

## ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ И ПРОБЛЕМЫ ТОЛКОВАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ И ИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ

**Аннотация.** Анализ отечественных и зарубежных правовых актов и доктрины позволяет сделать вывод, что разграничение сверхимперативных и императивных норм возможно только на основе разделения сфер публичного порядка страны (по смыслу международного частного права или по смыслу гражданского права). Определение указанных сфер и составляющих их норм возможно путем установления публичных интересов, обеспечиваемых этими нормами. Сверхимперативные нормы (ст. 1192 ГК РФ) и нормы, действующие в рамках оговорки о публичном порядке (ст. 1193 ГК РФ), составляют в совокупности сферу «публичного порядка по смыслу международного частного права». Эти нормы основаны на публичных интересах, являющихся конституционно значимыми ценностями. Императивные нормы, обеспечивающие действие защитных оговорок, закрепленных в п. 5 и 6 ст. 1210 ГК РФ, а также п. 2 ст. 1123 ГК РФ, охватывают ту сферу, которую в доктрине международного частного права относят к «публичному порядку по смыслу гражданского права». Императивные нормы базируются на публичных интересах, не относящихся к конституционно значимым ценностям. Установлено, что универсальным критерием, определяющим необходимость применения сверхимперативных и императивных норм, защищающих от иностранного права различные сферы публичного порядка страны, является критерий оценки ущерба интересам публичного порядка, связанный с негативными для него последствиями. Делается вывод, что, в отличие от установленного в законодательстве понятия «нормы непосредственного применения» (ст. 1192 ГК РФ), принятый в отечественной доктрине термин «сверхимперативные нормы» соответствует правилам русского языка и юридической техники. Приставка «сверх» указывает не только на иерархию, но и на систему норм в связке «сверхимперативные нормы — императивные нормы». Термин «нормы непосредственного применения» такой системной иерархии не дает.

**Ключевые слова:** международное частное право, сфера публичного порядка, публичный интерес, конституционно значимые ценности, сверхимперативные нормы, нормы непосредственного применения, оговорка о публичном порядке, императивные нормы, критерий оценки ущерба, юридическая техника.

**DOI: 10.17803/1729-5920.2018.137.4.081-097**

© Шулаков А. А., 2018

\* Шулаков Андрей Анатольевич, кандидат юридических наук, доцент кафедры международного частного права Московского государственного юридического университета имени О.Е. Кутафина (МГЮА)  
docent-law@rambler.ru  
125993, Россия, г. Москва, ул. Садовая-Кудринская, д. 9

## ВВЕДЕНИЕ

Проблемы толкования и применения императивных и сверхимперативных норм являются одними из наиболее важных и сложных в международном частном праве (МЧП). В 2009 г. Советом при Президенте РФ по кодификации и совершенствованию гражданского законодательства был опубликован проект Концепции совершенствования раздела VI Гражданского кодекса Российской Федерации «Международное частное право» (далее — Концепция)<sup>1</sup>, наметивший решение части этих проблем путем совершенствования ряда положений в основном с точки зрения юридической техники. В частности, предлагались терминологические уточнения, касающиеся введения в разд. VI ГК РФ понятий «публичный порядок по смыслу международного частного права», «публичный порядок, применимый для внутренних отношений», «сверхимперативные нормы» и др.

Указанные новеллы в определенной степени способствовали бы разграничению двух сфер публичного порядка и входящих в них норм. Это позволило бы решить ряд доктринальных и правоприменительных проблем, в числе которых не только терминологические проблемы и проблемы разграничения императивных и сверхимперативных норм, но и проблема установления единообразного универсального критерия, определяющего необходимость применения указанных норм. К сожалению, в редакции разд. VI ГК РФ 2013 г. эти терминологические уточнения не были закреплены по той причине, что некоторые из указанных терминов пока еще «не нашли широкого распространения в российской доктрине и судебной практике». В связи с этим Рабочая группа по законодательству о международном частном праве ограничилась прямым указанием на то, что «российские суды при обращении к категории публичного порядка должны учитывать харак-

тер отношений, осложненных иностранным элементом»<sup>2</sup>.

Однако и после принятия редакции разд. VI ГК РФ 2013 г. указанные выше проблемы толкования и применения сверхимперативных и императивных норм сохранились. Изложенное определяет как теоретическую, так и практическую актуальность исследования.

Целью исследования является разграничение сверхимперативных и императивных норм на основе разделения сфер публичного порядка страны.

В рамках поставленной цели решаются следующие задачи:

- уточнение основных проблем, связанных со смешением императивных и сверхимперативных норм в доктрине и судебной практике;
- разграничение сверхимперативных и императивных норм на основе разделения сфер публичного порядка страны (по смыслу международного частного права и по смыслу гражданского права);
- установление универсального критерия, определяющего необходимость применения сверхимперативных и императивных норм, защищающих от иностранного права различные сферы публичного порядка страны.

Структура исследования обусловлена его целью и задачами.

## ПРОБЛЕМЫ ТОЛКОВАНИЯ И ПРИМЕНЕНИЯ СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ И ИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ

Одними из наиболее сложных в толковании и применении считаются правила, регулирующие автономию воли в договорных и внедоговорных отношениях, где в качестве ограничителя избранного сторонами права выступают императивные нормы той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства (все релевантные элементы ситуации).

<sup>1</sup> Проект Концепции совершенствования раздела VI Гражданского кодекса Российской Федерации «Международное частное право» (протокол от 13 мая 2009 г.) // URL: [privlaw.ru/wp-content/uploads/2015/10/conscep\\_mchp.rtf](http://privlaw.ru/wp-content/uploads/2015/10/conscep_mchp.rtf) (дата обращения: 14.12.2017).

<sup>2</sup> См.: Асосков А. В. Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. 2014. № 2. С. 3—28.

Примечательно, что понятия публичного порядка, фигурирующие в проекте Концепции (2009 г.), предложены впервые в доктрине международного частного права российским ученым М. И. Бруном в 1916 г. (см.: Брун М. И. Публичный порядок в международном частном праве. Пг.: Сенатская типография, 1916. С. 97.).

В доктрине отмечается, что прототипом нормы п. 5 ст. 1210 ГК РФ (редакция 2001 г.)<sup>3</sup> послужила ст. 3 (3) Римской конвенции «О праве, применимом к договорным обязательствам» (1980)<sup>4</sup>. Формулировки указанных норм совпадали по смыслу. Основное отличие российской редакции заключалось в использовании вместо словосочетания «все другие элементы, имеющие отношение к ситуации во время выбора, связаны только с одной страной» одного из значений категории наиболее тесной связи — «реальной связи договора только с одной страной»<sup>5</sup>.

Несмотря на безупречность российской формулировки с точки зрения юридической

техники, данное правило стало одним из камней преткновения в российской правоприменительной практике. В ряде случаев российские суды выявляли «реальную связь договора только с одной страной» даже при разной национальности сторон договора. Возникали и другие проблемы толкования и применения п. 5 ст. 1210 ГК РФ: смешение императивных и сверхимперативных норм (ст. 1192 ГК РФ<sup>6</sup>); толкование п. 5 ст. 1210 ГК РФ как нормы, препятствующей так называемому «обходу закона» сторонами, и др.<sup>7</sup>

На сегодняшний день и в законодательстве России (п. 5 ст. 1210<sup>8</sup> и п. 2 ст. 1223.1 ГК РФ в редакции 2013 г.)<sup>9</sup>, и в законодательстве стран ЕС

<sup>3</sup> См., например: Жильцов А. Н. Новое в российском международном частном праве (о новеллах раздела VI части третьей Гражданского кодекса РФ) // СПС «КонсультантПлюс»; Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации: в 3 т. / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланава. М.: Юрайт, 2004. Т. 3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей. С. 401—402 (автор комментария к ст. 1210 ГК РФ — Е. В. Кабатова).

<sup>4</sup> Пункт 3 ст. 3 Римской конвенции «О праве, применимом к договорным обязательствам» (1980) гласит: «Тот факт, что стороны выбрали иностранное право, независимо от того, сопровождается ли он выбором иностранного суда, когда все другие элементы, имеющие отношение к ситуации во время выбора, связаны только с одной страной, не должен наносить ущерб применению норм права этой страны, от которых нельзя отступать в договоре, в дальнейшем именуемые “обязательные правила”» (URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A41980A0934> (дата обращения: 14.12.2017)).

