

Глинщикова Т.В.,

кандидат юридических наук, доцент

*Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования «Кубанский государственный аграрный университет*

имени И.Т. Трубилина»

Россия, г. Краснодар

Филатова А.А.,

студент

4 курс, факультет «Заочного обучения»

*Федеральное государственное бюджетное образовательное учреждение
высшего образования «Кубанский государственный аграрный университет*

имени И.Т. Трубилина»

Россия, г. Краснодар

ВОПРОСЫ ПРИМЕНЕНИЯ СВЕРХИМПЕРАТИВНЫХ НОРМ В ПРАКТИКЕ МЕЖДУНАРОДНЫХ КОММЕРЧЕСКИХ АРБИТРАЖЕЙ

Аннотация: Статья посвящена рассмотрению внешнеэкономических споров в международном коммерческом арбитраже. В статье рассматривается разрешение споров в различных арбитражных институциях. Также рассматривается расширение границы дел, которые возможно передать на рассмотрение в международный арбитраж. В статье обсуждаются вопросы применения сверхимперативных норм в практике международных коммерческих арбитражей.

Ключевые слова: международный коммерческий арбитраж, сверхимперативные нормы, международное частное право, международные споры.

Annotation: The article is devoted to the consideration of foreign economic disputes in commercial arbitration. The article is available to resolve disputes in

various arbitration institutions. Extension of borders can be considered in international arbitration. The article discusses the application of super-imperative norms in the practice of international commercial arbitration.

Key words: *international commercial arbitration, super-peremptory norms, international private law, international disputes.*

На сегодняшний день рассмотрение внешнеэкономических споров в международном коммерческом арбитраже очень распространено, многие внешнеторговые контракты содержат арбитражные оговорки, подразумевающие разрешение споров в различных арбитражных институциях, среди которых наиболее авторитетными являются Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ, Лондонский международный третейский суд (London Court of International Arbitration), Международный арбитражный суд (International Court of Arbitration) при Международной торговой палате, Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма (Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce), и другие.

Помимо роста количества дел, рассматриваемых в арбитражном порядке, в последние десятилетия также расширяются границы дел, которые возможно передать на рассмотрение в международный арбитраж.

В ходе рассмотрения спора арбитры, так же как и судьи государственных судов, сталкиваются с вопросом применения норм непосредственного применения. Причем, как указывает профессор Марк Блессинг, этот вопрос является одним из сложнейших вопросов, с которым арбитры сталкиваются в более чем 50 процентах случаях.

На данный момент как международно-правовые (такие как Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений и Европейская Конвенция о внешнеторговом арбитраже), так и национальные акты воздерживаются от регулирования данной проблемы. Вероятно, во многом это обусловлено тем, что зачастую акты, посвященные арбитражу, относятся к

временам, когда теория норм непосредственного применения находилась на этапе становления, то есть соответствующие положения содержались в основном в доктрине.

В то же время представляется, что главной причиной недостатка нормативного регулирования данного вопроса кроется в сложности выработки какого-либо универсального подхода. Прежде всего, это связано с особым статусом арбитров: их полномочия обусловлены волей сторон, которой они остаются связаны также в части выбора применимого права. В этом состоит их важное отличие от государственных судей. Сверхимперативные нормы, применяемые национальными судами в силу своего существования, исключают действие права, применимого к договору, определяемого на основе коллизионных норм *lex fori*. Однако у арбитров нет *lex fori* в смысле *lex fori* национальных судов. Таким образом, принцип, в соответствии с которым сверхимперативные нормы *lex fori* имеют естественное преимущество перед правом, применимым на основе соответствующих коллизионных норм, и должны применяться государственным судьей, не применимы в арбитраже вне зависимости от права, регулирующего договор. Кроме того, для арбитра нет понятия *lex fori* и он не должен проводить различий между сверхимперативными нормами страны суда и иностранными сверхимперативными нормами. Для арбитра играет роль только тот факт, относится ли сверхимперативная норма к *lex contractus* или к иной правовой системе.

