

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

УЧЕБНИК

*Издание четвертое,
переработанное и дополненное*

_____ Ответственный редактор _____
доктор юридических наук, профессор
Г. К. Дмитриева



Электронные версии книг на сайте
www.prospekt.org



• ПРОСПЕКТ •

Москва

2016

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2я73
М43

Электронные версии книг
на сайте www.prospekt.org

Авторы:

Дмитриева Г. К. — д-р юрид. наук, проф. — предисловие, гл. 1, 3–8 (1–5), 9, 10, 12 (1–6, 9), 15, 19, 21 (совместно с О. В. Лутковой), 21, 23;
Еремичев Е. Н. — канд. юрид. наук, доц. — гл. 8 (6–8), гл. 12 (7);
Кутузов И. М. — канд. ист. наук, доц. — гл. 13;
Луткова О. В. — канд. юрид. наук, доц. — гл. 19, 20, 21 (совместно с Г. К. Дмитриевой);
Мамаев А. А. — канд. юрид. наук, доц. — гл. 22;
Скачков Н. Г. — канд. юрид. наук, доц. — гл. 16;
Стародубцев Г. С. — д-р юрид. наук, проф. — гл. 2;
Федосеева Г. Ю. — д-р юрид. наук, проф. — гл. 17, 18;
Филимонова М. В. — канд. юрид. наук, проф. — гл. 11, 14.
Ответственный редактор — доктор юридических наук, профессор **Дмитриева Г. К.**

М43 Международное частное право: учебник / отв. ред. Г. К. Дмитриева. — 4-е изд., перераб. и доп. — Москва : Проспект, 2016. — 680 с.

ISBN 978-5-392-19535-0

В учебнике, подготовленном в соответствии с Государственным образовательным стандартом и программой Московского государственного юридического университета им. О. Е. Кутафина (МГЮА), изложены все основные общие положения, характеризующие природу и специфику международного частного права, рассмотрены правовое положение иностранных граждан и юридических лиц в России и за рубежом; основные подотрасли и институты международного частного права: правовой режим собственности и интеллектуальной собственности, внешнеэкономические сделки, международные перевозки, денежные обязательства, трудовые, деликтные, брачно-семейные, наследственные отношения; вопросы международного гражданского процесса и международного коммерческого арбитража.

Учебник подготовлен на основе анализа законодательства Российской Федерации, а также законов ряда иностранных государств и международных документов.

Четвертое, переработанное и дополненное, издание настоящего учебника учитывает произошедшие изменения в национальном и международном праве. Издание подготовлено по состоянию законодательства на март 2015 г.

Для магистров, аспирантов и преподавателей юридических вузов и факультетов, экономических и других учебных учреждений, специализирующихся на международной предпринимательской деятельности, а также для юристов-практиков.

УДК 341.9(075.8)
ББК 67.412.2я73

Учебное издание

Дмитриева Галина Кирилловна и др.

МЕЖДУНАРОДНОЕ ЧАСТНОЕ ПРАВО

Учебник

Оригинал-макет подготовлен компанией ООО «Оригинал-макет»

www.o-maket.ru; тел.: (495) 726-18-84

Санитарно-эпидемиологическое заключение

№ 77.99.60.953.Д.004173.04.09 от 17.04.2009 г.

Подписано в печать 16.09.2015. Формат 60×90^{1/16}.

Печать цифровая. Печ. л. 42,5. Тираж 200 экз. Заказ №

ООО «Проспект»

111020, г. Москва, ул. Боровая, д. 7, стр. 4.

© Коллектив авторов, 2010

© Коллектив авторов, 2015, с изменениями

© ООО «Проспект», 2015

ISBN 978-5-392-19535-0

УСЛОВНЫЕ СОКРАЩЕНИЯ

АПК РФ	Арбитражный процессуальный кодекс Российской Федерации 2002 г.
БМД	Бюллетень международных договоров
ВАС РФ	Высший Арбитражный Суд Российской Федерации
Вводный закон к ГГУ	Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в редакции от 27 июня 2000 г.
ВОИС	Всемирная организация интеллектуальной собственности
Ведомости ВС СССР и СНД СССР	Ведомости Верховного Совета СССР и Съезда народных депутатов СССР
Ведомости ВС РСФСР	Ведомости Верховного Совета РСФСР
ВК РФ	Воздушный кодекс Российской Федерации 1997 г.
ГК РФ	Гражданский кодекс РФ. Часть первая — 1994 г.; часть вторая — 1996 г.; часть третья — 2001 г.; часть четвертая — 2007 г.
ГПК РФ	Гражданский процессуальный кодекс Российской Федерации 2002 г.
КоБС	Кодекс о браке и семье РСФСР 1969 г. КТМ РФ — Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г.
МАК	Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате Российской Федерации
МКАС	Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации МТП — Международная торговая палата
Основы 1991 г.	Основы гражданского законодательства Союза ССР и союзных республик 1991 г.
РГ	Российская газета
САПП РФ	Собрание актов Правительства и Президента Российской Федерации
СЗ РФ	Собрание законодательства Российской Федерации
СК РФ	Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г.
ТПП РФ	Торгово-промышленная палата Российской Федерации
УНИДРУА	Международный институт по унификации частного права
ЮНИСТРАЛ	Комиссия ООН по праву международной торговли
I. C. J.	International Court of Justice (Международный суд ООН)
РСИЈ	Permanent Court of International Justice (Постоянная палата международного правосудия)