<sup>5</sup> Пункт 5 ст. 1210 ГК РФ (редакция 2001 г.) устанавливает: «Если из совокупности обстоятельств дела, существовавших на момент выбора подлежащего применению права, следует, что договор реально связан только с одной страной, то выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм страны, с которой договор реально связан» (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>6</sup> Статья 1192 ГК РФ (ред. 2001 г.): «Применение императивных норм  
1. 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» (СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>7</sup> См. подробно: Асосков А. В. Трансграничные и внутренние контракты: пределы автономии воли сторон при выборе применимого права // Вестник гражданского права. 2011. № 4; Он же. Коллизионное регулирование договорных обязательств. М.: Инфотропик Медиа, 2012; Малкин О. Ю. Правовое регулирование выбора права сторонами договора. М.: Изд-во СГУ, 2008. С. 65—68.

<sup>8</sup> Моделью последней редакции п. 5 ст. 1210 ГК РФ (30.09.2013) послужила норма п. 3 ст. 3 Регламента ЕС («Рим I») «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» (2008), пришедшего на смену Римской конвенции (1980) (см. подробно: Григорьев В. В. Комментарий к разделу VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса РФ (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>9</sup> Пункт 5 ст. 1210 ГК РФ: «Если в момент выбора сторонами договора подлежащего применению права все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства».

Пункт 2 ст. 1223.1 ГК РФ: «Если в момент совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда или неосновательное обогащение, все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства связаны только с одной страной, выбор сторонами права другой страны не может затрагивать действие императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся

(п. 3. ст. 3 Регламента ЕС «Рим I» и п. 2 ст. 14 Регламента ЕС «Рим II»)<sup>10</sup> для регулирования договорных и внедоговорных отношений избрана структура нормы, с совпадающей для этих отношений *диспозицией* (выбор сторонами отношения права, где «все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства» (ГК РФ); «все элементы, имеющие отношение к ситуации» («Рим I», «Рим II») связаны только с одной страной) и *санкцией* («не может затрагивать» (ГК РФ); «не должен наносить ущерб» («Рим I», «Рим II») действию/применению императивных норм той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоя-

тельства), а различающаяся только в *гипотезе*, указывающей в одном случае на договорные, а в другом — на внедоговорные отношения.

Вместе с тем принятая в 2013 г. редакция разд. VI ГК РФ, установившая для свехимперативных норм ст. 1192 ГК РФ новый термин — «нормы непосредственного применения»<sup>11</sup>, а для п. 5 ст. 1210 ГК РФ более точную формулировку, не решила вышеуказанных проблем. Путаница, касающаяся смешения императивных норм и норм непосредственного применения<sup>12</sup>, а также проблемы применения п. 5 ст. 1210 ГК РФ<sup>13</sup> сохранились.

ся существа отношений сторон обстоятельства.» (Гражданский кодекс РФ (часть третья) от 26.11.2001 № 146-ФЗ (ред. от 28.03.2017) // СЗ РФ. 2001. № 49. Ст. 4552).

<sup>10</sup> Пункт 3 ст. 3 Регламента ЕС «Рим I» «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам»: «Если все другие элементы, имеющие отношение к ситуации на момент выбора права, находятся в стране, отличной от страны, право которой выбрано, то выбор сторон не должен наносить ущерб применению положений права этой другой страны, от которых не разрешается отступать посредством соглашения.» (Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС № 593/2008 от 17.06.2008 о праве, подлежащем применению к договорным обязательствам («Рим I») // Official Journal of the European Union L 177.4.7.2008. Р. 6. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/ALL/?uri=CELEX%3A32008R0593> (дата обращения: 14.12.2017 г.)).

Пункт 2 ст. 14 Регламента ЕС «Рим II» «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам»: «В случае, если в момент, когда происходит юридический факт, влекущий наступление вреда, все элементы, имеющие отношение к ситуации, находятся в стране, отличной от страны, право которой выбрано, то выбор сторон не должен наносить ущерб применению положений права этой другой страны, от которых не разрешается отступать посредством соглашения.» (Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС № 864/2007 от 11.07.2007 о праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам («Рим II») // Official Journal of the European Union. L 199. 31 July 2007. Р. 40. URL: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/ALL/?uri=CELEX%3A32007R0864> > (дата обращения: 14.12.2017)).

<sup>11</sup> Статья 1192 ГК РФ (ред. от 30.09.2013): «Нормы непосредственного применения

1. 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 (нормы непосредственного применения)» // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>12</sup> Даже искушенные в праве юристы продолжают смешивать «императивные нормы» и «нормы непосредственного применения». Так, например, автор учебника «Гражданское право» (в 4 т.), доктор юридических наук, профессор МГУ имени М.В. Ломоносова В. А. Белов отмечает: «Введен в обиход термин “нормы непосредственного применения” вместо прежних императивных норм (ст. 1192) — не очень, правда, понятно зачем, ибо ни в одной другой статье он больше не используется, а мог бы (напр., в п. 5 ст. 1210, п. 1 и 4 ст. 1212, п. 1 ст. 1214 и п. 1 ст. 1223)» (Белов В. А. Что изменилось в Гражданском кодексе? : практическое пособие. М. : Юрайт, 2014).

<sup>13</sup> См., например: постановление Арбитражного суда Московского округа от 01.02.2017 № Ф05-18637/2015 по делу № А40-81328/2015 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 12.10.2016 № 09АП-42830/2016-ГК по делу № А40-81328/2015) // СПС «КонсультантПлюс».

В приведенных примерах суды, решив вопрос применимого права на основе односторонней коллизионной нормы п. 1 ст. 1206 ГК РФ, еще зачем-то ссылались и на норму п. 5 ст. 1210 ГК РФ (*согласно этой норме все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства должны быть связаны только с одной страной*), несмотря на то, что к таким существенным обстоятельствам в договоре отсылалась и связь с Россией (договор заключен между российским продавцом и российским покупате-



Одной из важнейших причин этого стала неясность термина «нормы непосредственного применения» с точки зрения его толкования<sup>14</sup>.

Словосочетание «нормы непосредственного применения» является дословным заимствованием с установленного во французской правовой литературе термина «*regles d'application immediate*»<sup>15</sup>. Однако французский язык является языком аналитическим, а русский — синтетическим. Там, где в русском языке из одной корневой морфемы с помощью приставок, суффиксов или окончаний образуется слово с новым значением, во французском может понадобиться сразу несколько слов<sup>16</sup>. С учетом этого различия принятый в отечественной доктрине и предлагаемый Концепцией (2009) термин «сверхимперативные нормы» полностью соответствует правилам русского языка и юридической техники. Приставка «сверх» указывает не только на *иерархию*, но и на *систему* норм в терминологической связке «сверхимперативные нормы — императивные нормы». Термин «нормы непосредственного применения», закрепленный в законодательстве (ст. 1192 ГК РФ), такой системной иерархии не дает.

В литературе указывается на то, что в отличие от термина «императивные нормы»,

употребляемого в широком значении (ст. 422 ГК РФ)<sup>17</sup>, термин «нормы непосредственного применения» (ст. 1192 ГК РФ) используется в узком значении и тем самым отражает правовую природу этой особой категории норм, которые применяются «непосредственно», т.е. минуя коллизионные нормы и соглашение сторон о выборе применимого права<sup>18</sup>. Однако ни содержание указанных статей, ни терминологическая связка «нормы непосредственного регулирования» — «императивные нормы», ни связка «императивные нормы в широком значении» — «императивные нормы в узком значении» не дают возможности точно выявить главенство какой-либо из этих двух категорий норм и, следовательно, не представляют возможности определить их иерархию, систему, смысл, цель, а также ясные критерии их разграничения. К таким результатам приводят филологический, логический и систематический способы толкования указанных норм.

В связи с указанным следует выделить еще две важнейшие проблемы, связанные с системным толкованием и применением сверхимперативных и императивных норм.

Это, во-первых, разграничение императивных и сверхимперативных норм («норм непо-

лем), и связь с Кипром (покупка акций кипрской компании, обремененных залогом другой кипрской компании).

<sup>14</sup> Введение нового названия для сверхимперативных норм — «нормы непосредственного применения» — не получило одобрения в отечественной доктрине. Ведущий ученый в сфере международного частного права профессор Г. К. Дмитриева дала ему следующую оценку: «Едва ли можно согласиться с новым названием статьи, так как оно не проливает свет на сущность рассматриваемой категории императивных норм» (Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в условиях вступления Российской Федерации во Всемирную торговую организацию : монография / под ред. Г. К. Дмитриевой. М. : Норма ; Инфра-М, 2013 (автор раздела — Г. К. Дмитриева)).

<sup>15</sup> См. подробно: Асосков А. В. Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ.

<sup>16</sup> См. подробно: Аналитические языки // Большая советская энциклопедия. М. : Советская энциклопедия, 1969—1978 ; Решетникова Н. Д., Савинова А. О. Языки аналитические и синтетические // Молодой ученый. 2013. № 12. С. 873—877.

