентское соглашение в связи с несоблюдением по вине агента условий соглашения и такая вина агента оправдывает по национальному законодательству прекращение агентского соглашения без предупреждения;

б) если агент в одностороннем порядке прекратил соглашение и такое прекращение не вызвано виной принципала или достижением агентом

определенного возраста, его болезнью, что не позволяло бы ему продолжать свою деятельность;

в) если, согласно договоренности с комитентом, агент уступает третьему лицу свои права и обязанности из соглашения».

Причем, статья 19 четко устанавливает, что стороны не могут отступить от применения положений статей 17 и 18, то есть определяет эти нормы как нормы непосредственного применения. Положения европейской директивы 1986 г. были имплементированы в британское право посредством регламента, вступившего в силу 1 января 1994 г.: *The Commercial Agents Regulations 1993 № 3053*. Сферой применения британского регламента является деятельность коммерческого агента на территории Великобритании, однако п. 3 ст. 1 предусматривает, что если применимым правом по соглашению сторон является право иного государства, чем Великобритания, то положения статей 3-22 данного нормативного акта не применяются.

В качестве применимого права в договоре стороны выбрали право Калифорнии.

Решением от 23 октября 1997 г. британский суд постановил, что положения регламента не распространяются на правоотношения сторон в данном договоре. *Ingmar GB Ltd* подало апелляцию, по которой Апелляционный суд поставил преюдициальный вопрос перед Судом ЕС. Суть вопроса состояла в следующем: должны ли императивные нормы европейского законодательства применяться к агентскому соглашению между агентом, осуществляющим свою деятельность на территории государства – члена ЕС и принципалом, осуществляющим свою деятельность за пределами ЕС, когда применимым правом в контракте является право государства, не участвующего в ЕС?

У суда не вызвал сомнений факт отнесения положений статей 17 – 19 Директивы к императивным нормам в смысле международного частного права.

Целями этих статей является защита прав коммерческого агента, осуществляющего деятельность в рамках ЕС, равно как и свобода деятельности и честная деловая конкуренция на внутреннем рынке. Поэтому для европейского юридического порядка важно, что осуществление деятельности принципала, агент которого действует в ЕС, за пределами Евросоюза, не может отменить действие



императивных норм европейского сообщества. Данный договор имеет тесную связь с Евросоюзом, независимо от факта национальности и места осуществления деятельности принципала, а также вне зависимости от выбора права в контракте.

На основании вышеизложенного Европейский суд признал применимыми к договору императивные нормы европейского права. Истец получил право на специфическое вознаграждение за приобретенную клиентуру после прекращения агентского соглашения.

Белорусская судебная практика имеет совсем немногочисленную судебную практику применения императивных норм третьих государств, как правило, в сфере таможенного права. Данная сфера практически полностью состоит из норм непосредственного применения. Так, в одном из дел, рассмотренных Международным арбитражным судом при Белорусской торгово-промышленной палате, встал вопрос о правомерности действий истца, который, являясь перевозчиком и экспедитором по договору с ответчиком, доставил груз не в тот пункт таможенного оформления, к которому был прикреплен ответчик, и выгрузил товар на склад временного хранения, находящийся на данном таможенном посту. В деле было установлено, что вина за доставку груза не в тот пункт таможенного оформления лежит на ответчике, который в графе 13 CMR- накладной неправильно указал в качестве таможни назначения (пункта таможенного оформления в месте выгрузки) Грузовой комплекс аэропорта Челябинск. При пересечении таможенной границы Российской Федерации истец в соответствии со ст. 139 Таможенного кодекса РФ и приказом ГТК РФ от 20 мая 1996 г. № 304 «О доставке товаров под таможенным контролем»<sup>248</sup> уведомил таможенный орган ввоза, который в качестве места назначения определил пункт таможенного оформления, указанный в графе 13 CMR-накладной. В решении Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 29 октября 2001 г. № 240/05-00<sup>249</sup> по этому делу арбитры ссылаются на императивные нормы Таможенного кодекса Российской Федерации, в частности на ст. 140, которая устанавливает обязанность перевозчика доставить груз и транспортное средство в место, установленное таможенным органом ввоза, и находиться в этом месте до окончания таможенного

---

<sup>248</sup> Данный документ утратил силу с 1 января 2004 г. в соответствии с изданием Приказом ГТК РФ от 08.09.2003 № 973.

<sup>249</sup> Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

оформления либо до получения соответствующего распоряжения таможи назначения и признает действия истца правомерными. Ответчик настаивал на том, что по инициативе истца груз был выгружен с автомобиля и сдан на склад временного хранения. И именно стоимость хранения груза на складе была выплачена ответчиком грузополучателю в качестве возмещения убытков и явилась основанием неполной оплаты по договору между истцом и ответчиком. Арбитры посчитали, что бремя доказывания инициативы истца выгрузки товара лежит на ответчике, однако последний не представил соответствующих доказательств. Запросы суда (письменный и телефонный) в пункт таможенного оформления РФ ответа не дали.