С другой стороны, решение, вынесенное арбитрами, должно быть исполнимо, т.е. должны отсутствовать основания для отказа в приведении в исполнение арбитражного решения, включающие учёт сверхимперативных норм. В частности, Арбитражный Регламент ЛМТС, предусматривает, что «по всем вопросам, прямо не предусмотренным в Арбитражном соглашении, Суд ЛМТС, ЛМТС, Регистратор, Состав арбитража и каждая из сторон всегда будет действовать добросовестно, уважая дух Арбитражного соглашения, и прилагают все разумные усилия для обеспечения юридического признания и

принудительного исполнения любого арбитражного решения в месте проведения арбитражного разбирательства.» Таким образом, обязанность вынесения исполнимого решения диктует необходимость анализа арбитрами норм непосредственного применения. Кроме того, это повышает уровень доверия к арбитражу как способу разрешения споров из внешнеэкономических договоров. В этой связи Ив Дирейн, в прошлом секретарь Международного арбитражного суда при Международной торговой палате, отмечал следующее: «Зачастую арбитры не ограничиваются лишь указанием на то, что сверхимперативные нормы не являются нормами *lex contractus* обосновывая отказ в их применении. В действительности определение сторонами права, применимого к договору, не означает исключение сторонами всех сверхимперативных норм, имеющих связь с договором. По этой причине арбитры предпочитают в каждом случае обосновывать отсутствие серьёзных оснований для применения тех или иных сверхимперативных норм».

Возвращаясь к рассмотрению нормативно-правовых актов, регулирующих вопросы применения сверхимперативных норм, следует осветить следующий документ. В 1980 году рабочая группа Комиссии по праву и коммерческой практике Международной торговой палаты подготовила проект, касающийся права, применимого к международным договорам (ICC Draft Recommendations). Данный проект предусматривал два варианта применения сверхимперативных норм: возможность применения арбитрами сверхимперативных норм права, имеющего тесную связь с договором, и сверхимперативных норм права государства возможного места приведения в исполнения арбитражного решения.

По мнению правоведа Мохаммада Реза Баниассади, арбитр, который принимает решение о применении норм непосредственного применения, сталкивается с тремя основными проблемами: (1) представление сторон о том, что сверхимперативные нормы подразумевают ненужное вмешательство в исполнение внешнеторгового контракта; (2) конфликт между публичным

интересом, лежащим в основе сверхимперативных норм, и волей сторон; и (3) признание и приведение в исполнение вынесенного арбитражного решения. [1]

Вместе с тем, как указывает автор, решение арбитров о применении сверхимперативных норм зависит от того, имеет ли место одна из следующих ситуаций: (i) стороны договора предусмотрели применимое право и рассматриваемые сверхимперативные нормы являются частью этого права; (ii) стороны договора предусмотрели применимое право, но сверхимперативные нормы не являются его частью; и (iii) стороны договора предоставили выбор применимого права арбитрам.

Учитывая, что правоотношения могут иметь связь одновременно с несколькими правопорядками, арбитр должен рассмотреть следующие группы сверхимперативных норм:

1. сверхимперативные нормы *lex contractus*;
2. сверхимперативные нормы *lex fori*;
3. сверхимперативные нормы третьего государства (например, государства места исполнения договора или вероятного приведения в исполнение арбитражного решения); и
4. нормы транснационального (международного) публичного порядка.

В случае, когда стороны осуществили выбор применимого права, встает вопрос о том, должны ли арбитры применять сверхимперативные нормы, принадлежащие такому праву? Кроме того, исходя из принципа автономии воли, могут ли стороны исключить в договоре применение сверхимперативных норм?

Аргументом за применение сверхимперативных норм права, применимого к договору, служит тот факт, что такое применение будет соответствовать желанию сторон. Когда стороны избирают определенный свод правил для регулирования существа спора, можно предположить, что сторонам знакомо его содержание и, соответственно, нормы непосредственного применения. Следовательно, отмеченный ранее дуализм между справедливостью выносимого

арбитрами решения и волей сторон в данном случае не вызывает беспокойства.

Некоторые авторы относятся к этому вопросу более радикально и указывают на то, что арбитр обязан применять материальное право во всей целостности, включая сверхимперативные нормы, даже если они противоречат контрактным договоренностям сторон, более того, даже если стороны исключили какие-либо нормы применимого права своим соглашением, арбитры все равно будут применять избранное право в целом.

На ряду с ярыми сторонниками применения арбитражем норм непосредственного применения, существуют и противоположные мнения. Например, точка зрения Пьера Майера заключается в том, что сверхимперативные нормы применимого права должны учитываться при соблюдении следующих условий: (i) стороны не исключили их применений; и (ii) об их применении просит одна из сторон. Следовательно, если одно из условий отсутствует, то арбитры не полномочны применить нормы непосредственного применения, так как их полномочия имеют место лишь в той мере, в которой они наделены ими сторонами. [2]

Однако этот подход представляется неверным в свете того, что в силу своей природы сверхимперативные нормы направлены на защиту государственных интересов, а не частных интересов участников правоотношений, следовательно, их применение не должно зависеть от воли сторон.