В немецком языке, являющемся, как и русский, языком синтетическим, название сверхимперативных норм (ст. 9 Регламента «Рим I») дано с помощью одного слова — «Eingriffsnormen».

<sup>17</sup> Статья 422 ГК РФ: «Договор и закон

1. Договор должен соответствовать обязательным для сторон правилам, установленным законом и иными правовыми актами (императивным нормам), действующим в момент его заключения.

2. 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».

<sup>18</sup> См. подробно: Асосков А. В. Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ.

средственного применения»), основанное на их генетике, на выявлении того, какую из сфер публичного порядка страны — по смыслу международного частного права или по смыслу гражданского права — составляют эти нормы (*историческое толкование*). В свою очередь, определение принадлежности указанных норм к публичному порядку по смыслу МЧП или к публичному порядку по смыслу гражданского права — невозможно без установления иерархии и содержания публичных интересов, обеспечивающих указанные нормы (*телеологическое толкование*).

*Во-вторых*, это определение точного критерия, указывающего на необходимость применения сверхимперативных и императивных норм, защищающих от иностранного права различные сферы публичного порядка страны. Если в российском праве таким критерием является словосочетание, по которому иностранное право «не может затрагивать действие» сверхимперативных и императивных норм» (п. 1 ст. 1192, п. 5 ст. 1210 ; п. 2 ст. 1223.1 ГК РФ), то в Регламентах ЕС иностранное право «не должно наносить ущерб применению» этих норм (п. 3 ст. 3 «Рим I»; п. 2 ст. 14 «Рим II»). Рассмотрим эти проблемы.

## ПУБЛИЧНЫЙ ПОРЯДОК И РАЗГРАНИЧЕНИЕ ИМПЕРАТИВНЫХ И СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ

Положения об императивных и сверхимперативных нормах в МЧП закреплены в совре-

менном законодательстве благодаря той части учения Ф. К. Савиньи, где было проведено различие между двумя видами (классами) императивных (принудительных) норм, действующих в МЧП<sup>19</sup>.

К первому виду (классу) императивных норм ученый отнес «нормы, действие которых не может быть парализовано договором»<sup>20</sup>. И вместе с тем указанные нормы, в соответствии с учением Савиньи, становятся неприменимыми в том случае, когда правоотношение, согласно международному частному праву, регулируется иностранной правовой системой.

В современный период эти нормы получили название императивных норм (ст. 422 «Договор и закон» ГК РФ). В соответствии с доктриной эти нормы входят в состав «публичного порядка по смыслу гражданского права» / «публичного порядка, применимого для внутренних отношений». Пункт 6 ст. 1210 ГК РФ<sup>21</sup> позволяет распространить положения п. 5 ст. 1210 ГК РФ на все другие частноправовые отношения, не охваченные нормами, как п. 5 ст. 1210 ГК РФ, так и п. 2 ст. 1223 ГК РФ, например, на преддоговорную ответственность (*culpa in contrahendo*), действия в чужом интересе без поручения, кондикционные обязательства<sup>22</sup>. Таким образом, правовое регулирование на основе императивных норм вышеуказанных статей охватывает ту сферу, которую в доктрине МЧП относят к «публичному порядку, применимому для внутренних отношений» / «публичному порядку по смыслу гражданского права»<sup>23</sup>.

<sup>19</sup> См. подробно: Savigny F. C. von. System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 8. Berlin, 1849. S. 32—39 ; Вольф М. Международное частное право. М., 1948. С. 188—189 ; Макаров А. Н. Основные начала международного частного права. М., 2005. С. 64—72.

<sup>20</sup> В качестве примеров таких норм Ф. К. Савиньи указал нормы, которые вводятся в интересах лиц, обладателей прав, например, законы, ограничивающие дееспособность вследствие возраста или пола, или законы, относящиеся к передаче имущества. Данные нормы, «хотя их действие и не может быть парализовано договором (*ius cogens privatorum pactis mutari non potest* — принудительные нормы не могут подвергаться изменению путем соглашения), становятся неприменимыми, когда данный случай, согласно международному частному праву, регулируется иностранной правовой системой» (Savigny F. C. von. Op. cit. S. 32—39).

<sup>21</sup> Пункт 6 ст. 1210 ГК РФ: «Если иное не вытекает из закона или существа отношений, положения пунктов 1—3 и 5 настоящей статьи соответственно применяются к выбору по соглашению сторон права, подлежащего применению к отношениям, не основанным на договоре, когда такой выбор допускается законом».

<sup>22</sup> См. подробно: Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья : учебно-практический комментарий / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, В. В. Грачев [и др.] ; под ред. А. П. Сергеева. 2-е изд., перераб. и доп. М. : Проспект, 2016. С. 392.

<sup>23</sup> В число императивных норм публичного порядка по смыслу гражданского права следует также включать и императивные нормы, указанные в ст. 1212 «Право, подлежащее применению к договору с уча-

Ко второму виду (классу) императивных норм Савиньи отнес нормы, установленные не только в интересах отдельных лиц, но покоящиеся на моральных основаниях или на «публичном интересе» (*publica utilitas*), независимо от того, относятся ли эти нормы «к политике, благоустройству или к политической экономии». Немецкий ученый отнес к ним «те нормы отечественного права, которые, по исключению, вопреки коллизионным правилам, не уступают места иностранным нормам, те нормы, которые применяются судьей, во всяком случае». Эти нормы, по мнению Савиньи, должны быть применимы при всех обстоятельствах, в том числе и в тех случаях, когда они не известны той иностранной системе, которая подлежит применению, или когда эта система допускает «свободную сферу для индивидуальной воли»<sup>24</sup>. В соответствии с современной

доктриной эти правила входят в состав публичного порядка по смыслу международного частного права.

Двум видам (классам) императивных норм, выделенных Ф. К. Савиньи, давались в доктрине различные названия. В 1876 г. швейцарский юрист Броше дал первому виду норм название законы внутреннего публичного порядка (*lois d'ordre public interne*), а второму виду — нормы международного публичного порядка (*lois d'ordre public international*)<sup>25</sup>. Кодекс Бустаманте, введенный в 1928 г. и действующий до сих пор для целого ряда стран Латинской Америки, стал законодательным закреплением данной теории, явив тем самым пример системного закрепления учения Ф. К. Савиньи<sup>26</sup>.

В XX в. немецкий правовед М. Вольф под двумя видами императивных норм, выделенными Ф. К. Савиньи, подразумевал внутренний

стием потребителя» ГК РФ. Эта статья построена на основе главного правила п. 5 ст. 1210 ГК РФ, согласно которому все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства *должны быть связаны только с одной страной*: «...контрагент потребителя (профессиональная сторона) осуществляет свою деятельность в стране места жительства потребителя либо любыми способами направляет свою деятельность на территорию этой страны или территории нескольких стран, включая территорию страны места жительства потребителя, при условии, что договор связан с такой деятельностью профессиональной стороны».

<sup>24</sup> См. подробно: *Savigny F. C. von*. Op. cit. S. 35—37 ; *Вольф М.* Международное частное право. С. 188—189 ; *Макаров А. Н.* Основные начала международного частного права. С. 66—67.

<sup>25</sup> См.: *Вольф М.* Указ. соч. С. 189.

Критику формулировок швейцарского юриста Броше см.: *Pentzlin F.* Der universelle Ordre Public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts. Munchen : Florentz, 1985. S. 31.

Главным недостатком в терминологии Броше следует признать то, что термин «международный публичный порядок» в большей степени ассоциируется с международным публичным, а не международным частным правом и по этой причине всегда будет вносить путаницу.