Суд установил, что на основании императивных норм таможенного законодательства выгрузка товара на склад временного хранения возможна только по инициативе таможенного органа: в соответствии со ст. 131 Таможенного кодекса, никто не вправе пользоваться и распоряжаться товарами и транспортными средствами до окончания процедуры таможенного оформления, а ст. 134 этого же кодекса устанавливает, что грузовые операции с товарами до окончания процедуры таможенного оформления могут осуществляться только по требованию таможенного органа.

Учитывая вышеизложенное, состав суда посчитал доказанным, что расходы получателя, вызванные выгрузкой товара из автомобиля, хранением его на складе временного хранения таможенного пункта аэропорта Челябинск и погрузкой на автомобиль для доставки на склад получателя, наступили не по вине истца и, следовательно, не могут быть на него возложены.

Анализируя данное арбитражное решение, следует заметить, что суд действовал по закону. Однако, можно отметить некоторые формальные юридические неточности. В частности, суд никак не мотивирует свое обращение к иностранным, в том числе императивным, правовым нормам, несмотря на тот факт, что в момент заключения договора (9 сентября 1999 г.), а тем более в момент вынесения арбитражного решения (29 октября 2001 г.) новый Гражданский кодекс Республики Беларусь уже вступил в силу (с 1 июля 1999 г.), т.е. уже существовало правовая основа применения иностранных норм непосредственного применения - статья 1100 «Императивные нормы». Суд, на наш взгляд, должен был сослаться на

часть 2 данной статьи, в соответствии с которой «При применении права какой-либо страны (кроме Республики Беларусь) согласно правилам настоящего раздела суд может применить императивные нормы права другой страны, имеющие тесную связь с рассматриваемым отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен принимать во внимание назначение и характер таких норм, а также последствия их применения». В нашем случае, суд должен был констатировать, что применяемые им нормы российского таможенного законодательства представляют собой именно сверхимперативные нормы государства, с которым данное правоотношение имеет тесную связь.

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

1. Теория императивных норм в современном виде прошла длинный путь развития. Начало теории положено трудами Венглера и Цвайгерта. Отдельные положения заимствованы из теории «правительственного интереса» Карри. Однако основоположником теории норм непосредственного применения является Францискакис, суть теории которого можно выразить в тезисах:

1). В каждом государстве существует особая категория материально-правовых норм непосредственного применения, которые называют сверхимперативными, обязательными или абсолютными нормами, которые применяются в правоотношениях с иностранным элементом независимо от содержания коллизионной нормы, отсылающей к иностранному праву.

2). Нормы непосредственного применения сами определяют сферу своего действия при помощи специального «квалифицирующего элемента», то есть указания на территориальную и /или персональную сферу действия нормы. В саму структуру императивной нормы включается особый признак, выделяющий ее из общей массы правовых норм. Но императивная норма может и не иметь такой специальной структуры, а заключать этот императив в цели, для которой эта норма была принята. Таким образом, суд должен не только внимательно рассматривать структуру правовой нормы, но и толковать эту норму для определения ее императивного характера.

2. Императивные нормы – это один из механизмов ограничения действия коллизионного метода. Императивные нормы в общем плане можно сформулировать как нормы, подлежащие благодаря своему большому экономическому и социально-политическому значению применению независимо от компетентного правопорядка, к которому отсылает коллизионная норма (или который выбран сторонами на основании автономии воли сторон). Императивные нормы могут преследовать несколько целей: защита слабой стороны в договоре, защита прав третьей стороны, обеспечение государством правопорядка и общественной безопасности.

3. Такого рода нормы по-разному называются в праве и доктрине – их называют и императивными, и сверхимперативными, и особо императивными, и

императивно-запретительными, и международными императивными нормами, и нормами непосредственного применения. Аналогичный вопрос имеет место и в зарубежной доктрине, где также присутствует различная терминология – *mandatory rules, lois de police, lois d'application immediate, leges d'application immediate, die zwingenden Vorschriften, self-applicating rules* и другая. Они представляют собой синонимы, однако каждый из них заостряет внимание на определенном свойстве этой категории норм.

4. Международная правотворческая практика использует один термин «императивные нормы» для обозначения двух видов норм: императивных норм внутреннего права, которые становятся неприменимыми, если правоотношение регулируется иностранной правовой системой, и международных императивных норм, применяемых независимо от подлежащего применению права (английский и русский текст Римской конвенции 1980 г. о праве, применимом к договорным обязательствам, и Регламента Европарламента и Совета ЕС 2005 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (*Rome II*). Целесообразно было бы применять разные термины для обозначения различных понятий. Мы предлагаем ввести в русский и международный юридический обиход различие в терминах «императивные нормы» и «императивные нормы международного характера».

5. Понятие «публичный порядок» не толкуется ни одной правовой системой, характеризуется расплывчатостью и неконкретностью, отсутствует доктринальный исчерпывающий перечень таких принципов и норм.

В общем плане его можно определить как совокупность правовых предписаний, составляющих основу социально-экономического строя и правовой системы, выражающих наиболее важные ценности государства и общества. Кроме двух признанных видов публичного порядка – внутренний и международный – выделяют и третий вид – транснациональный публичный порядок. На наш взгляд, особой необходимости в выделении отдельной категории транснационального публичного порядка не существует. Это связано с тем, что национальная правовая система цивилизованного государства должна соответствовать международным правовым стандартам и закреплять во внутреннем праве и правоприменительной практике принципы *jus cogens*.