Теоретически, точка зрения, в соответствии с которой свобода сторон в выборе права должна также подразумевать свободу в исключении сверхимперативных норм указанного права, имеет право на существование. Однако, по мнению ряда правоведов, выбор сторон должен преобладать в той степени, в которой он совпадает с публичным порядком. Соответственно, представляется, что арбитры не обязаны принимать во внимания исключения применения сверхимперативных норм в силу принципа автономии воли.

Кроме того, тезис о том, что признаваемый в международном частном праве принцип автономии воли сторон при определении договорных условий не позволяет исключить соглашением сторон использование при разрешении спора императивных норм применимого национального законодательства, подтверждается и практикой МКАС РФ. В решении от 13 апреля 2004 года по делу 185/2002 арбитраж отвергает соображения истца (российской организации), согласно которым принцип автономии воли сторон позволяет в международном частном праве исключить применение императивных норм применимого права. Истец, ссылаясь на принцип автономии воли сторон в международном частном праве, утверждал, что стороны договора вправе исключить применение права любого государства и что должно быть отдано предпочтение условиям подписанного договора. Нормы же национального права могут применяться лишь в субсидиарном порядке. Ответчик (индийская организация) оспаривал это утверждение истца, отметив, что современное международное частное право признает наличие императивных норм применимого права, которые обязаны соблюдать все участники договорного процесса. Спорящие стороны не определили в заключенном ими договоре применимое к нему право, и, руководствуясь коллизионной нормой своего права, действовавшего на момент заключения названного договора, МКАС установил, что таким правом является право страны продавца, т.е. право Индии. [3]

Однако часть правоведов выражает мнение, что свобода выбора сторон распространяется и на возможность исключения входящих в его состав сверхимперативных положений. Ив Дерейн считает, что арбитры должны уважать выбор сторон так, как если бы они подчинили соглашение праву, не содержащему такие норм, так как стороны могли бы избежать применения таких норм выбрав право, не содержащее аналогичных положений. С такой точкой зрения сложно согласиться, и наиболее обоснованным и верным кажется подход, описанный ранее, в соответствии с которым арбитры вправе применять сверхимперативные нормы даже при исключении таковых сторонами.

Некоторые авторы задаются вопросом о том, влияет ли на применимость сверхимперативных норм в отсутствие выбора сторонами применимого права тот факт, что применимое право избирают арбитры на основании соответствующих коллизионных норм. В этой связи Nyder Razvi утверждает, что так как коллизионные нормы, служащие инструментом определения применимого права, по своему смыслу определяют право государства, с которым соглашение имеет наиболее тесную связь, то все указывает на то, что арбитражный трибунал должен применять нормы непосредственного применения этого государства. Это объясняется тем, что сделка безусловно имеет влияние на это государство. Однако арбитры должны сбалансировать интересы этого государства с интересами других государств, также имеющих связь с соглашением. [4]

Как уже было отмечено ранее, каждый судья государственного суда имеет определенный *lex fori*. Это обуславливает его обязанность применять определенные нормы непосредственного применения правопорядка страны суда, которой он был наделен полномочиями, вне зависимости от того, каким правом регулируется договор. Как определено в статье 9.1 Регламента Рим I, такими нормами будут считаться нормы, направленные на защиту публичных интересов государства. В той мере, в которой указанный критерий соблюдается, у государственного судьи не возникнет сомнений в применении сверхимперативной нормы.

Например, раздел 5 Закона Норвегии о праве, применимом к договорам страхования, прямо указывает на то, что императивные нормы норвежского законодательства должны всегда рассматриваться как имеющие преимущественную юридическую силу без учета права, избранного сторонами договора.

На практике при заключении дистрибьюторского договора между норвежской и индийской компаниями в случае, если в качестве применимого стороны избирают норвежское право, но в то же время исключают своим

соглашением действие статьи 10 норвежского закона о конкуренции, арбитры скорее всего откажут в признании этого положения и на законных основаниях применят сверхимперативные нормы конкуретного законодательства Норвегии.

Однако для арбитража данные правила не применимы. Тот факт, что стороны выбрали в качестве места рассмотрения спора определенное государство, не указывает на то, что тем самым они хотели распространить на свои отношения действие той или иной правовой системы. Зачастую стороны руководствуются географическим удобством или соображениями нейтральности. Например, во времена политической напряженности между Соединенными Штатами и Россией стороны часто избирали Арбитражный институт Торговой палаты Стокгольма в качестве форума для рассмотрения споров, так как рассматривали Швецию политически нейтральным государством. [5]

Кроме того, в международном частном праве существует теория делокализации. Главной целью этой теории является освободить международный коммерческий арбитраж от влияния места его проведения. Изначально это теория зародилась в связи с вопросом о применении арбитражем процессуальных норм места рассмотрения спора. Сторонники этой теории делают акцент на том, что в соответствии с принципом автономии воли сторон, согласно которому стороны вольны в выборе процедуры рассмотрения спора арбитражем, процессуальные нормы места арбитража не должны иметь действия.