<sup>26</sup> Принятый в начале прошлого XX в. Кодекс Бустаманте не только предлагает разграничение интересов по отраслевой квалификации на конституционные, административные и другие, но и в ряде ситуаций указывает на применение в одном случае императивных норм внутреннего правопорядка, а в другом — применение сверхимперативных норм внешнего правопорядка. Такой подход, строящийся на разграничении сфер публичного порядка страны (внутреннего и внешнего) и действующих в рамках этих сфер императивных и сверхимперативных норм, представляется максимально логичным, ясным и точным для правоприменителя. К нормам международного публичного порядка Кодекс Бустаманте относит конституционные постановления (ст. 3), а также все нормы об охране личности или коллектива, установленные государственным и административным правом, кроме случаев, когда имеются постановления об обратном. Таким образом, к нормам международного публичного порядка относятся нормы, которым не может быть причинен ущерб применением иностранного права. В число этих норм, в частности, входят нормы, предоставляющие ребенку право на алименты (ст. 59), связанные с объявлением отсутствующим (ст. 81), касающиеся разграничения межевания и права огораживания сельских недвижимостей (ст. 120), воспреещающие заключать договоры, соглашения и условия, противные законам нравственности и публичному порядку (ст. 175), и др. К нормам внутреннего публичного порядка отнесены нормы, по которым личным законом завещателя регулируется назначение наследника (ст. 154), а личным законом наследодателя определяется назначение и полномочия ликвидатора или эксперта — распорядителя наследства (ст. 162) и т.д. Последние из указанных двусторонних коллизионных норм (формул прикрепления) не наносят ущерба интересам публичного порядка страны суда

и внешний публичные порядки<sup>27</sup>, а русский ученый М. И. Брун в 1916 г. — *публичный порядок в смысле гражданского права и публичный порядок в смысле международного частного права*<sup>28</sup>. В 1981 г. французские коллизии Г. Батиффоль и П. Лагард, указав на неточность понятия «внешний публичный порядок», дали ему то же название, что и М. И. Брун — *публичный порядок в смысле международного частного права* (*ordre public au sens du droit international privé*)<sup>29</sup>. Как указывалось выше, термин «публичный порядок по смыслу международного частного права» предлагался в п. 2.2. Концепции<sup>30</sup>.

*Императивные нормы, относящиеся ко второму виду (классу)*, в свою очередь, были сведены Савиньи в две группы: 1) — законы строго принудительного характера (в качестве примера ученый, в частности, называет, закон, запрещающий полигамию); 2) — правовые институты иностранного государства, не признаваемые отечественным правом и в силу этого не подлежащие в отечественном суде правовой защите (например, институты «граж-

данской смерти», известные на тот период французскому и русскому праву, и рабства). В качестве основания непризнания в немецком праве указанных институтов Савиньи указывает на безнравственность существовавшего на тот период в некоторых государствах института рабства, в основе которого лежало отношение к людям как к вещам<sup>31</sup>.

В современный период первая группа, указанных Ф. К. Савиньи норм, получила в доктрине название *позитивной (наступательной) оговорки о публичном порядке*, опирающейся на действие сверхимперативных норм (в российском законодательстве — это «нормы непосредственного применения» — ст. 1192 ГК РФ<sup>32</sup>; в Регламентах ЕС — это «преобладающие императивные положения» — ст. 9 «Рим I», ст. 16 «Рим II»).

Вторая группа норм получила название — *негативной (оборонительной) оговорки о публичном порядке* (в российском законодательстве — это «оговорка о публичном порядке» — ст. 1193 ГК РФ; в Регламентах ЕС — это

и позволяют ему применять иностранное право. К нормам автономным (*voluntaris*) или частного порядка отнесены нормы, применяемые только по изъявлению, толкованию или презумпции воли сторон или одной из сторон. Логичным завершением концепции публичного порядка, закрепленной в Кодексе Бустаманте, является установление нормы о непротиворечии решения суда публичному порядку или публичному праву страны, где оно должно быть исполнено (п. 3 ст. 423) (см. подробно: Шулаков А. А. Коллизионные нормы, как выражение принципа «наиболее тесной связи» в международном частном праве // Право и образование. 2007. № 10. С. 152—153).

<sup>27</sup> См.: Вольф М. Указ. соч. С. 189.

<sup>28</sup> Неправильность терминологии (международный публичный порядок и внутренний публичный порядок), указывал М. И. Брун, такая же, как если бы мы сказали, что у лица есть два domicilio, один — гражданский, другой — международный, вместо того, чтобы сказать, что domicilio имеет два смысла — один в гражданском праве (точка на территории), другой — в конфликтом (привязка лица к законодательству страны) (Брун М. И. Указ. соч. С. 18—19, 32).

<sup>29</sup> См.: Международное частное право: современные проблемы. М.: Теис, 1994. С. 465 (автор главы — М. Х. Бабаев).

<sup>30</sup> См.: Концепция совершенствования раздела VI Гражданского кодекса Российской Федерации «Международное частное право».

<sup>31</sup> См. подробно: Savigny F. C. von. Op. cit. S. 36.

<sup>32</sup> В число сверхимперативных норм следует также включать и императивные нормы, указанные в ст. 1214 ГК РФ: «Выбор права, подлежащего применению к договору о создании юридического лица и к договору, связанному с осуществлением прав участника юридического лица, не может затрагивать действие императивных норм права страны места учреждения юридического лица по вопросам, указанным в пункте 2 статьи 1202 настоящего Кодекса». Указанные в п. 2 ст. 1202 ГК РФ нормы напрямую связаны с односторонней коллизионной нормой п. 1. ст. 1202 ГК РФ: «Личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо».

В доктрине МЧП (М. И. Брун, Фр. Канн, Ф. Вишер, Я. Нойак, У. Риз, С. Симеонидес, М. Цепенфельд и др.) отмечается, что свою «родословную» односторонние коллизионные нормы ведут из сверхимперативных норм, обеспечивающих защиту самых важных публичных интересов страны. Так, например, М. И. Брун отмечал, что публичный порядок, есть «складочное место, где прилежный искатель найдет большой запас новых коллизионных норм» (Брун М. И. Указ. соч. С. 175). По этой причине не только



«публичный порядок суда» — ст. 21 «Рим I», ст. 26 «Рим II»<sup>33</sup>.

Важно подчеркнуть, что при одновременном закреплении в законодательном акте (например, в ГК РФ) и позитивной, и негативной оговорок различие между ними заключается в том, что в рамках позитивной оговорки (ст. 1192 ГК РФ) применяются только сверхимперативные нормы (нормы непосредственного применения). В рамках негативной оговорки (ст. 1193 ГК РФ) действуют другие социальные нормы<sup>34</sup> («основы морали, главные религиозные постулаты, главные экономические

и культурные традиции, сформировавшие российское гражданское общество, и основополагающие принципы российского права»)<sup>35</sup>, препятствующие применению иностранной правовой нормы, противоречащей публичному порядку (основам правопорядка) страны. Защитный арсенал социальных норм, входящих в позитивную и негативную оговорки, относится к сфере публичного порядка по смыслу международного частного права<sup>36</sup>.

Наличие в законодательстве о международном частном праве только одной из оговорок — негативной оговорки (например, § 6

односторонние коллизионные нормы, но и все взаимосвязанные с ними правила, являющиеся составной частью этих коллизионных норм, входят в сферу публичного порядка по смыслу международного частного права (см. подробно: Шулаков А. А. Взаимодействие институтов международного частного права // Журнал международного частного права. 2014. № 4 (86)).

<sup>33</sup> Названия «наступательная» для позитивной оговорки и «оборонительная» для негативной оговорки дал выдающийся немецкий коллизионист, профессор Лео Раапе (см. подробно: Раапе Л. Международное частное право. М. : Иностранная литература, 1960. С. 98—99).

<sup>34</sup> Социальные нормы представляют собой связанные с волей и сознанием людей общие правила регламентации формы их социального взаимодействия, возникающие в процессе исторического развития и функционирования общества, соответствующие типу культуры и характеру его организации. В теории права к социальным нормам относят нормы права, морали, религиозные, обычаев, политические, эстетические, корпоративные, традиций и т.д. (см. подробно: Теория государства и права : учебник для юридических вузов и факультетов / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, В. М. Корельский [и др.] ; под ред. С. С. Алексеева. М. : Норма, 2004. С. 147 ; Мамузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. М. : Юрист, 2002. С. 211—214).

<sup>35</sup> См., например: постановление Арбитражного суда Северо-Западного округа от 20.01.2015 по делу № А13-2798/2014 ; постановления ФАС Северо-Западного округа от 06.11.2013 по делу № А56-23769/2013 ; от 06.03.2012 по делу № А56-49603/2011 ; от 28.12.2009 по делу № А21-802/2009 // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>36</sup> Еще в комментарии к ст. 1192 ГК РФ в редакции 2001 г. профессором Г. К. Дмитриевой отмечено: «Нет никаких оснований считать, что “особые императивные нормы” действуют отдельно от “публичного порядка”. Они выражают позитивную оговорку о публичном порядке, которая является лишь одной из форм общей концепции публичного порядка. Через призму единого содержания “публичного порядка” (см. комментарий к ст. 1193) можно понять природу “сверхимперативных норм”. В противном случае эта категория становится неуловимой, растворяется в общем массиве императивных норм, каковыми являются нормы всех отраслей публичного права (административное, финансовое, уголовное и проч.), и теряет смысл» (Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части третьей (постатейный) / Р. И. Виноградова, Г. К. Дмитриева, В. С. Репин ; под ред. В. П. Мозолина. М. : Инфра-М ; Норма, 2002). Выраженная в доктрине Г. К. Дмитриевой точка зрения на сегодняшний день подтверждена и судебной практикой. Президиум Высшего Арбитражного Суда РФ указывает, что сверхимперативные нормы (позитивная оговорка) входят в сферу публичного порядка: «под публичным порядком... понимаются фундаментальные правовые начала (принципы), которые обладают высшей императивностью, универсальностью, особой общественной и публичной значимостью, составляют основу построения экономической, политической, правовой системы государства. К таким началам, в частности, относится запрет на совершение действий, прямо запрещенных сверхимперативными нормами законодательства Российской Федерации (статья 1192 Гражданского кодекса Российской Федерации (далее — ГК РФ)), если этими действиями наносится ущерб суверенитету или безопасности государства, затрагиваются интересы больших социальных групп, нарушаются конституционные права и свободы частных лиц» (Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 26.02.2013 № 156 «Обзор практики рассмотрения арбитражными судами дел о применении оговорки о публичном порядке как

Закона Австрии о международном частном праве<sup>37</sup>) позволяет правоприменителю в рамках одного этого правила кумулятивно использовать для защиты отечественного правопорядка весь арсенал защитных средств, т.е. все виды социальных норм, включая и сверхимперативные нормы<sup>38</sup>.