6. Представляется, можно выделить несколько принципов отнесения правовых норм к нормам публичного порядка:

- 5) основополагающие, фундаментальные принципы внутреннего права, в первую очередь, конституционного, частного, процессуального;
- 6) общепринятые принципы морали, лежащие в основе внутреннего правопорядка;
- 7) законные интересы граждан и юридических лиц, общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны;
- 8) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью внутренней правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека.

Нам представляется некорректным рассмотрение некоторой доктриной понятий «оговорка о публичном порядке» в позитивном варианте и «нормы непосредственного применения» как синонимичные. Можно выявить их различие по следующим основаниям:

1) когда речь идет о публичном порядке, мы рассматриваем фундаментальные принципы только закона суда, что касается же сверхимперативных норм, перед судом часто встает необходимость в применении не только отечественных, но и иностранных норм непосредственного применения;

2) Публичный порядок составляют фундаментальные принципы, лежащие в основе права государства суда. Нормы же непосредственного применения направлены на обеспечение защиты определенных интересов, на достижение определенных целей, указанных нами выше. Эти цели и интересы могут отражать публичный порядок государства, но не обязательно.

7. Белорусскому материальному праву известно большое количество императивных норм и норм непосредственного применения. Они регулируют большинство вопросов внешнеэкономической деятельности: форму договора, его содержание, сроки поступления денежных средств и сроки поступления товаров под угрозой довольно жестких санкций, запрет на продажу (реализацию) нерезиденту Республики Беларусь товаров по перечню, определяемому Советом

Министров Республики Беларусь, оплаченных резидентом иностранной валютой, приобретенной на внутреннем валютном рынке, запрет условия об исключительности. Подлежат сверхимперативному регулированию в еще большей степени договорные отношения в специфических сферах, например, в такой сфере как военно-техническое сотрудничество.

Российское законодательство демонстрирует большую лояльность относительно содержания внешнеторговых договоров, устанавливая обязательные условия только в отношении отдельных категорий международных коммерческих сделок, а не в отношении всех без исключения внешнеторговых контрактов, как в Республике Беларусь.

Инвестиционные отношения с участием иностранных лиц регулируются только сверхимперативными нормами. В последнее время в Беларуси были отменены все имевшиеся ранее льготы для коммерческих организаций с иностранными инвестициями, а также существенным образом ограничены гарантии для иностранных инвесторов. В частности, была отменена стабилизационная оговорка – гарантия от ухудшения законодательства – гарантия, общепризнанная в мировой законодательной практике. Однако и ранее несмотря на законодательное закрепление гарантии от ухудшения законодательства в белорусском праве, при правоприменении отстоять права коммерческой организации с иностранными инвестициями было практически невозможно, о чем свидетельствует обширная судебная практика. На наш взгляд, предъявление таких жестких требований к субъектам права, особенно с участием иностранных инвестиций, неоправданно, поскольку противоречит принципу свободной экономики.

8. Коллизионное регулирование в Республики Беларусь правоотношений с участием иностранного элемента, характеризуется существенным преобладанием «жестких» коллизионных привязок, в ущерб «гибким». Белорусское коллизионное право содержит единственный пример применения привязки к «закону наиболее тесной связи» как последняя альтернатива определения права, применимого к договорным отношениям. В таких же сферах как право собственности, деликтные отношения применяются только жесткие императивные коллизионные принципы,

что не соответствует законодательной и правоприменительной практике зарубежных государств (например, Австрии, Великобритании, США).

9. Нам представляется весьма оправданным регулирование сверхимперативными нормами таких сфер как, например, государственная безопасность, в частности, деятельность по военно-техническому сотрудничеству, космическая деятельность, процессуальные правоотношения. Кроме того, применения таких норм требует защита «слабой» стороны (например, работника по трудовому договору) и третьей стороны, которая находится вне договорных отношений и не может самостоятельно отстаивать свои права. Эти сферы безоговорочно признаны доктриной и практикой цивилизованных государств. В Республике Беларусь мы наблюдаем ситуацию существенного расширения рамок применения сверхимперативных норм. Такой подход законодательства и практики, который можно назвать административно-командным, негативно сказывается на экономической ситуации в Республике Беларусь и может привести к экономическому краху государства.

10. Анализ некоторых российских и белорусских судебных решений позволяет сделать вывод о недостаточном следовании правоприменительной практикой основным постулатам концепции применения оговорки о публичном порядке, в первую очередь, в вопросах необходимости наличия противоречия применения иностранного права или признания иностранного судебного или арбитражного решения именно особо важным, исключительным интересам государства и общества. В судебных постановлениях судов Республики Беларусь (например, в определении Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 17 октября 2003 г. по иску ALLIANZ ELEMENTAR VERSICHERUNG AG (Австрия)) нет объяснения тех элементов публичного порядка Беларуси, которые были затронуты данным делом. Кроме того, можно задаться вопросом о целесообразности применения термина «публичный порядок» в некоторых судебных решениях, более логично было применить статью 1100 Гражданского кодекса Республики Беларусь об императивных нормах.