ПРЕДИСЛОВИЕ

Значение международного частного права в мировом сообществе неуклонно возрастает. Характерной закономерностью исторического развития является углубляющаяся интернационализация всех сфер жизни человеческого общества, перерастающая в глобализацию — процесс, взаимосвязывающий государства в единую мировую экономическую и общественную систему. Одним из проявлений глобализации является многогранная взаимосвязь всех факторов общественных отношений. Глобальная система торговли, финансов и производства связывает воедино благополучие отдельных людей, их объединений и государств. Главными действующими лицами в таком мировом хозяйстве и глобальном гражданском обществе выступают индивиды и их объединения. Трансграничные связи населения становятся все более динамичными, интенсивными и разнообразными. Это предопределяет ускорение развития и совершенствования международного частного права, которое должно решать все более сложные задачи, соответственно возрастает его роль как внутри страны, так и в обеспечении равноправного участия России в мирохозяйственных связях.

Взросшее значение международного частного права для мирового сообщества подчеркивалось в программных документах ООН. В докладе Генерального секретаря ООН, подготовленном во исполнение решения Совета Безопасности, говорилось, что в мире, «где люди в растущей мере взаимодействуют, выходя за пределы национальных границ, особенно важно, чтобы существовали процедуры и комплексы норм, регулирующие частноправовые отношения международного характера». И далее подчеркивалось, что совершенствование международного частного права «не только полезно для облегчения торговли, но также вносит большой вклад в формирование мирных и устойчивых отношений»¹.

Сказанным определяется повышенный интерес к изучению проблем международного частного права. В условиях углубляющейся глобализации любой практикующий юрист независимо от того, занимается ли он частной практикой или находится на государ-

¹ См.: Report of the Secretary General «An Agenda for Development». A/48/435. 1994. 6 May. P. 183, 184.

ственной или дипломатической службе, не может обойтись без основательных знаний международного частного права. Проблеме преподавания этой дисциплины, а также международного (публичного) права была посвящена специальная резолюция, принятая Институтом международного права — весьма авторитетной международной организацией — в 1997 г. на сессии в Страсбурге. Один из пунктов резолюции установил обязательное требование к юридическому высшему образованию: ни один студент не может окончить юридический факультет, не прослушав фундаментальные курсы международного публичного и международного частного права¹. При этом были сформулированы обязательные темы курса международного частного права: источники международного частного права, взаимодействие между частным и публичным международным правом, проблемы выбора права, международные контракты, иностранные юридические лица, международные деликты, международное семейное, наследственное право, принципы судебной юрисдикции, международный арбитраж, признание и исполнение иностранных судебных решений. В предлагаемом учебнике достаточно подробно разработаны указанные и некоторые другие темы.

Международное частное право, которое вопреки своему названию является национальным правом, тесно связано с иностранным правом и международным публичным правом. Поэтому сравнительное правоведение (компаративистика) играет серьезную роль при его изучении. Авторы стремились раскрыть содержание рассматриваемых вопросов на основе сравнительного анализа российского законодательства, законов ряда иностранных государств и соответствующих международных договоров.

Настоящий учебник подготовлен в соответствии с учебной программой курса «Международное частное право», утвержденной ученым советом МГЮА — коллективом преподавателей кафедры международного частного права этой же Академии. Это четвертое издание учебника «Международное частное право», вышедшего в свет в 2000 г. и переизданного в 2004 г. За короткий период произошли значительные изменения в российском законодательстве, что подтверждает динамичность процесса развития международного частного права. Прежде всего произошли серьезные изменения в разделе VI Гражданского кодекса РФ (Федеральный закон от 30 сентября 2013 г.). Потребовался анализ новой редакции правовых норм с позиции доктрины международного частного права. В ряде иностранных государств приняты новые законы по международному частному праву (Польша 2011 г., Китай 2010 г.) или внесены изменения в действующие законы (Венгрия 2010 г., Германия 2010 г. и др.).

¹ См.: *Annuaire de L'In de Droit International*. Vol. 67 — II. Paris, 1998. P. 467–471.

Происходят изменения в международных актах. Так, 24 июня 2012 г. на Дипломатической конференции, состоявшейся в г. Пекине, принят Пекинский договор по аудиовизуальным исполнениям. Гагская конференция по международному частному праву приняла Гагские принципы по выбору права, применимого к международным контрактам, Римский институт унификации частного права в 2010 г. принял новую редакцию Принципов международных коммерческих договоров. Ряд новых документов приняла Международная торговая палата: Унифицированные правила для гарантий по требованию 2010 г., Унифицированные правила для платежных банковских обязательств 2013 г. и др.

При подготовке четвертого издания использованы замечания, сделанные в опубликованных рецензиях на предыдущий учебник, результаты его обсуждения, а также учтен опыт преподавания международного частного права на основе этого учебника в разных вузах. Авторский коллектив надеется, что четвертое издание учебника будет полезно для студентов и слушателей любых учебных учреждений, в которых изучаются как общий курс международного частного права, так и отдельные спецкурсы по этой дисциплине, а также для юристов-практиков.