Таким образом, знание генетики сверхимперативных и императивных норм (историческое толкование) дает понимание того, что в законодательстве существуют два вида принудительных, императивных норм, составляющих две разные сферы одного публичного порядка (по смыслу международного частного права и по смыслу гражданского права). Различие между указанными нормами возможно только на основе разграничения публичных интересов, которые эти нормы обеспечивают (телеологическое толкование). Рассмотрим эти публичные интересы.

Российский законодатель выделяет в определении норм непосредственного применения (ст. 1192 ГК РФ) два признака. Первый признак — это указание на непосредственное применение в самих этих нормах. Второй признак — их особое значение, в том числе для

обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота<sup>39</sup>. Следует отметить, что такая формулировка признаков сверхимперативных норм (норм непосредственного регулирования) выглядит достаточно расплывчатой. Более точное определение сверхимперативных норм дает п. 1 ст. 9 Регламента ЕС («Рим I») «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» (2008): «Преобладающими императивными положениями являются положения, соблюдение которых признано страной в качестве ключевых (*crucial* — ключевых, решающих. — *Прим. А. Ш.*) для защиты своих публичных интересов, обеспечивающих политическое, социальное или экономическое устройство в такой степени, что они подлежат применению к любой ситуации, подпадающей под их действие, независимо от того, какое право в ином случае подлежало бы применению к договору согласно настоящему Регламенту»<sup>40</sup>.

Следовательно, главным признаком сверхимперативных норм в Регламенте «Рим I» выступают не все публичные интересы, определяющие применение любых императивных норм, а только ключевые публичные интересы,

основания отказа в признании и приведении в исполнение иностранных судебных и арбитражных решений» // СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>37</sup> Федеральный закон Австрии «О международном частном праве» (1978) установил: «Положения иностранного права не применяются, если его применение приведет к результату, который несовместим с основными ценностями австрийского правопорядка. В случае необходимости применяется соответствующее положение австрийского права» (§ 6 «Положение об оговорке (*ordre public*)») (URL: <https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10002426> (дата обращения: 14.12.2017)).

<sup>38</sup> Доктор права У. К. Вальтер приводит толкование основных ценностей австрийского правопорядка (публичного порядка), сложившееся в австрийской судебной практике: «Содержание охраняемых основных ценностей австрийского правопорядка невозможно определить в деталях, а также с учетом временных изменений. Ключевую роль играют конституционные принципы. Личная свобода, равные права, запреты, связанные с происхождением, дискриминацией на расовой и религиозной почве включены в сферу *ordre public*. Помимо основанных на конституции, основные ценности австрийского правопорядка включают, например, моногамию, запрет на вступление в брак и принуждение к браку, защиту благосостояния ребенка в семейном праве или запрет на эксплуатацию экономически и социально слабой стороны (Европейский идентификатор дела (ECLI) RS0076998)» (Kommentar zum § 6 IPRG Ulrike Christine Walter am 09.03.2012 // URL: <https://www.jusline.at/gesetzeskommentare/456476383> (дата обращения: 14.12.2017) ; Gericht OGH. Dokumenttyp Rechtssatz. Rechtssatznummer RS0076998. Geschäftszahl 7Ob600/86 ; 9Ob34/10f ; 6Ob138/13g // URL: [https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR\\_19860710\\_OGH0002\\_00700B00600\\_8600000\\_004](https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Justiz&Dokumentnummer=JJR_19860710_OGH0002_00700B00600_8600000_004) (дата обращения: 14.12.2017)).

<sup>39</sup> См. подробно: Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право. Постатейный комментарий к разделу VI / М. М. Богуславский, Б. М. Гонгало, А. В. Демкина [и др.] ; под ред. П. В. Крашенинникова. М. : Статут, 2014 (автор комментария к ст. 1192 ГК РФ — А. В. Мойфат).

<sup>40</sup> Регламент Европейского Парламента и Совета ЕС № 593/2008 от 17.06.2008 «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» («Рим I») // Official Journal of the European Union. L 177.4.7.2008. P. 6.

обеспечивающие политическое, социальное и экономическое устройство страны. В Российской Федерации к таким самым значимым публичным интересам относятся закрепленные в п. 3 ст. 55 Конституции «основы конституционного строя, нравственность, здоровье, права и законные интересы других лиц, обеспечение обороны страны и безопасности государства». Перечисленные положения Конституционный Суд РФ называет не только публичными интересами, но и конституционно значимыми ценностями<sup>41</sup>. В рамках действия сверхимперативных норм, защищающих такие публичные интересы (конституционно значимые ценности), не может быть применена ни одна иностранная норма, имеющая экстерриториальное значение<sup>42</sup>. Указанные публичные интересы (конституционно значимые ценности)

закреплены, в частности, в Федеральном законе от 29.04.2008 № 57 «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства (курсив мой. — А. Ш.)».

Таким образом, к *сверхимперативным нормам (нормам непосредственного применения — ст. 1192 ГК РФ)* относятся только те нормы, которые закрепляют публичные интересы, являющиеся конституционно значимыми ценностями, имеющими принципиальное значение для политического, социального или экономического устройства страны<sup>43</sup>.

К *императивным нормам* (ст. 422 ГК РФ) относятся нормы, закрепляющие публичные интересы, не относящиеся к конституционно значимым ценностям<sup>44</sup>.

<sup>41</sup> См., например: постановление Конституционного Суда РФ № 15-П от 30.10.2003 // Вестник Конституционного Суда РФ. 2003. № 6 ; определение Конституционного Суда РФ от 06.07.2010 № 929-О-О // СПС «КонсультантПлюс».

<sup>42</sup> Указанный тезис подтверждается и арбитражной практикой РФ, в соответствие с которой «основанием для применения положений статьи 1192 ГК РФ является наличие не только отдельной оговорки в тексте самой нормы о ее особом статусе, но и наличие риска нарушения охраняемых законом интересов участников гражданского оборота в случае неприменения того или иного закона» (см.: постановление Десятого арбитражного апелляционного суда от 17.10.2017 № 10АП-13516/2017 по делу № А41-78484/15 // СПС «КонсультантПлюс»).

<sup>43</sup> К сверхимперативным нормам, закрепляющим публичные интересы высшего уровня (конституционно значимые ценности) в современной доктрине относят те нормы, которые составляют политические, экономические и социальные основы государства. В соответствии с п. 1 ст. 1192 «Нормы непосредственного применения» ГК РФ к нормам, регулирующим соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права, относятся, в частности: в ГК РФ — нормы об основных началах гражданского законодательства (ст. 1), о пределах осуществления гражданских прав (п. 1 ст. 10), о недействительности сделок, совершенных с целью, противной основам правопорядка и нравственности (п. 1 ст. 169 ГК РФ), о свободе договора (п. 1 ст. 421) и др.; в Семейном кодексе РФ — нормы, устанавливающие правило заключения брака только между мужчиной и женщиной (ст. 12), а также положение, закрепляющее принцип моногамии (ст. 14), и др.; в Кодексе торгового мореплавания РФ — нормы, указывающие на то, что наличие соглашения о применимом праве не может повлечь за собой устранение или уменьшение ответственности, которую в соответствии с Кодексом перевозчик должен нести за вред, причиненный жизни или здоровью пассажира, утрату или повреждение груза и багажа либо просрочку их доставки (п. 2 ст. 414), исчисление ответственности перевозчика за утрату или повреждение груза (ст. 169) и др.; в Гражданском процессуальном кодексе РФ — норма об исключительной подсудности дел с участием иностранных лиц (ст. 403) и др. Современная европейская доктрина и судебная практика относят к категории сверхимперативных норм правила валютного законодательства, нормы антитрестовского законодательства, нормы, запрещающие золотые оговорки, экспортные и импортные ограничения, нормы, ограничивающие свободу договора в интересах защиты его более слабой стороны, некоторые правила о ценных бумагах, нормы, обеспечивающие проведение государственной политики в области страхования и банковской деятельности, некоторые нормы о защите прав потребителей (например, положения, закрепляющие право потребителя на безопасность товара (работы, услуги), ответственность изготовителя за нарушение прав потребителей и др.) (см. подробно: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. М. : Юристъ, 2002).