Западная доктрина в большей степени характеризуется более основательным подходом к вопросу применения сверхимперативных норм, кроме того, особенностью западной правоприменительной практики является то, что на первое



место в перечне таких норм ставятся нормы, направленные на защиту третьих лиц и слабой стороны в нетипичных в этом отношении для постсоветского права отношениях – интеллектуальная собственность, международные морские перевозки грузов, деликтные правоотношения.

11. Отрицательно можно оценить тот факт, что белорусское право не содержит в формулировке статьи, посвященной императивным нормам (ст. 1100 ГК), системообразующих признаков таких норм, например, цель таких норм – «обеспечение прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота», что может облегчить задачу суда и участников внешнеэкономических отношений применительно к критериям отнесения конкретной нормы к категории сверхимперативных.

12. Наиболее устоявшимся для международной и национальной законодательной и правоприменительной практики является применение императивных норм международного характера страны суда (*lex fori*), а также права, применимого к существу правоотношения (*lex causae*). Не настолько признанной является современная тенденция применения сверхимперативных норм права, с которым правоотношение имеет тесную связь. Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, например, дает возможность государствам-участникам при присоединении сделать оговорку о неприменении ч. 1 ст. 7, что и сделали, например, Германия и Великобритания. Однако текст проекта Регламента Европарламента и Совета ЕС 2005 г. о праве, применимом к договорным обязательствам и окончательный текст регламента № 593/2008 (*Rome I*) такой возможности не предусматривает. Следует весьма позитивно оценить подход белорусского и российского законодателя, который закрепил в гражданском законодательстве право суда применять императивные нормы третьих государств, с которыми правоотношение имеет тесную связь.

## СПИСОК ИСПОЛЬЗОВАННЫХ ИСТОЧНИКОВ

### Нормативные правовые акты

1. Code civil. – Paris: Dalloz, 1996.
2. Банковский кодекс Республики Беларусь от 25 октября 2000 г. (в редакции от 11 ноября 2002 г.) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 17.11.2000. - № 106. – 2/219.
3. «Вопросы военно-технического сотрудничества между государствами»: Указ Президента от 9 сентября 2005 г. № 1062 // Собрание законодательства РФ. – 19.09.2005. - № 38. – Ст. 3800.
4. Гражданский кодекс Республики Беларусь с комментарием и обзором практика хозяйственных судов / Под общ. Ред. В.С.Каменкова. – Мн.: Дикта, 2004.
5. Гражданский кодекс Российской Федерации. С постатейным приложением материалов практики Конституционного Суда Российской Федерации, Высшего Арбитражного Суда Российской Федерации. – М., 2002.
6. Декрет Президента Республики Беларусь от 14 июля 2003 г. № 17 (в последней редакции от 18 июня 2005) // Национальный реестр правовых актов республики Беларусь. - 21.07.2003. - № 79. – 1/4779.
7. Директива Совета ЕС № 86/653 о координации законодательства государств-членов ЕС относительно торговых агентов // Бабкина Е.В. Международные агентские соглашения // Промышленно-торговое право. – 2004. - № 5-6. – С. 179 - 188.
8. Единообразный Торговый кодекс США: Официальный текст 1990 г. / Научн. Ред. Лебедев С.Н. – М., 1996.
9. Женевская конвенция от 19 мая 1956 г. о дорожной перевозке грузов// Международные перевозки грузов.- Санкт-Петербург, 1993. - С. 21 - 40.
10. Инвестиционный кодекс Республики Беларусь от 22 июня 2001 года // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 09.07.2001. - № 62. – 2/780.

11. Конвенция СНГ о правовой помощи и правовым отношениям по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (в редакции протокола 1997 г.), Минск // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. - № 28. – Ст. 375.
12. Конвенция СНГ о правовой помощи и правовым отношениям по гражданским, семейным и уголовным делам 2002 г., Кишинев // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - № 73. – 2/956.
13. Модельный Гражданский кодекс. Рекомендательный законодательный акт для Содружества Независимых Государств от 17 февраля 1996 г. Часть 3. // Приложение к Информационному бюллетеню Межпарламентской Ассамблеи государств-участников СНГ. – 1996. - № 10. – С. 4-84.
14. Нью-Йоркская конвенция от 10 июня 1958 г. о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений // Бюллетень нормативно-правовой информации. - N 5. – 1996.
15. «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами»: Закон Российской Федерации от 19 июля 1998 г. № 114 ФЗ // Российская газета. - № 138. – 23.07.1998.
16. «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности»: Закон Республики Беларусь от 24 декабря 1998 г. // Народная газета. - № 58. – 06.04.1999.
17. «О дополнительных мерах по упорядочению экспорта лесоматериалов»: Постановление Совета Министров от 1.12.1998 № 1846 // Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь. – 1998. - № 34. – Ст. 883.
18. «О космической деятельности»: Закон Российской Федерации от 20 августа 1993 г. (в редакции от 22 августа 2004) // Российская газета. – 1993. – 6.10.1993; Российская газета. – № 188. – 31.08.2004.
19. «О некоторых мерах по стабилизации цен (тарифов) в Республике Беларусь»: Указ Президента Республики Беларусь № 285 от 19 мая 1999 года // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 02.06.1999.- № 40. - 1/371.
20. «О некоторых мерах по упорядочению посреднической деятельности при продаже товаров»: Указ Президента Республики Беларусь от 7 марта 2000 года