Часть первая

ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1

ПОНЯТИЕ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации 2001 г.; Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г.; Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г.; Гражданский кодекс Греции 1940 г.; Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (Чехия); Международное частное право 2011 г. (Польша); Федеральный закон «О международном частном праве» 1978 г. (Австрия); Указ 1979 г. № 13 о международном частном праве (Венгрия); Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ред. 2000 г.; Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г.; Закон о международном частном праве 2002 г. (Эстония); Гражданский кодекс Вьетнама 1995 г.; Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995 г.; Закон Украины о международном частном праве 2005 г.; Кодекс международного частного права — Кодекс Бустаманте 1928 г.; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ, Россия участвует); Модельный гражданский кодекс 1996 г. (СНГ)

1.1. Предмет международного частного права

Общепринятого определения предмета международного частного права в доктрине нет. Отсутствие согласия в вопросе о предмете порождает бесконечные споры о природе международного частного права и методах регулирования, источниках и системе, ибо эти и другие качественные характеристики права обусловлены природой регулируемых отношений.

В предмет международного частного права входят *частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом.*

Термин «**частноправовые отношения**» означает, что по своей природе они относятся к отношениям, которые в пределах каждого государства регулируются нормами различных отраслей частного права.

В сферу международного частного права входят: гражданская право- и дееспособность иностранных физических и юридических лиц; отношения собственности с участием иностранных физических и юридических лиц; отношения, вытекающие из внешнеэкономических (торговых, посреднических, монтажно-строительных и т. д.) договоров; финансовые и кредитно-расчетные отношения с участием иностранных физических и юридических лиц; отношения по использованию результатов интеллектуального труда (авторские, патентные и др.) иностранных физических и юридических лиц; отношения по перевозке зарубежных грузов; наследственные отношения по поводу имущества, находящегося за рубежом; браки российских граждан с иностранцами; усыновление детей российских граждан иностранцами; работа российских граждан за рубежом и др. И хотя данный перечень далеко не полный, ясно, что все перечисленное относится к отношениям, которые регулируются нормами различных отраслей частного права.

Центральное место среди них принадлежит гражданским отношениям, регулируемым нормами гражданского права. Гражданским кодексом РФ (п. 1 ст. 2) они характеризуются как имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения. К частноправовым отношениям относятся и те составные части брачно- семейных, трудовых, земельных отношений, которые так же, как и гражданско-правовые, являются прежде всего имущественными и связанными с ними личными неимущественными отношениями. Иными словами, *речь идет об отношениях, составляющих в пределах одного государства предмет частного права в целом*. Сущность частного права характеризуется независимостью и автономностью субъектов, защитой частной собственности, свободой договоров и весьма ограниченным вмешательством государства¹.

Наличие в частноправовых отношениях иностранного элемента является вторым характеризующим признаком предмета международного частного права.

Обычно иностранные элементы подразделяются на три группы в зависимости от того, как они связаны с правоотношениями.

Первая группа относится к субъектам правоотношения: его участниками выступают физические и юридические лица разных государств (например, договор купли-продажи, заключенный между российской и бельгийской фирмами; брак, заключенный российским гражданином с гражданкой Польши, и т. д.).

¹ См.: Общая теория права и государства / под ред. академика РАН В. В. Лазарева. М., 1996. С. 175–177; Алексеев С. С. Частное право. М., 1999. С. 25–33.

Вторая группа иностранных элементов относится к объектам правоотношения: оно возникает по поводу имущества, находящегося за рубежом (например, судьба имущества ликвидированной российской фирмы, которое в момент ликвидации находится за рубежом), или по поводу имущества, находящегося в России, но принадлежащего иностранцам (например, немецкая компания купила акции российской компании). Сюда же относится и находящаяся на территории иностранного государства интеллектуальная собственность (например, русский писатель издает свою книгу во Франции или товарный знак зарегистрирован в России иностранной фирмой).

Третья группа иностранных элементов относится к юридическим фактам, в результате которых возникают, изменяются или прекращаются частные правоотношения, в случае если юридический факт имел место на территории иностранного государства (например, российские граждане, будучи в Египте, заключили между собой брак; деликтное обязательство возникло в результате того, что российские граждане, путешествуя по Франции в своем автомобиле, попали в аварию, и т. п.)¹.

В конкретном частном правоотношении иностранные элементы могут присутствовать в любом сочетании: они могут относиться к одной из групп или к двум либо все три группы могут иметь иностранные элементы. Например, гражданин США (выходец из России) умер в Париже, написав перед смертью завешание в пользу российского гражданина, проживающего в России, в отношении своего вклада в швейцарском банке. Как видим, возникшее наследственное правоотношение имеет несколько иностранных элементов, относящихся ко всем трем группам. В результате своим составом данное правовое отношение охватывает четыре государства.

Число иностранных элементов может быть и большим. При этом важно отметить, что достаточно наличия в составе правовых отношений одного иностранного элемента, причем из любой группы, чтобы они вошли в предмет международного частного права. Так, если граждане России вступают между собой в брак на территории Египта, где они находятся в служебной командировке (юридический факт имеет место за границей), то этого достаточно, чтобы отношения, возникающие в связи с заключением брака, регламентировались нормами международного частного права.

Из такого понимания предмета международного частного права исходит разд. VI ГК РФ. Во-первых, из названия ст. 1186, открывающей

¹ Некоторые юристы оспаривают правомерность трехчленного деления иностранных элементов, однако не предлагают нового решения, ограничиваясь указанием на необходимость дальнейшего исследования (см., напр.: *Рубанов А. А.* Имущественные отношения в международном частном праве // Правоведение. 1983. № 6; *Кузнецов М. Н.* Некоторые особенности развития международного частного права // Советский журнал международного права. 1991. № 1).