<sup>44</sup> К числу императивных норм российская доктрина относит нормы, устанавливающие пределы осуществления принципа автономии воли сторон во внутреннем гражданском праве. Эти нормы выражают ин-

# УНИВЕРСАЛЬНЫЙ КРИТЕРИЙ, ОПРЕДЕЛЯЮЩИЙ НЕОБХОДИМОСТЬ ПРИМЕНЕНИЯ СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ И ИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ

Вторая проблема, рассматриваемая в статье, это проблема *выявления точного критерия, указывающего на необходимость применения сверхимперативных и императивных норм, защищающих от иностранного права различные сферы публичного порядка страны*. Как указывалось выше, в российском праве таким критерием является словосочетание, по которому иностранное право *«не может затрагивать действие»* сверхимперативных и императивных норм» (п. 1 ст. 1192, п. 5 ст. 1210 ; п. 2 ст. 1223.1 ГК РФ). В Регламентах ЕС иностранное право *«не должно наносить ущерба применению»* этих норм (п. 3 ст. 3 «Рим I»; п. 2 ст. 14 «Рим II»).

Понятия *«не наносит ущерба»* («Рим I», «Рим II») и *«не затрагивать»* (ГК РФ) действие/применение императивных норм имеют неодинаковую смысловую нагрузку. Закрепленная в российском законодательстве формулировка позволяет судье отказать в избранном

сторонами иностранном праве даже в том случае, когда выбранное сторонами право может затрагивать действие сверхимперативных или императивных норм, но не наносить ему ущерба (точнее, не наносить ущерба интересам публичного порядка по смыслу гражданского или международного частного права, обеспечиваемым этими нормами). Как представляется, такая нечеткая, расширительная формулировка российского законодательства может приводить к частому и необоснованному применению сверхимперативных и императивных норм *lex fori*, что является нежелательным. Формулировка об «ущербе», закрепленная в Регламентах ЕС, такого права судье не предоставляет.

Важно отметить, что понятие *«не затрагивать»* не является оценочной категорией<sup>45</sup>, так как не требует от суда оценки *ущерба* или учета *последствий* для интересов публичного порядка от действия тех или иных норм<sup>46</sup>.

Анализ содержания положений п. 3 ст. 3 (императивные нормы) и п. 3 ст. 9 (сверхимперативные нормы — «преобладающие императивные положения»)<sup>47</sup> Регламента ЕС («Рим I») тересы, имеющие бóльшую значимость для соответствующего государства, чем вышеназванный принцип. Именно в этом смысле, отмечает А. Н. Жильцов, термин «императивные нормы» употребляется в ст. 422 ГК РФ (см.: Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова (автор комментария к ст. 1192 ГК РФ — А. Н. Жильцов). К указанным в ст. 422 ГК РФ императивным нормам относятся нормы, содержащие запреты на включение каких-либо условий в договор (подрядчик не вправе навязывать заказчику включение в договор бытового подряда дополнительной работы или услуги — п. 1 ст. 731 ГК РФ), либо предписывающие определенную форму (договор ренты подлежит обязательному нотариальному удостоверению — ст. 584 ГК РФ), либо устанавливающие определенные требования к стороне (поставщик — продавец, осуществляющий предпринимательскую деятельность, — ст. 506 ГК РФ), а также нормы, регулирующие перевозку грузов, сроки поставки, тарифы на товары (например, тарифы на электроэнергию), действующие на территории РФ. Такие нормы могут содержаться как в законах РФ, так и в нормативных правовых актах Президента РФ, Правительства РФ, министерств и ведомств, действующие на территории РФ (см.: Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Н. Н. Агафонова, С. В. Артеменков, В. В. Безбах [и др.] ; под ред. В. П. Мозолина, М. Н. Малеиной. М. : Норма, 2004 (автор комментария к ст. 422 ГК РФ — М. Н. Малеина)).

Закрепленную в российском законодательстве неясную формулировку *«не затрагивают действие императивных норм»* арбитражные суды, указывая на применение этого правила, зачастую поясняют более точным словосочетанием *«не противоречат императивным нормам»* (см. например: решение Арбитражного суда г. Москвы от 13.12.2010 по делу № А40-35715/10-141-305 ; постановление Девятого арбитражного апелляционного суда от 14.02.2011 № 09АП-34702/2010-ГК по делу № А40-35715/10-141-305 ; постановление ФАС Московского округа от 27.11.2007 № КГ-А40/12086-07 по делу № А40-47516/04-45-485 // СПС «КонсультантПлюс»).

См. подробно: Ивакина Н. Н. Профессиональная речь юриста : учебное пособие. М. : Норма, 2008. С. 233—236 ; Киселев О. А. О видах и классификационных основаниях правовых оценочных понятий // Предпринимательство и право. Информационно-аналитический портал. URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=5868> (дата обращения: 14.12.2017).

Пункт 3 ст. 9 Регламента ЕС («Рим I») «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» (2008): «Также может придаваться действие преобладающим императивным положениям пра-



позволяет говорить об использовании в конструкции этих норм единого критерия, являющегося своего рода границей, за рамки которой вторжение иностранного права не допускается. Этот критерий — *ущерб (последствия)*, наносимый публичным интересам, обеспечиваемым сверхимперативными и императивными нормами публичного порядка страны (как по смыслу международного частного, так и по смыслу гражданского права).

Справедливости ради стоит отметить, что в отличие от неясного критерия «*не затрагивать*», закрепленного в российском законодательстве в отношении императивных норм (п. 5 ст. 1210 ; п. 2 ст. 1223.1 ГК РФ) и отечественных сверхимперативных норм (п. 1 ст. 1192 ГК РФ), для сверхимперативных норм права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, действует точный критерий — это критерий учета судом *последствий* их применения или неприменения (п. 2 ст. 1192 ГК РФ). Критерий учета *последствий* закреплен в российском законодательстве и в ст. 1993 «Оговорка о публичном порядке» ГК РФ.

Метод определения применимого права на основе критерия, связанного с *оценкой ущерба (последствий)* для интересов публичного порядка (консеквенциальный метод, от лат. *consequentia* — следствие, следствие), обоснован еще великими голландскими коллизонистами<sup>48</sup>. На сегодняшний день этот критерий является универсальным не только для права ЕС и для права США (коллизонное законодательство Луизианы, Орегона и проект кодификации по МЧП Пуэрто-Рико)<sup>49</sup>, но и для права многих стран мира. В законодательстве указанных стран определение применимого права напрямую связано с понятием «*ущерб*» публичному порядку или его аналогами, требующими от суда учитывать «*последствия*»,

«*следствие*» или «*результат*» от действия применимого права для «*публичного порядка*», «*правопорядка*», «*публичных интересов*» или «*ценностей правопорядка*».

## ЗАКЛЮЧЕНИЕ

Все вышеизложенное позволяет сделать следующие выводы:

1. Социальные нормы, действующие в рамках позитивной оговорки (ст. 1192 ГК РФ — сверхимперативные нормы) и негативной оговорки (ст. 1193 ГК РФ — «основы морали, главные религиозные постулаты, главные экономические и культурные традиции, сформировавшие российское гражданское общество, и основополагающие принципы российского права»), составляют в совокупности *сферу публичного порядка по смыслу международного частного права*. Эти нормы основаны на публичных интересах, являющихся конституционно значимыми ценностями. Наличие в законодательстве о международном частном праве только одной из оговорок — негативной оговорки (например, § 6 Закона Австрии о международном частном праве) позволяет правоприменителю в рамках одного этого правила кумулятивно использовать для защиты отечественного правопорядка (публичного порядка) весь арсенал защитных средств, т.е. все виды социальных норм, включая и сверхимперативные нормы.

2. Императивные нормы, обеспечивающие действие защитных оговорок, закрепленных в п. 5 и 6 ст. 1210 ГК РФ, а также п. 2 ст. 1123 ГК РФ, охватывают ту *сферу*, которую в доктрине МЧП относят к «*публичному порядку по смыслу гражданского права*» / «*публичному порядку, применимому для внутренних отно-*

ва 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* (курсив мой. — А. Ш.)».