- № 117 // Национальный реестр правовых актов республики Беларусь. – 23.03.2000. - № 26. – 1/1075.
21. «О подведомственности споров после уступки требования или перевода долга»: Постановление Пленума Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь от 20 июля 1999 года № 9 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 18.08.1999.- № 61. – 6/49.
22. «О противодействии монополистической деятельности и развитии конкуренции»: Закон Республики Беларусь от 10 декабря 1992 г. // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 26.01.2000. - № 8. – 2/139.
23. «О совершенствовании порядка проведения и контроля внешнеторговых операций»: Указ Президента Республики Беларусь от 4 января 2000 г. № 7 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 19 января 2000 г. - № 5. – 1/ 915.
24. «Об объектах, находящихся только в собственности государства»: Закон Республики Беларусь от 5 мая 1998 года (в редакции от 5 декабря 2002 г.) // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. - № 19. – Ст. 216.
25. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»: Закон Российской Федерации от 8 декабря 2003 года №164-ФЗ // Российская газета. - № 254. – 18.12.2003.
26. «Об экономической несостоятельности (банкротстве)»: Закон Республики Беларусь от 18 июля 2000 г. // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 11.08.200. - № 73. – 2\198.
27. О внесении изменений и дополнений в Декрет Президента Республики Беларусь от 16 марта 1999 г. № 11 и некоторых вопросах государственной регистрации отдельных юридических лиц: Декрет Президента Республики Беларусь № 22 от 16 ноября 2000 г. // Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь". – 2000. - N 32. - Ст. 865.
28. О государственном регулировании внешнеторговых бартерных сделок: Указ Президента РФ от 18 августа 1996 г. N 1209 // Собрание законодательства РФ. – 26.08.1996. - № 35. – Ст. 4141.

29. О государственном регулировании внешнеторговых сделок: Указ Президента РФ от 18 августа 1996 г. № 1209 // Российская газета. - № 163. – 28.08.1996.
30. О некоторых мерах по стабилизации цен (тарифов) в Республике Беларусь: Указ Президента Республики Беларусь от 19 мая 1999 г. № 285 (в редакции указа от 20.06.2005 № 287) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 02.06.1999. - № 40. – 1/371.
31. О порядке лицензирования в Российской Федерации ввоза и вывоза продукции военного назначения: Указ Президента Российской Федерации от 10 сентября 2005 г. N 1062 // Собрание законодательства РФ. – 19.09.2005. - № 38. – Ст. 3800.
32. О порядке лицензирования видов деятельности, связанных со специфическими товарами (работами, услугами): Указ Президента Республики Беларусь от 21.10.2003 г. № 456 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 29.10.2003. - № 119. – 1/5019.
33. О порядке организации контроля за выполнением обязательств по использованию импортированных (экспортированных) специфических товаров (работ, услуг) в заявленных целях: Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 04.02.2003 № 133 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 12.03.2003. - № 17. – 11/11913.
34. О совершенствовании регулирования страховой деятельности: Декрет Президента Республики Беларусь от 28 сентября 2000 г. № 20 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 2000. - № 95. – 1/1659.
35. Об оффшорном сборе: Указ Президента Республики Беларусь от 12 марта 2003 г. № 104 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 19.03.2003. - № 32. – 1/4445.
36. Об упорядочении государственной регистрации и ликвидации (прекращении деятельности) субъектов хозяйствования: Декрет Президента № 11 от 16 марта 1999 г. // Собрание декретов, указов Президента и постановлений Правительства Республики Беларусь". – 1999. - N 9. - Ст. 216.
37. Об утверждении инструкции по предоставлению банками информации о некоторых валютных операциях: Постановление правления Национального

- банка Республики Беларусь от 18 апреля 2002 г. № 75 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 18.05.2002. - №53-54. – 8/8063.
38. Об утверждении Положения о порядке продления сроков проведения внешнеторговых операций: Постановление Министерства торговли от 4 января 2002 года № 1 // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. - 01.02.2002. - N 13. - 8/7660.
39. Об экспорте мелкотоварной древесины и лесоматериалов: Положение Министерства лесного хозяйства Республики Беларусь от 28.12.1998 // Бюллетень нормативной правовой информации. – 1999. - № 3.
40. Порядок регистрации юридическими лицами и индивидуальными предпринимателями цен (тарифов) при невозможности соблюдения ими установленных предельных индексов изменения отпускных цен (тарифов), утвержденный Постановлением Совета Министров Республики Беларусь от 18 июня 1999 г. № 944 (в редакции от 7 октября 2002 г. № 1383) // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 1999. - № 49.
41. Постановление Совета Министров Республики Беларусь от 8.апреля 2002 г. № 440 (в редакции от 11 мая 2005 г.) «О мерах по совершенствованию регулирования экспорта и импорта товаров» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 19.04.2002. - № 44. – 5/10257.
42. Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1999-2000 г.г. – М.: Статут, 2002.
43. Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА / Пер. с англ. А.С.Комарова. – М.: Межд. Центр фин.-экон. развития, 1996.
44. Проект раздела VII «Международное частное право» проекта части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации // Ведомственное приложение к «Российской газете». – 1996
45. Разъяснения Высшего Хозяйственного суда № 03-17/146 от 6 февраля 1997 г «О порядке применения статьи 34 Закона Республики Беларусь «Об иностранных инвестициях на территории Республики Беларусь» // Вестник Высшего Хозяйственного Суда Республики Беларусь. – 1997. - № 2.
46. Рекомендации по минимальным требованиям к обязательным реквизитам и форме внешнеторгового контракта, утвержденные Министерством по

внешним экономическим связям РФ 29 февраля 1996 г. // Вестник банка России. – 23.07 1996.- № 33.