разд. VI, — «Определение права, подлежащего применению к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или осложненным иным иностранным элементом» — следует, что нормы этого раздела предназначены для регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом. Во-вторых, п. 1 рассматриваемой статьи конкретизирует иностранный элемент в составе гражданского правоотношения. Здесь говорится о гражданско-правовых отношениях с участием иностранных граждан или иностранных юридических лиц либо осложненных иным иностранным элементом, в том числе когда объект гражданских прав находится за границей. Перечень иностранных элементов не исчерпывающий. По крайней мере две группы иностранных элементов названы прямо: субъекты и объекты правоотношений. «Иные иностранные элементы» бесспорно включают в себя юридические факты, наличие которых предусматривается во многих статьях разд. VI. Например, в ст. 1209 говорится о форме сделки, совершенных за границей; в ст. 1220 речь идет об обязательствах из причинения вреда за границей, и т. д.

Законодательное закрепление термина «гражданско-правовые» в качестве предмета правового регулирования и его широкое использование в доктрине международного частного права ни в коей мере не означают посягательство на теорию правоотношений. «Гражданско-правовые» следует понимать как отношения, подпадающие под регулирование гражданским законодательством в смысле ст. 2 ГК РФ: имущественные и связанные с ними личные неимущественные отношения. Такое понимание относится к любым частноправовым отношениям.

Можно указать еще на один признак отношений, составляющих предмет международного частного права: *отношения, возникающие между физическими и юридическими лицами*. Действительно, субъектами данных отношений являются физические и юридические лица. Однако этот признак не носит самостоятельного характера, поскольку вытекает из их частноправовой природы. *Если предметом международного частного права являются частноправовые отношения, то все, что их характеризует, в равной степени характеризует и предмет международного частного права*. Частноправовые отношения — это прежде всего имущественные отношения между физическими и юридическими лицами (понятно, личные отношения не исключаются), значит, международные частноправовые — это также прежде всего имущественные отношения между физическими и юридическими лицами.

Известно, что в отдельных случаях участником частноправовых отношений (гражданских, трудовых) может быть государство¹. В равной

¹ Участие государства в гражданско-правовых отношениях прямо предусмотрено в гл. 5 ГК РФ. В случае участия государства к нему применяются нормы, определяющие участие юридических лиц (п. 2 ст. 124 ГК РФ).

степени государство может стать субъектом международного частного права, но при условии, что второй стороной будет иностранное физическое или юридическое лицо. Поэтому выделять субъектный состав в качестве определяющего признака предмета международного частного права необязательно, так как он вытекает из его частноправовой природы.

Таким образом, отношения, составляющие предмет международного частного права, характеризуются двумя основными признаками: во-первых, это отношения частноправовые, во-вторых, это отношения, в которых присутствует иностранный элемент. Причем *только одновременное наличие двух рассмотренных признаков позволяет вычлнить из общественных отношений тот круг, который является предметом международного частного права.*

Например, после смерти российского гражданина на территории России осталось имущество и наследники — российские граждане, проживающие в России. Возникают наследственные отношения, т. е. гражданско-правовые. Но в их составе нет ни одного иностранного элемента, и они не входят в сферу международного частного права. Другой пример: российский гражданин арестован в США и выдан Швейцарии, где против него возбуждено уголовное дело. В возникших отношениях присутствуют иностранные элементы, но они не являются частноправовыми (они уголовно-правовые) и поэтому также не входят в сферу международного частного права. Третий пример: после смерти гражданина России, проживавшего в Австралии и оставившего там имущество, возникли наследственные отношения с участием наследников, проживающих в России. В данном примере налицо два требуемых качества: во-первых, эти отношения гражданско-правовые, во-вторых, они осложнены иностранным элементом, вследствие чего становятся предметом международного частного права.

Фактор иностранного элемента обуславливает и другие особенности предмета. Наличие иностранного элемента приводит к тому, что гражданско-правовые отношения выходят за пределы одного государства: они связаны с двумя, тремя и т. д. государствами в зависимости от числа иностранных элементов. В результате такие отношения, *во-первых, входят в круг международных, или трансграничных, отношений и, во-вторых, находятся в сфере действия права разных государств.*

Международный, или трансграничный, характер частноправовых отношений. Термин «международные отношения» имеет иное содержание по сравнению с аналогичным термином применительно к международному (публичному) праву. В последнем он является синонимом «межгосударственные», т. е. имеет узкое значение. Особое качество, присущее

любому государству, которое выражается в его суверенитете, обуславливает специфику всей системы межгосударственных отношений как отношений властных и суверенно-равных и специфику регулирующего их международного (публичного) права. В применении к международному частному праву данный термин употребляется в широком его значении: «международные» — означает такие отношения, которые выходят за пределы одного государства. Образно говоря, международные отношения — это отношения, «пересекающие государственные границы», т. е. трансграничные.