В отношении применения сверхимперативных норм *lex fori* сторонники теории высказываются негативно, аргументируя свою позицию тем, что стороны не предусмотрели действие указанных норм для своего договора, и, следовательно, не могли предвидеть их применение, что, в свою очередь, ограничивает их волю. Сверхимперативные нормы места арбитража могут быть приняты во внимание только в том случае, если они отражают "фундаментальные принципы, широко признанные на международном уровне". Таким образом, представляется неверным и неубедительным отказ арбитража,

рассматривающего дело в Швейцарии, в признании требования о штрафных убытках в размере 100,000 долларов в силу исключительно положений публичного порядка Швейцарии. Отказывая в требовании, арбитраж аргументировал это тем, что указанные убытки выходят за рамки компенсаторных убытков, и, таким образом, имеют характер наказания, не соответствующий публичному порядку Швейцарии, который трибунал должен уважать.

Следует согласиться с точкой зрения профессора международного частного права Санчеза Лоренцо, который также высказался по поводу неприменения арбитражем сверхимперативных норм *lex fori* следующим образом: "В сфере международного арбитража императивные нормы *lex arbitri* (отражение *lex fori* в смысле статей 7.2 Римской конвенции и 9.3 Регламента Рим I) должны быть исключены. Некоторые правопорядки, например Швейцария (статья 176.1 Закона о международном частном праве) принуждающие арбитров принимать во внимание швейцарские сверхимперативные нормы в качестве права места рассмотрения спора, вызывают критическое отношение. Согласно такому подходу, роль *lex arbitri* становится первостепенным в области арбитражного процесса, в то время как в общем случае *lex arbitri* должен выполнять вспомогательную и ограничительную функцию. Однако такая функция не должна распространяться на рассмотрение дела по существу." Кроме того, рассмотрение арбитрами сверхимперативных норм места рассмотрения спора не может быть обусловлено как принципом международного единообразия судебных решений, так и принципом международной вежливости.

Для выявления тенденции применения или отказа от сверхимперативных норм третьего государства, полезно рассмотреть опыт национальных судебных систем, так как такая проблема возникает в основном в деятельности таковых. В этом смысле подходы англо-правовых и континентальных систем права различаются. В большинстве юрисдикций общего права подход таков, что сверхимперативные нормы не подлежат применению, если они не являются

частью закона суда или права, применимого к договору. Эта позиция отражена в труде Дайси и Морриса "Коллизии законов". Аналогичного подхода придерживаются в Австралии. Точка зрения американских юристов на проблему применения нормы непосредственного применения более либеральна - американский Restatement of Laws of Conflicts позволяет применять сверхимперативные нормы государства, которое имеет более существенный интерес в определенной проблеме нежели государство, право которого было избрано для регулирования договора, и которое, при отсутствии выбора сторон, было бы избрано в качестве применимого на основе коллизионных норм. Нежелание большинства юрисдикций общего права полностью признать применение иностранных сверхимперативных норм зачастую основано на том, что признание таковых вызвало бы неопределенность, так как стороны были бы неспособны определить заранее нормы, которые могут оказать влияние на из сделку.

Системы гражданского права, напротив, более склонны к применению иностранных сверхимперативных норм. Указанный подход можно проиллюстрировать на примере статьи 19 швейцарского закона "О международном частном праве", которая предусматривает, *inter alia*, следующее: "Императивная норма, принадлежащая к иному правопорядку, нежели тот, на который указывает настоящий Закон, может быть принята во внимание, если дело находится в тесной связи с иным правопорядком, причем учета данной императивной нормы требуют законные интересы, имеющие с точки зрения общих начал швейцарского права бесспорно решающее значение." Схожим образом, право Нидерландов признает возможность применения сверхимперативных норм третьего государства независимо от волеизъявления сторон, если в интересах такого иностранного государства, чтобы определенные его нормы применялись и вне его территории. Немецкие суды также признают возможность применения иностранных сверхимперативных норм. В одном из дел Верховный суд Германии применил императивную норму права Нигерии,

запрещающую экспорт предметов искусства, в то время как право Нигерии не было применимо к договору. [6]