47. Руководство по составлению коммерческих агентских контрактов (публикация МТП 1991 г. № 496)/ Commercial agency: Guide for Drawing up Contracts. Серия «Издания Международной торговой палаты». – М.: Издательство АО «Консалтбанкир», 1996.
48. Руководство по составлению коммерческих агентских контрактов/ Commercial agency: Guide for Drawing up Contracts. Серия «Издания Международной торговой палаты». – М.: Издательство АО «Консалтбанкир», 1996.
49. Соглашение между Правительством Республикой Беларусь и Правительством Российской Федерацией о принципе взимания косвенных налогов при экспорте и импорте товаров, выполнении работ, оказании услуг // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 11.11.2004. - № 175. – 2/1072.
50. Соглашение о Таможенном Союзе от 20 января 1995 г. // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 1998. - № 17. – Ст. 201.
51. Соглашение от 8 октября 1999 г. о порядке таможенного оформления и таможенного контроля товаров, перемещаемых между государствами – участниками Соглашения о создании зоны свободной торговли // Ведомости Национального собрания Республики Беларусь. – 2000. - № 21 – 22. – Ст. 261.
52. Соглашение СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, Киев, 1992 г. // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1993. - № 18. – Ст. 207.
53. Соглашение СНГ от 17 октября 1994 года «О сотрудничестве в области инвестиционной деятельности» // Ведомости Верховного Совета Республики Беларусь. – 1994. - № 31. – 516.
54. Указ Президента Республики Беларусь от 2 июня 1997 г. № 311 (в редакции от 17.08.2004) «О совершенствовании порядка обязательной продажи иностранной валюты» // «Советская Белоруссия». – 1997. - № 100.
55. Указ Президента Республики Беларусь от 22 февраля 2000 г. № 81 «Об утверждении Положения о порядке передачи земельных участков в

собственность юридических лиц (их собственников)» // Национальный реестр правовых актов Республики Беларусь. – 09.03.2000. - № 23. – 1/1034.

### **Монографии и статьи**

56. Attorney-General of New Zealand v. Ortiz and Others (Sotheby included) // Queen's Bench Reports. – 1982. – 349.

57. Audit B. Droit international privé. – Paris: Economica, 1991.

58. Blessing M. Regulations in Arbitration Rules on Choice of Law. – ICCA XIIth Congress. – Vienna, 3-6 November 1994.

59. Böckstiegel K.-H. Public Policy and Arbitrability // Comparative Arbitration Practice. – P. 183 – 184.

60. Carrie B. The Disintrested Third State // 28 Law & Contemporary Problems, 1963.

61. Carter P. The Role of Public Policy in English Private International Law // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 42. – Part I. – 1993.

62. Currie B. Selected essays on the conflict of laws. - Durham. - 1963.

63. Dicey and Morris on the Conflict of the Laws. - 11-th ed., Collins, L.ed., London, 1987. - Vol.2.

64. Donggen Xu. Le droit international privé en Chine // Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye. – 1999. – T. 270.

65. Ferry C. Contrat international d'agent commercial et lois de police // Journal du droit international. – 1993. – Vol.120.

66. Forde M. The «ordre public» exception and adjudicative jurisdiction conventions // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 29. – 1980. – P. 259-273.

67. Francescakis Ph. Conflits de lois (principes généraux) // Répertoire Dalloz de droit international. – № 137.

68. Francescakis Ph. La théorie du renvoi et les conflits de systèmes en droit international privé. – Paris, 1958.

69. Francescakis Ph. Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflits de lois // Revue critique de droit international privé. – 1966. – Vol. 55. – P. 1-18.