О таких международных отношениях идет речь в международном частном праве. Международные (трансграничные) отношения тесно связаны с международными (межгосударственными) отношениями. Например, Россия заключает договор с иностранным государством о торговом и экономическом сотрудничестве. Это предмет регулирования международного права. Реальные торгово-экономические отношения между государствами опосредуются многочисленными контрактами, заключаемыми физическими и юридическими лицами. Это международные отношения невластного характера. Их субъекты не обладают суверенитетом, а, напротив, находятся под верховенством государства, в силу чего оно подчиняет своей власти и действию своих законов всех физических и юридических лиц, находящихся на его территории, а отчасти также своих граждан и юридических лиц, находящихся на территории иностранных государств. Столь принципиально отличный от межгосударственных блок международных отношений объективно не может регулироваться системой международного (публичного) права, так как не отвечает ее основным чертам. Специфика международных отношений с участием физических и юридических лиц порождает специфику их правового регулирования. В блоке этих отношений лежит предмет международного частного права.

Связь частноправового отношения с правом разных государств — это существенный фактор, влияющий на понимание предмета международного частного права.

Выше говорилось, что частные отношения по своей природе в пределах одного государства регулируются частным правом этого государства. Наличие иностранного элемента выводит отношение за пределы одного государства и связывает его с разными государствами. Иностраный элемент — это не только фактическое обстоятельство, но и юридическое понятие, формирующее состав правоотношения. Как таковой он является элементом права того государства, которому принадлежит. В результате разные элементы одного отношения лежат в праве разных государств. Потенциально отношение может быть урегулировано правом каждого государства, которому принадлежит тот или иной его элемент.

Отсюда возможна еще одна формулировка *предмета международного частного права как частноправовых отношений, лежащих в праве разных государств.*

Все три рассмотренные формулировки предмета международного частного права являются идентичными, так как раскрывают содержание одного и того же явления, делая акцент на одной из его особенностей. Все особенности взаимосвязаны и вытекают одна из другой. Главной особенностью частноправовых отношений как предмета международного частного права является наличие в их составе иностранного элемента. Это качество обуславливает международность или трансграничность этих отношений, с одной стороны, и их связь с правом разных государств — с другой. *Наличие иностранного элемента придает частноправовым отношениям новое сущностное качество, порождающее потребность в особых приемах и средствах правовой регламентации, т. е. в особом методе.*

1.2. Коллизия права и общий метод международного частного права

Коллизия права — явление многоаспектное. Коллизия (от лат. *collisio* — столкновение) в общем виде означает расхождение содержания (столкновение) разных норм права, относящихся к одному вопросу. В этом плане различают коллизию норм права, содержащихся в одновременно изданных законах; коллизию правовых норм, порождаемую иерархией законодательных актов (законы, подзаконные акты); коллизию, порождаемую федеративным устройством государства (например, федеральные законы и законы субъектов Российской Федерации). Все это примеры коллизий, возникающих между нормами внутреннего права одного государства. Их разрешение лежит в сфере конституционного и иных отраслей права соответствующего государства.

Вместе с тем коллизия права — это основополагающая категория международного частного права. Коллизия права в международном частном праве — это прежде всего коллизия между материальными нормами национального частного права (гражданского, семейного, трудового и др.) разных государств¹. Ее разрешение является необходимой предпосылкой правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Коллизия права обусловлена двумя причинами. Первая и главная причина кроется в сущностном качестве самого предмета международного частного права. Наличие иностранного элемента связывает его с частным правом не одного государства, а нескольких. Как отмечалось

¹ В международном частном праве изучаются и другие варианты коллизий: коллизия коллизий, скрытые коллизии, положительные и отрицательные коллизии, интертемпоральные коллизии, интерлокальные коллизии и др. Все они носят вторичный характер и рассматриваются в других разделах учебника, но связаны с правом разных государств.

выше, потенциально это отношение может быть урегулировано правом каждого государства, которому принадлежит тот или иной его элемент.

Вторая причина сугубо юридическая — частное право разных государств отличается, подчас существенно, по своему содержанию: одни и те же вопросы по-разному решаются в праве разных государств. В результате возникает коллизия права разных государств: одним и тем же фактическим обстоятельствам может быть дана различная юридическая оценка, и в итоге в соответствии с правом разных государств могут быть даны разные ответы на один и тот же вопрос.

Например, российский гражданин по доверенности, выданной швейцарской фирмой в Швейцарии, вложил деньги в жилой дом, строящийся российской строительной компанией в Москве. По окончании строительства он обратился в регистрирующий орган для регистрации права собственности швейцарской фирмы на оплаченные квартиры. Ему было отказано в связи с тем, что срок доверенности истек. Швейцарская фирма обратилась в Арбитражный суд г. Москвы. В суде возник вопрос о сроке действия доверенности, выданной в Швейцарии. Срок действия в доверенности не был указан. По российскому праву доверенность сохраняет юридическую силу в течение одного года, если в ней не указан срок действия (ст. 186 ГК). По швейцарскому праву доверенность, если в ней не установлен срок действия, действует, пока она не будет отозвана (ст. 34 Гражданского кодекса и ст. 461 Обязательственного закона). Как видно, однозначного ответа на возникший вопрос нет.

Наличие в данном гражданском правоотношении российского и швейцарского элементов связывает его как с российским, так и со швейцарским правом. Российское и швейцарское право по-разному определяют сроки действия доверенности. Вопрос о том, правильно ли регистрирующий орган отказал в регистрации права собственности, может быть решен по-разному в зависимости от того, по российскому или по швейцарскому праву будет рассматриваться срок действия доверенности, а следовательно, и ее действительность.

Исходя из этого можно определить коллизию права в международном частном праве как обусловленную спецификой частноправового отношения, осложненного иностранным элементом, объективную возможность применения частного права двух или более государств к данному отношению, что может привести к разным результатам, к различному решению возникающих вопросов.