Таким образом, системы гражданского права в основном готовы применять нормы непосредственного применения иностранных государств, в то время как юрисдикции общего права менее склонны к этому. Однако, следует отметить, что даже в тех государствах, в которых применение иностранных сверхимперативных норм в основном не допускается, широко признается, что способ исполнения договора, в противовес существу обязательства, регулируется правом места исполнения (*lex loci solutionis*). Это правило основано на презумпции того, что у сторон должно было быть намерение включить в договор те положения законодательства места исполнения, которые относятся к форме, в которой обязательства должны быть исполнены. Например, канадская компания принимает на себя обязательства по строительству индустриального комплекса в Нигерии. Таким образом, вне зависимости от того, какому праву подчинен договор, строительство комплекса будет регулироваться местным градостроительным и трудовым законодательством.

Кроме того, консенсус в отношении применения сверхимперативных норм не только применимого права, но и других правовых систем, находит отражение и в международных конвенциях, которые, однако напрямую не применимы к арбитражу. Например, статья 16 Конвенции УНИДРУА о праве, применимом к агентским соглашениям, 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.

Использование критерия природы и цели сверхимперативной нормы в качестве руководящего принципа при определении ее применимости неизменно относится к применению права места исполнения договора. Такая ситуация складывается вследствие того, что презюмируется, что стороны понимают, что

договор должен быть исполнен в соответствии с правилами государства, где исполнение будет иметь место. Бесспорно, арбитры будут неохотно требовать исполнения стороной договора или выплаты убытков за неисполнение, если сверхимперативные нормы места исполнения договора делают это невозможным.

Арбитры, как хранители международного коммерческого порядка, должны отказаться от принудительного исполнения договора, если он противоречит международному публичному порядку. Такая позиция нашла отражение и в судебной практике в решении ICC по делу № 1110. В этом деле заявитель требовал определенную сумму денег в качестве комиссии за его усилия в оказании помощи ответчику по заключению договора государственных закупок. Определив, что запрашиваемая комиссия составляет нарушение транснационального публичного порядка, арбитры указали на следующее: «Широко признается, что существует общий принцип права, признанный цивилизованными нациями, в соответствии с которым договоры, существенно нарушающие мораль и нравственность или международный публичный порядок, являются недействительными или, по крайней мере, не подлежащими принудительному исполнению судом или арбитрами. Этот принцип наиболее подходит для использования в международных арбитражных судах, в которых отсутствует «закон суда» в обычном смысле этого слова». Арбитр отказался продолжить разбирательство, считая, что в сделке присутствует коррупция в качестве «международного зла; это противоречит добрым нравам и международному публичному порядку, который является общим для сообщества наций».

Однако применение норм международного порядка сопряжено с определенными сложностями. С трудностями учета норм транснационального публичного порядка сталкиваются, во-первых, стороны - при доказывании универсальности того или иного принципа; и, во-вторых, арбитры – так как

отсутствуют критерии того, насколько принцип должен быть универсально признан, чтобы признаваться «истинно наднациональным».

Наконец, существует неопределенность относительно того, как арбитры должны реагировать, если прямо выраженный выбор сторонами права или установление определенных условий договора противоречит устоявшемуся международному публичному порядку. В то время как арбитр не должен игнорировать положения международного публичного порядка, арбитру может оказаться трудно поддерживать юрисдикцию, когда такой прямо выраженный выбор сторон должен быть проигнорирован.

ИСПОЛЬЗОВАННЫЕ ИСТОЧНИКИ

1. Белоглазек А.И. Европейское международное частное право - договорные связи и обязательства. Т. II. Киев: Таксон, 2010. С. 153, 158;
2. Новикова, О.В. Оговорка о публичном порядке и сверхимперативных нормах в английской доктрине международного частного права: дис. ... канд. юрид. наук / Новикова О.В. - М., 2011. - 30 с.
3. Розенберг М.Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда/ М.Г. Розенберг. - 2-е изд., перераб. и доп. - М.: Статут, 2000. - 304 с.
4. Траян Бендевский. Международное частное право / Бендевский Траян. - М.: - Статут, 2005. - 443 с.
5. Международное частное право: учебник / [Власов Н.В. и др.]; отв. ред. – Н.И. Марышева; - 3-е изд., перераб. и доп. – М.: Юридическая фирма «Контракт»; Волтерс Клувер, 2010. – 928 с.
6. Канашевский В.А. Коллизионное регулирование договоров с участием потребителей // Международное публичное и частное право. 2016. N 4. С. 22 - 25.