70. Hartley T.C. Beyond the Proper Law.
71. Indonesian Corporation P.T Escomptobank v. N.V. Assurantie Maatschappij de Nederlanden van 1845 // Netherlands International Private Law Review. – 1966. – P. 58.
72. Jaffey A.J. Essential Validity of Contracts in the English Conflict of Laws // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 23. – January 1974. – Part 1. – P. 1 – 31.
73. Jayme E. The Rome Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations // International Contracts and Conflicts of Law. A Collection of Essays. – London, 1990. – P. 36-50.
74. Jaze-Dekeuwer F. Commentaire de la loi № 91-593 du 25 juin 1991 relative aux rapports entre les agents commerciaux et leurs mandants // Actualité législative Dalloz. – 1992. – 14 cahier. – P. 131 – 137.
75. Kommentare Das Uebereinkommen vom 19 Juni 1980 in Rom // Journal official. - №° C 282. - 31/10/1980.
76. Kropholler J. Internationales Privatrecht. – Tübingen: Mohr Siebeck, 2004.
77. Mann F. Conflict of Laws and Public Law // 132 Recueil des Cours. – 1971-I. – P. 115-196.
78. Mann F. Statutes and the Conflict of Law // British Yearbook of International Law. – 1972 -1973. – 117-143.
79. Mayer P. Droit International Privé. – 4e edition. – Paris, 1991.
80. Mayer P. La protection de la partie faible en droit international privé. La protection de la partie faible dans les rapports contractuels // L.G.D.J. – № 17.
81. Mayer P. Mandatory Rules of Law in International Arbitration // Arbitration International. – Vol. 2. - № 4. – 1986. – P. 274-293.
82. Parra-Aranguren G. General Course of Private International Law: selected problems // Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye. – 1988. – T. 210. – P. 9-224.
83. Pedamon M. Droit commercial. – Paris: Dalloz, 1994.
84. Pelichet M. Report on the law applicable to international sales of goods (Revision of the Convention of June 15, 1955 on the law applicable to international sales of goods). – Proceedings of the Extraordinary Session. – P. 85.

85. Philip A. Recent Provisions on Mandatory Laws in Private International Law. - Festschrift K. Lipstein. Karlsruhe. - P. 241 – 249.
86. Regazzoni v. Sethia // 2 All England Law Reports. – 1956. – 487, 490.
87. Report of the Sixty-Third Conference/ The International Law Association. – Warsaw. – August 21<sup>st</sup> – 27<sup>th</sup>, 1988. – London, 1988.
88. Saleh M.S.A. Les lois de six pays arabes relatives aux agences commerciales et aux contrats de distribution (Syrie, Jordanie, Egipte, Bahrein, Les Emirats Arabes Unis, Oman) // Revue de droit international et droit comparé. – Tome LXVI, 1989. – P. 7 – 23.
89. Saleh S. The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards in the States of the Arab Middle East // Contemporary problems in International Arbitration. – London, 1986.- P. 340-351.
90. Sartorius II. – Internationale Verträge – Europarecht. – Verlag C.h. Beck München, 2004. – 150 EGV.
91. Strikwerd L. Interest Analysis: No More Than a Protest Song? // Law and Reality. Essays on National and International Procedural Law in Honour of Cornelis Carel Albert Voskuil. – Dordrecht, 1992. – P. 301-313.
92. The Hollandia, House of Lords, [1982] // Western Law Reporter. – 1982. – 1111.
93. Vitta E. Cours General de Droit International Prive // 162 Recueil des Cours. – 1979-I. – P. 121-122.
94. Williams P.R. The EEC Convention on the Law Applicable to Contractual Obligations // International and Comparative Law Quarterly. – Vol. 35. – 1986. – P. 22-31.
95. Алексахина Т.С. Некоторые аспекты правового регулирования иностранных инвестиций в Республике Беларусь // Белорусский журнал международного права и международных отношений. – 1999. - № 4. – С.24 - 27.
96. Ануфриева Л.П. Международное частное право: В 3-х т. Том 1. Общая часть: Учебник. – М.: Издательство БЕК, 2000.
97. Бабкина Е.В. Международные агентские соглашения // Промышленно-торговое право. – 2004. - № 5-6. – С. 5 – 253.

98. Богуславский М.М. Иск Ирины Щукиной (о решении французского суда) // Московский журнал международного права. – 1994. – № 2. – С. 51-52.
99. Богуславский М.М. Международное частное право. – М.: Юристъ, 2006. – 462 с.
100. Богуславский М.М. Практика применения принципа иммунитета государства и проблема законодательного регулирования // Международное частное право: современные проблемы. – М., 2002. – С. 213-238.
101. Брагинский М.И., Витрянский В.В. Договорное право. Книга первая: общие положения // [www.lawbook.by.ru](http://www.lawbook.by.ru)
102. Доклад З. Бриксивой, Постоянного представителя МВФ в Беларуси и Литве «Экономический переход в Беларуси: достижение и задачи» // <http://www.imf.org/external/country/BLR/rr/rus/2004/pdf/060904r.pdf>
103. Ермолаев В.Г., Сиваков О.В. Международное частное право. – М., 1988.
104. Жильцов А.Н. Новое в российском международном частном праве // Электронная база данных Система КонсультантПлюс. – 2002.
105. Жильцов А.Н. Применимое право в международном коммерческом арбитраже (императивные нормы) / Диссертация на соискание ученой степени кандидата юрид. наук: 12.00.03 – М.: РГБ, 2002.
106. Жильцов А.Н. Проблема применения императивных норм третьих стран в европейском международном частном праве // Законодательство и экономика. – 1997. - № 23-24.
107. Звеков В.П. Международное частное право. Курс лекций. – М.: Издательская группа НОРМА - ИНФРА М, 1999.
108. Иностраннные инвестиции // Журнал международного частного права. – 1996. - № 1-2. – С. 119.
109. Кох Х., Магнус У., Винклер фон Моренфельс П. Международное частное право и сравнительное правоведение / Пер. с нем. д-ра юр.наук Ю.М.Юмашева. – М.: Междунар. Отношения, 2003.
110. Кудашкин В. Актуальные вопросы международного частного права. – М.: Волтерс Клувер, 2004.
111. Лившиц Р.З. Теория права. - М.: БЕК, 1994.