Для того чтобы ответить на спорный вопрос по существу, необходимо прежде всего разрешить или преодолеть коллизию права. Преодоление коллизии права есть основная задача, основное назначение (основная функция) международного частного права. Это предопределяет

своеобразие комплекса юридического инструментария, используемого в международном частном праве, что позволяет выделить его особый метод¹. **Метод международного частного права** — это совокупность конкретных приемов, способов и средств юридического воздействия, направленного на преодоление коллизии права разных государств.

Из теории права известно, что каждой отрасли права свойствен свой особый метод правового регулирования, который в концентрированном виде выражает самую суть, стержень юридического воздействия. Метод — это комплекс взаимосвязанных приемов, средств, через которые право воздействует на ту или иную область общественных отношений, на поведение их участников, устанавливая их права и обязанности. В методе проявляется юридическое своеобразие отрасли права¹.

То обстоятельство, что международное частное право имеет свои собственные приемы и средства регламентации прав и обязанностей участников международного частноправового оборота, является наиболее важным показателем *юридического своеобразия международного частного права, что дает основание для выделения его в особую отрасль системы права.*

Метод международного частного права прежде всего объединяет способы регулирования, т. е. пути юридического воздействия, выраженные в юридических нормах. Их два: *коллизивно-правовой* и *материально-правовой*. Оба они направлены на преодоление коллизии права. Сюда же входят конкретные юридические приемы, вплетенные в ткань того или иного способа регулирования, такие как применение *оговорки о публичном порядке*, решение *интерлокальных и интертемпоральных коллизий*, *обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства* и др. Наконец, все конкретные приемы, средства, способы неотделимы от первичного метода частного права — координации — и являются его выражением. Особенно зримо это проявляется в категории *автономии воли* — основополагающем принципе международного частного права, также в конечном итоге направленном на преодоление коллизии права.

1.3. Способы и формы правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом

Первым способом регулирования частноправовых отношений с иностранным элементом является **коллизивно-правовой**, сущность которого заключается в выборе компетентного правопорядка для разрешения конкретного дела. Во внутреннем праве государств есть особые нормы — *коллизийные*, которые содержат правила выбора права: они тем

¹ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 294–295.

или иным образом указывают, право какого государства должно быть применено для урегулирования отношения с иностранным элементом.

Природа коллизионного способа регулирования как выбора компетентного правопорядка прямо отражена во всех нормах разд. VI, прежде всего в названии ст. 1186, открывающей этот раздел, которая устанавливает главный прием регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом: «*Определение права, подлежащего применению*» (курсив мой. — Г. Д.) к гражданско-правовым отношениям с участием иностранных лиц или осложненных иным иностранным элементом». Выражение «*право, подлежащее применению*» присутствует в том или ином виде во всех нормах данного раздела. Следовательно, он представляет собой свод коллизионных норм, направленных на регламентацию гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом.

Рассмотренный выше пример относится к гражданско-правовым отношениям. В разд. VI есть коллизионная норма «Право, подлежащее применению к обязательствам, возникающим из односторонних сделок» (ст. 1217). Согласно абз. 2 срок действия доверенности и основания ее прекращения определяются по праву страны, где была выдана доверенность. Доверенность была выдана в Швейцарии. Поэтому срок ее действия должен определяться по швейцарскому праву. В данном случае коллизионный вопрос решается в пользу швейцарского права: суд обязан исходя из требования российской коллизионной нормы для рассмотрения спорных вопросов обратиться к швейцарскому праву.

Таким образом, выбор права, а следовательно, и коллизионно-правовой способ регулирования осуществляются посредством коллизионных норм, которые и содержат предписание о том, право какого государства надо применить. Этот способ называют также *отсылочным*. Коллизионная норма, указывая компетентный правопорядок, как бы отсылает для определения прав и обязанностей участников отношения к праву определенного государства. Причем коллизионная норма может отослать как к отечественному праву, так и к иностранному.

С отсылочным характером коллизионного способа связана еще одна его особенность. При его применении умозрительно выделяются две стадии регулирования: первая — выбор права с помощью коллизионной нормы (решение коллизионного вопроса); вторая — применение материальных норм избранного частного права для определения прав и обязанностей сторон, что является конечной целью выбора права. Поэтому данный способ регулирования *не прямой, а опосредованный*: регулирование, по существу, реализуется материальными нормами частного права того государства, которое избрано посредством коллизионной нормы.

Коллизионно-правовой — исторически первый способ регулирования в международном частном праве. Первые правила, а затем и первые доктрины, относящиеся к сфере международного частного права, появились тогда, когда стали возникать многочисленные коллизии права в результате развития взаимоотношений между государственными образованиями, в которых сложились свои, обособленные, с достаточно четкими различиями нормы частного права¹. Эти правила, получившие название коллизионных норм, применялись для решения проблем, возникающих из коллизии разноместных законов. В течение долгого времени международное частное право существовало и развивалось только как коллизионное право. В некоторых странах (например, в Англии, США, ФРГ, Японии) такая позиция по отношению к международному частному праву сохранилась и по настоящее время — там оно называется коллизионным.