<sup>48</sup> См. подробно: Шулаков А. А. Принципы голландской коллизонной доктрины и законодательство США и европейских стран по международному частному праву // Lex Russica. 2016. № 11 (120).

<sup>49</sup> См., например, ст. 3515 «Определение применимого права; общее и остаточное правило» Гражданского кодекса штата Луизиана 1825 г. (в ред. Закона 1991 г.): «За исключением положений об ином в настоящей книге, любой вопрос в деле, имеющем связи с другими государствами, регулируется правом государства, *публичным интересам* (policies. — Прим. А. Ш.) которого был бы нанесен *наиболее серьезный ущерб*, если его право не будет применено к этому вопросу (курсив мой. — А. Ш.) (Civil Code. Louisiana Laws Table of Contents // URL: [http://legis.la.gov/Legis/Laws\\_Toc.aspx?folder=67&level=Parent](http://legis.la.gov/Legis/Laws_Toc.aspx?folder=67&level=Parent) (дата обращения: 14.12.2017)).

шений». Императивные нормы, составляющие публичный порядок по смыслу гражданского права, базируются на публичных интересах, не относящихся к конституционно значимым ценностям.

3. Универсальным критерием, определяющим необходимость применения сверхимперативных и императивных норм, защищающих от иностранного права различные сферы публичного порядка страны, является критерий оценки ущерба интересам публичного порядка, связанный с негативными для него последствиями. Закрепленное в российском законодательстве правило, по которому иностранное право «не может затрагивать действие» сверхимперативных (п. 1 ст. 1192 ГК РФ) и императивных норм (п. 5 ст. 1210; п. 2 ст. 1223.1

ГК РФ), не является оценочной категорией, так как не требует от суда оценки ущерба или учета последствий для интересов публичного порядка от применения/действия тех или иных норм.

4. Принятый в отечественной доктрине и предлагаемый в Концепции термин «сверхимперативные нормы» полностью соответствует правилам русского языка и юридической техники. Приставка «сверх» указывает не только на иерархию, но и на систему норм в терминологической связке «сверхимперативные нормы — императивные нормы». Термин «нормы непосредственного применения», закрепленный в законодательстве (ст. 1192 ГК РФ), такой системной иерархии не дает.

### БИБЛИОГРАФИЯ

1. Асосков А. В. Коллизионное регулирование договорных обязательств. — М. : Инфотропик Медиа, 2012.
2. Асосков А. В. Реформа раздела VI «Международное частное право» Гражданского кодекса РФ // Хозяйство и право. — 2014. — № 2. — С. 3—28.
3. Асосков А. В. Трансграничные и внутренние контракты: пределы автономии воли сторон при выборе применимого права // Вестник гражданского права. — 2011. — Т. 11. — № 4. — С. 4—31.
4. Белов В. А. Что изменилось в Гражданском кодексе? : практическое пособие. — М. : Юрайт, 2014.
5. Брун М. И. Публичный порядок в международном частном праве. — Пг. : Сенатская типография, 1916.
6. Вольф М. Международное частное право. — М., 1948.
7. Гражданский кодекс Российской Федерации. Международное частное право. Постатейный комментарий к разделу VI / М. М. Богуславский, Б. М. Гонгало, А. В. Демкина [и др.] ; под ред. П. В. Крашенинникова. — М. : Статут, 2014.
8. Григорьев В. В. Комментарий к разделу VI «Международное частное право» части третьей Гражданского кодекса РФ (постатейный) // СПС «КонсультантПлюс».
9. Жильцов А. Н. Новое в российском международном частном праве (о новеллах раздела VI части третьей Гражданского кодекса РФ) // СПС «КонсультантПлюс».
10. Ивакина Н. Н. Профессиональная речь юриста : учебное пособие. — М. : Норма, 2008.
11. Киселев О. А. О видах и классификационных основаниях правовых оценочных понятий // Предпринимательство и право. Информационно-аналитический портал. URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=5868> (дата обращения: 14.12.2017).
12. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации : в 3 т. — М. : Юрайт, 2004. — Т. 3. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей / под ред. Т. Е. Абовой, М. М. Богуславского, А. Г. Светланова.
13. Комментарий к Гражданскому кодексу РФ, части третьей (постатейный) / Р. И. Виноградова, Г. К. Дмитриева, В. С. Репин ; под ред. В. П. Мозолина. — М. : Инфра-М ; Норма, 2002.
14. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации. Часть третья : учебно-практический комментарий / Е. Н. Абрамова, Н. Н. Аверченко, В. В. Грачев [и др.] ; под ред. А. П. Сергеева. — 2-е изд., перераб. и доп. — М. : Проспект, 2016.
15. Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации (постатейный) / под ред. А. Л. Маковского, Е. А. Суханова. — М. : Юрист, 2002.
16. Макаров А. Н. Основные начала международного частного права. — М., 2005.
17. Малкин О. Ю. Правовое регулирование выбора права сторонами договора. — М. : Изд-во СГУ, 2008.
18. Матузов Н. И., Малько А. В. Теория государства и права : учебник. — М. : Юрист, 2002.

19. Международное частное право: современные проблемы. — М. : Теис, 1994.
20. Научно-практический комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части первой (постатейный) / Н. Н. Агафонова, С. В. Артеменков, В. В. Безбах [и др.] ; под ред. В. П. Мозолина, М. Н. Малеиной. — М. : Норма, 2004.
21. Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности в условиях вступления Российской Федерации во Всемирную торговую организацию : монография / под ред. Г. К. Дмитриевой. — М. : Норма ; Инфра-М, 2013.
22. Раапе Л. Международное частное право. — М. : Иностранная литература, 1960.
23. Решетникова Н. Д., Савинова А. О. Языки аналитические и синтетические // Молодой ученый. — 2013. — № 12. — С. — 873—877.
24. Теория государства и права : учебник для юридических вузов и факультетов / С. С. Алексеев, С. И. Архипов, В. М. Корельский [и др.] ; под ред. С. С. Алексеева. — М. : Норма, 2004.
25. Шулаков А. А. Взаимодействие институтов международного частного права // Журнал международного частного права. — 2014. — № 4 (86). — С. 18—43.
26. Шулаков А. А. Коллизионные нормы, как выражение принципа «наиболее тесной связи» в международном частном праве // Право и образование. — 2007. — № 10. — С. 145—156.
27. Шулаков А. А. Принципы голландской коллизионной доктрины и законодательство США и европейских стран по международному частному праву // Lex Russica. — 2016. — № 11 (120). — С. 117—125.
28. Kommentar zum § 6 IPRG Ulrike Christine Walter am 09.03.2012 // URL: <https://www.jusline.at/gesetzeskommentare/456476383> (дата обращения: 14.12.2017).
29. Pentzlin F. Der universelle Ordre Public im Wirtschaftsrecht als ein Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts. — Munchen : Florentz, 1985.
30. Savigny F. C. von. System des heutigen Römischen Rechts. — Bd. 8. — Berlin, 1849. — 562 S.

Материал поступил в редакцию 4 февраля 2018 г.

## PUBLIC POLICY IN PRIVATE INTERNATIONAL LAW AND PROBLEMS OF INTERPRETATION AND APPLICATION OF THE SUPER MANDATORY AND MANDATORY PROVISIONS

**SHULAKOV Andrei Anatol'evich** — PhD in Law, Associate Professor of the Department of Private International Law, Kutafin Moscow State Law University (MSAL)  
 docent-law@rambler.ru  
 125993, Russia, Moscow, ul. Sadovaya-Kudrinskaya, 9

**Abstract.** *The analysis of domestic and foreign legal acts and doctrine leads to the conclusion that the distinction between super-mandatory and mandatory provisions is possible only based on separation of the spheres of public policy in the country (in the sense of private international law or the meaning of civil law). The definition of these areas and their constituent standards is possible through establishing public interests provided by these rules. The super-mandatory provisions (article 1192 of the Civil Code of the Russian Federation) and provisions applicable in the framework of the public policy exception (article 1193 of the Civil Code of the Russian Federation) make up a sphere of “public policy in private international law”. These provisions are based on public interest, which are constitutional meaningful values. Mandatory provisions, ensuring the safeguard clause provided for in paragraph 5 and paragraph 6 of article 1210 of the Civil Code of the Russian Federation and paragraph 2 of article 1123 of the Civil Code of the Russian Federation, cover the sphere in which the doctrine of private international law relates to “public policy in the sense of civil rights.” Mandatory provisions are based on public interest, not related to constitutionally significant values. It is established that a universal criterion for determining the need to use super-mandatory and mandatory provisions of foreign law protecting different areas of public policy from foreign law is the criterion of damage to the interests of public policy associated with negative consequences. It is concluded that in contrast to the established in the legislation concept of “norms of direct applicability” (article 1192 of the Civil Code of the Russian Federation), adopted in the national legal doctrine, the term “super-mandatory provisions” conforms to the rules of the Russian language and legal technique. The prefix “super” indicates not only the hierarchy but also the system of norms in the bunch of “super-mandatory provisions — mandatory provisions”. The term “norms of direct applicability” does not provide such a system of hierarchy.*