112. Лунц Л.А. Международное частное право. Москва: «Юридическая литература», 1970.
113. Макаров А.Н. Основные начала международного частного права. – М.: Изд-во Наркомюста РСФСР, 1924.
114. Медведев И.Г. Международное частное право и нотариальная деятельность /И.Г.Медведев. – 2 изд. – М.: Волтерс Клувер, 2005.
115. Международное частное право. Учебник./Под ред. Г.К. Дмитриевой. – М.: «Проспект», 2004.
116. Международное частное право: современные проблемы. – М., 1994.
117. Нольде Б.Э. Очерк международного частного права // Лист Ф. Международное право в систематическом изложении. – Юрьев, 1909.
118. Практика Международного коммерческого арбитражного суда. Научно-практический комментарий. – М.: Международный центр финансово-экономического развития, 1997.
119. Розенберг М. Обзор практики разрешения споров в Международном коммерческом арбитражном суде при ТПП РФ // Хозяйство и право. - 2004. - № 3.
120. Розенберг М.Г. Международная купля-продажа товаров (Комментарий к правовому регулированию и практике разрешения споров). – 2-е изд., перераб и доп. – М.: «Статут», 2003.
121. Садиков О.Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. – 1992. - № 2. – С. 72.
122. Толстых В.Л. Международное частное право: коллизионное регулирование. – СПб.: Изд-во Р.Асланова «Юридический центр Пресс», 2004.
123. Функ Я. Право международной торговли: договоры международной купли-продажи товаров и международного посредничества. В 3 кн. Кн. 1. Универсальная международно-правовая унификация купли-продажи товаров. – Мн.: Дикта, 2005.
124. Функ Я. Право международной торговли: договоры международной купли-продажи товаров и международного посредничества. В 3 кн. Кн. 2. Частноправовая унификация международной купли-продажи товаров. – Мн.: Дикта, 2005.

125. Функ Я.И. Иностранные инвестиции в Республике Беларусь: Комментарий раздела IV Инвестиционного кодекса Республики Беларусь. – М.: Издательство деловой и учебной литературы; Мн.: Амалфея, 2002.

126. Хвалей В.В., Функ Я.И. Курс правовых основ внешнеэкономической деятельности государств – участников СНГ (Россия, Беларусь, Украина). – Мн.: Амалфея, 2000.

127. Чешир Д., Норт П. Международное частное право. – М.: Прогресс, 1982.

### Судебная практика

128. Arrêt de tribunal federal Suisse 1967 // Journal de droit international. – 1970. – P. 434. – Note Lalive.

129. Consorts Huston c. Société Turner Entertainment C<sup>o</sup> et autres, French Cour de Cassation (1<sup>re</sup> Ch. Civ.), 28 mai 1991 // Revue Critique de Droit International Privé. – 1991. – Vol.80. - № 4. – P. 752 – 753.

130. Juan Sanchez Martinez (Amsterdam) v. Iberia Lineas de España SA (Madrid) HR 18 January 1991// Netherlands International Private Law Review. – 1991. – 121.

131. Tribunal Federal, 5 May 1976, Societe des Grands Travaux de Marseille (SGTM) v. People's Republic of Bangladesh and the BIDC // 5 Yearbook Commercial Arbitration (1980). – P. 220.

132. Постановление Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации от 25 мая 2004 года N 63/2003 // Электронная правовая база «КонсультантПлюс». – Документ № 681 (информационная база «Судебная практика»).

133. Решение Арбитражного суда по рассмотрению споров между Ираном и США от 1 декабря 1987 г. по делу № 484 (338-484-1) // Yearbook Commercial Arbitration. – 1989. – P. 429.

134. Решение Европейского суда в деле C-215/97 от 30 апреля 1998 года *Barbara Bellon c/ Yokohama SpA* // <http://www.europa.eu.int/cj/fr/cp/cp9830fr.htm>.

135. Решение Международного арбитражного суда при Белорусской Торгово-промышленной палате от 4 июля 2003 г. № 349/44-02 // Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

136. Решение Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 23 мая 2005 г. № 449/24-04 // Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

137. Решение Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 24 июля 1998 г. № 134/12-98.// Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

138. Решение Международного арбитражного суда при Белорусской торгово-промышленной палате от 29 октября 2001 г. № 240/05-00 // Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

139. Решение Международного арбитражный суда при БелТПП по делу от 30 ноября 2004 г. № 416/57-03 // Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.

140. Решение Палаты по торговым делам Кассационного суда Франции от 9 октября 1990 // *Jurisclasseur périodique*. - 1991. – II, 211.

141. Решение Суда Европейских сообществ по делу *Arblade* от 23 ноября 1999 г. // *Revue critique de droit international privé*. – 2000. – P. 710. – Note Fallon.

142. Решение Хозяйственного суда г. Витебска от 11 апреля 2003 г. // Электронная справочная правовая система КонсультантПлюс.