Несмотря на свою традиционность, применение коллизионно-правового способа связано с большими трудностями юридико-технического характера. Некоторые из них обусловлены национальным характером коллизионных норм. Так же как и нормы частного материального права, коллизионные нормы разных государств неизбежно различаются по своему содержанию: они по-разному решают коллизионные вопросы при регулировании однородных отношений с иностранным элементом. В результате выбор права при одной и той же совокупности фактических обстоятельств может быть разным в зависимости от того, по коллизионным нормам какого государства он будет осуществляться. Описываемое явление носит название *коллизии коллизий*, т. е. коллизии коллизионных норм, и является деструктивным фактором в организации международного делового оборота.

Расхождение в содержании материального частного и коллизионного права различных государств приводит к появлению так называемых *хромяющих отношений*. Это такие отношения, которые по праву одного государства являются юридически действительными, законными, а по праву другого государства — незаконными и не порождают никаких юридических последствий. Такие отношения возникают в практике довольно часто, осложняя реализацию международных деловых связей.

В целях совершенствования коллизионного способа регулирования с конца XIX в. начался **процесс унификации**, т. е. *создания единообразных (унифицированных) коллизионных норм*. Унификация осуществляется в форме международных договоров, заключаемых между государствами. Последние берут на себя международно-правовое обязательство применять сформулированные в договоре единообразные коллизионные

¹ Такие объективные предпосылки возникновения международного частного права с достоверностью сложились во взаимоотношениях итальянских городов-государств к XIII в. (см.: Луцц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 108–109).

нормы по определенному кругу частноправовых отношений. Использование унифицированных норм снимает частично рассмотренные недостатки коллизионного способа: способствует ликвидации такого негативного явления, как коллизия коллизий, уменьшает вероятность возникновения «хромящих отношений», восполняет пробелы в национальном коллизионном праве.

Однако несмотря на то, что унификация является более совершенной формой регулирования, она не получила большого распространения. Начавшийся в конце XIX в. процесс унификации завершился принятием в 1902 и 1905 гг. пяти конвенций, устанавливающих правила разрешения коллизий по ряду вопросов в сфере брачно-семейных отношений¹. Но и они не получили широкого распространения: в них участвовали лишь некоторые европейские государства (Россия, хотя активно участвовала в их разработке, к ним не присоединилась), причем впоследствии число участвующих государств уменьшалось. Некоторые из названных конвенций в 70-е гг. были заменены новыми². Из других соглашений, направленных на унификацию коллизионного права, можно отметить Конвенцию о праве, применимом к международной купле-продаже, 1986 г., заменившую аналогичную Конвенцию 1955 г.

Примером наиболее удачной унификации коллизионно-правовых норм является региональная унификация, предпринятая латиноамериканскими странами. На VI Панамериканской конференции в 1928 г. был принят договор, получивший название по имени его составителя — известного кубинского юриста, — *Кодекс Бустаманте*³. По существу, это единственная довольно полная унификация коллизионно-правовых норм (состоит из 437 статей). Правда, даже в своем регионе договор не получил всеобщего применения: его ратифицировали 15 государств Центральной и Южной Америки. (США не присоединились к нему.) Кодекс Бустаманте оказал серьезное влияние на развитие коллизионного права на всех континентах. Более широко унификация коллизионных норм происходит на двусторонней основе, как правило, в форме заключения договоров об оказании правовой помощи.

¹ В 1902 г. на конференции в Гааге были приняты три конвенции: о браке, о разводе и судебном разлучении супругов, об опеке над несовершеннолетними; в 1905 г. — еще две конвенции: о личных и имущественных отношениях между супругами, о попечительстве над совершеннолетними. Их часто объединяют одним названием — Гаагские конвенции о браке и семье 1902–1905 гг.

² Например, Конвенция о заключении брака и признании его недействительным 1978 г., Конвенция о праве, применимом к имуществу супругов, 1978 г., Конвенция о признании развода и судебном разлучении супругов 1970 г.

³ См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Международное частное право. Действующие нормативные акты. 2-е изд. М., 1999. С. 12 и след.

Россия имеет такие договоры более чем с 50 государствами. Большинство из них содержит коллизионные нормы, которые государство обязуется применять в своих двусторонних отношениях. Кроме того, в рамках СНГ действует многосторонняя Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейно-брачным и уголовным делам 1993 г., в рамках которой Россия также применяет унифицированные коллизионные нормы.

Унифицированные коллизионные нормы являются выражением коллизионного способа регулирования: они так же, как и коллизионные нормы, создаваемые единолично государствами в своем внутреннем праве, содержат предписания о том, право какого государства следует применить. Различаются они лишь правовой формой своего создания.

Таким образом, коллизионный способ регулирования в настоящее время существует в *двух правовых формах* — *национально-правовой, которая осуществляется посредством национальных коллизионных норм, создаваемых государством единолично путем принятия законов, и международно-правовой, которая осуществляется посредством унифицированных (международных) коллизионных норм, создаваемых государствами совместно путем заключения международных договоров*. Обе формы относятся к одному способу регулирования — коллизионному, так как в обоих случаях коллизия права разрешается способом выбора права, отсылки к праву конкретного государства.