**Keywords:** *private international law, public policy, public interest, constitutionally significant values, mandatory provisions, norms of direct applicability, public policy exception, mandatory provisions, criteria for damage assessment, legal technique.*

## REFERENCES

1. Abramova E. N., Averchenko N. N., Grachev V. V., et al. Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii. Chast' tret'ia: uchebno-prakticheskii kommentarii [Commentaries to the Civil Code of the Russian Federation. Part 3. Tutorial review]. Sergeev A. P. (ed.). Second edition, rev. and suppl. 2016. Moscow: Prospect.
2. Alekseev S. S., Arkhipov S. I., Korelskii V. M., et al. Teoriia gosudarstva i prava. Uchebnik dlia iuridicheskikh vuzov i fakul'tetov [Theory of State and Law. Textbook for law universities and faculties]. Alekseev S. S. (ed.). 2004. Moscow: Norma.
3. Asoskov A. V. Transgranichnye i vnutrennie kontrakty: predely avtonomii voli storon pri vybore primenimogo prava [Cross-border and domestic contracts: the limits of the autonomy of parties' will in choice of law]. Vestnik grazhdanskogo prava [Civil Law Review]. 2011. Vol. 11. No. 4. P. 4—31.
4. Asoskov A. V. Kollizionnoe regulirovanie dogovornykh obiazatel'stv [Conflict regulation of contractual obligations]. 2012. Moscow: Infotropic Media. P. 640. Legal Reference Computer System Consultant Plus.
5. Asoskov A. V. Reforma razdela VI «Mezhdunarodnoe chastnoe pravo» Grazhdanskogo kodeksa RF [Reform of section VI "International private law" of the Civil Code of the Russian Federation]. Khoziaistvo i parvo [Economy and law]. 2014. Moscow. No. 2.
6. Belov V. A. Chto izmenilos' v Grazhdanskom kodekse?: Prakticheskoe posobie [What has changed in the Civil code?: A practical guide]. 2014. Moscow: Iurait. P. 183. Legal Reference Computer System Consultant Plus.
7. Brun M. I. Publichnyi poriadok v mezhdunarodnom chastnom prave [Public order in international private law]. 1916. Petrograd: Senate printing office.
8. Wolff M. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo [Private International law]. 1948. Moscow.
9. Grazhdanskii kodeks Rossiiskoi Federatsii. Mezhdunarodnoe chastnoe pravo. Postateinyi kommentarii k razdelu VI [The Civil Code of the Russian Federation. Private International Law. Article-by-article commentary to section VI]. Boguslavsky M. M., Gongalo B. M., Demkina M. A., et al. in Krashenninnikov P.V. (ed.). 2014. Moscow: Statut.
10. Zhiltsov A. N. Novoe v rossiiskom mezhdunarodnom chastnom prave (o novellakh razdela VI chasti III Grazhdanskogo kodeksa RF)» (Podgotovlen dlia sistemy Konsul'tant Plius, 2002) [New in the Russian private international law (the novels of section VI of part III of the Civil code (Prepared for the system Consultant Plus, 2002))].
11. Ivakina N. N. Professional'naia rech' iurista: ucheb. posbie [Professional speech of the lawyer: Tutorial]. 2008. Moscow: Norma.
12. Kiselev O. A. O vidakh i klassifikatsionnykh osnovaniakh pravovykh otsenochnykh poniatii [On the types and classification of the legal bases of evaluative concepts]. Predprinimatel'stvo i parvo [Entrepreneurship and law]. Information analytical portal. Article publication date: 26.05.2015 URL: <http://lexandbusiness.ru/view-article.php?id=5868> (last visited December 14, 2017).
13. Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii: v treh chastiakh [Commentary to the Civil Code of the Russian Federation: in three vol]. Abova T. E., Boguslavskii M. M., Svetlanova A. G. (eds.). Institute of state and law of RAN. 2004. Moscow: Iurait. Vol. 3.
14. Kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii, chast'tri (postateinyi) [Commentary to the Civil Code of the Russian Federation, part three (article-by-article)]. Vinogradova R. I., Dmitriev G. K., Repin V. S. in Mozolin V. P. (ed.). 2002. Moscow: INFRA-M-NORMA.
15. Kommentarii k chasti tret'ei Grazhdanskogo kodeksa Rossiiskoi Federatsii (postateinyi) [Commentary to part three of the Civil Code of the Russian Federation (article by article)]. Makovsky A.L., Sukhanova, E.A. (eds.). 2002. Moscow: Iurist.
16. Kommentarii k razdelu VI «Mezhdunarodnoe chastnoe pravo» chasti tret'ei Grazhdanskogo kodeksa RF (postateinyi) (Grigor'ev V.V.) (Podgotovlen dlia sistemy Konsul'tant Plius, 2014) [Commentary to section VI "Private International law" part three of the Civil Code of the Russian Federation (article-by-article). Grigoriev V. V. Prepared for the system Consultant Plus]. 2014.



17. *Makarov A. N.* Osnovnye nachala mezhdunarodnogo chastnogo prava [The basic principles of private international law]. 2005. Moscow.
18. *Malkin O. Iu.* Pravovoe regulirovanie vybora prava storonami dogovora [Legal regulation of choice of law by the parties to the contract]. 2008. Moscow: Izd-vo SGU.
19. *Matuzov N. I., Mal'ko A. V.* Teoriia gosudarstva i prava. Uchebnik [Theory of State and Law. Textbook]. 2002. Moscow: Iurist.
20. *Mezhdunarodnoe chastnoe pravo: sovremennye problem* [Private international law: Current Issues]. 1994. Moscow: TEIS.
21. Nauchno-prakticheskii kommentarii k Grazhdanskomu kodeksu Rossiiskoi Federatsii, chasti pervoi (postateinyi) [Scientific and practical commentary to the Civil Code of the Russian Federation, first part (article-by-article)]. Agafonov N.N. Artemenkov S. V., Bezbakh V.V. et al. Mozolin V. P., Maleina M.N. (eds.). 2004. Moscow: NORMA.
22. Pravovoe regulirovanie vneshneekonomicheskoi deiatel'nosti v usloviakh vstupleniia Rossiiskoi Federatsii vo Vsemirnuu torgovuiu organizatsiiu: Monografiia [Legal regulation of foreign economic activity in conditions of Russia's accession to the World Trade Organization: Monograph]. Dmitrieva G. K. 2013. Moscow: Norma, Infra-M.
23. *Raape L.* Mezhdunarodnoe chastnoe pravo [Private International Law]. 1960. Moscow: Publishing House "Inostrannaya Literatura".
24. *Reshetnikova N. D., Savinova A. O.* Iazyki analiticheskie i sinteticheskie [Analytical and synthetic Languages]. Molodoi uchenyi [Young scientist]. 2013. No. 12. P. 873—877.
25. *Shulakov A. A.* Kollizionnye normy, kak vyrazhenie printsipa «naibolee tesnoi svyazi» v mezhdunarodnom chastnom prave [Conflict rules, as an expression of the principle of the “closest connection” in private international law]. Pravo i obrazovanie [Law and education]. 2007. No. 10. P. 145—156.
26. *Shulakov A. A.* Vzaimodeistvie institutov mezhdunarodnogo chastnogo prava [Interaction of institutes of private international law]. Zhurnal mezhdunarodnogo chastnogo prava [Journal of private international law]. 2014. St. Petersburg. No. 4 (86). P. 18—43.
27. *Shulakov A. A.* Printsipy gollandskoi kollizionnoi doktriny i zakonodatel'stvo SShA i evropeiskikh stran po mezhdunarodnomu chastnomu pravu [The Dutch principles of conflict of laws doctrines and laws of the United States and European countries on private international law]. 2016. Moscow: LEX RUSSICA. No. 11 (120). P. 117—125.
28. Kommentar zum § 6 IPRG Ulrike Christine Walter am 09.03.2012 // <https://www.jusline.at/gezetzeskommentare/456476383> (last visited 14 December 2017).
29. *Pentzlin F.* Der universelle Ordre Public im Wirtschaftsrecht ein als Ordnungsprinzip des innerstaatlichen Rechts. Munchen: Florentz, 1985.
30. *Savigny, Friedrich Carl von:* System des heutigen Römischen Rechts. Bd. 8. Berlin, 1849.