Второй способ регулирования отношений, осложненных иностранным элементом, — **унификация материальных норм частного права**. Как уже отмечалось, одной из причин возникновения коллизии и проблемы выбора права являются различия в содержании частного права разных государств. Коллизионную проблему можно снять, если будут созданы и применены единообразные, одинаковые по своему содержанию правовые нормы. Это достигается созданием унифицированных (единообразных) материальных¹ норм частного права, что снимает саму коллизионную проблему. Такие нормы *непосредственно применяются к отношениям с иностранным элементом, минуя коллизионную стадию, стадию выбора права*. Поскольку унифицированные нормы по своей природе являются материальными правовыми нормами, устанавливающими права и обязанности участников частнопрововых отношений, способ унификации называют также *материально-правовым*.

Важно подчеркнуть, что *обязательным условием унификации материального частного права как способа регулирования является использование международно-правовых форм (главным образом международного*

¹ Термин «материальное частное право», или «материальные нормы частного права», в международном частном праве, как правило, используется для противопоставления коллизионному праву. Материальное право — это все частное право, кроме коллизионных норм, следовательно, это нормы, непосредственно устанавливающие права и обязанности участников соответствующих отношений.

договора). Только юридические обязательства государства, вытекающие из международного договора (редко — из международно-правовой обычая) о применении единообразных материальных норм, снимают коллизионную проблему и необходимость обращения к коллизионным нормам. Наряду с унификацией издавна существует более широкий процесс, называемый гармонизацией права, осуществляемой посредством различных приемов и средств, который не преодолевает коллизию права. В процессе взаимодействия государств происходит взаимовлияние национальных правовых систем, в результате чего в частном праве разных государств встречаются одинаковые по содержанию правила; совпадения могут быть значительными. Возрастающее влияние на процесс сближения права оказывают принимаемые международными организациями так называемые модельные законы. Однако материально-правовые нормы, возникающие в процессе гармонизации права, как бы они ни совпадали формально по содержанию, не снимают коллизионный вопрос и необходимость выбора компетентного права.

Означенные качественные характеристики унификации материального права как способа регулирования частноправовых отношений международного характера нашли отражение в разд. VI ГК РФ. Если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующим отношениям, *определение на основе коллизионных норм права, примененного к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается* (п. 3 ст. 1186). Подчеркнуты два важных момента, связанных с унификацией материального права. Во-первых, наличие унифицированных материально-правовых норм снимает необходимость обращения к коллизионным нормам. Значит, унифицированные материально-правовые нормы применяются к частноправовым отношениям международного характера *непосредственно, минуя коллизионную стадию*. Во всех остальных случаях регулирование осуществляется посредством коллизионных норм. Во-вторых, унифицированные материально-правовые нормы применяются в России только такие, которые созданы *международным договором с участием Российской Федерации*.

Унификация материального частного права, собственно, как и унификация коллизионного права, возникла в практике международного частного права в конце XIX в. Интенсификация развития экономических, научно-технических и прочих международных связей показала недостаточность коллизионно-правовых норм, которые опосредовали эти связи. Кроме указанных сложностей коллизионного способа регулирования, побудительную роль в унификации сыграло то обстоятельство, что во внутреннем праве государств, которому отсылали коллизионные нормы, часто не было правил для решения вопросов, возникающих в международном частном обороте. Национальное част-

ное право, и прежде всего гражданское, оказалось неприспособленным к регулированию нарождающихся новых международных хозяйственных связей. Наибольшее применение унификация материального права имеет при регулировании торговых, производственных, научно-технических, транспортных отношений.

В области торговли, например, широкое применение получили договоры, создавшие единообразные материальные гражданско-правовые нормы, такие как Женевские конвенции о векселях 1930 г. (Россия участвует), Женевские конвенции о чеках 1931 г., Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., Конвенция о договорах международной купли-продажи 1980 г. (Россия участвует), Конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. (Россия участвует)¹.

Унификация частного права — *более совершенный способ регулирования*. Ее широкое внедрение может снять все недостатки кол- лизионно-правового способа и обеспечить гармонизированное регулирование частноправовых отношений международного характера. К сожалению, это только идеал, еще далекий от своего воплощения. Унификация предполагает высокий уровень сотрудничества государств, характеризующийся большой степенью доверия. Меняющийся в настоящее время характер межгосударственных взаимоотношений, проявляющийся в том числе в стремлении создать единое правовое пространство, европейское и мировое, может придать новый импульс процессу унификации права. А пока она не стала преобладающим способом регулирования, охватив в основном торговлю и то, что с ней тесно связано: перевозки, расчеты и т. д. Однако и здесь одновременно применяется коллизионный способ, иногда являющийся единственной возможностью для решения возникающих вопросов. В других же областях частных отношений — собственность, брачно-семейные, наследственные, деликтные отношения и др. — по-прежнему господствует традиционный способ регулирования посредством коллизионных норм.

Материально-правовой способ регулирования в отличие от коллизионного, являющегося отсылочным способом, часто в литературе называют *прямым способом регулирования*. Здесь необходимо предостеречь от возможного неправильного толкования этого термина. Прямое регулирование в данном контексте используется только для сопоставления с коллизионным регулированием. Прямое регулирование означает такое регулирование, при котором не возникают коллизионный вопрос и проблема выбора права. Унифицированные нормы регулируют отношения *прямо, минуя коллизионную стадию*. В то же время унифицированные нормы применяются не прямо, не непосредственно, а через

¹ Подробнее см. гл. 4 «Унификация и гармонизация в международном частном праве» настоящего учебника.

определенный национально-правовой механизм, который придает международно-правовой норме национально-правовую силу. В равной степени это относится к унифицированным коллизионным нормам.

Таким образом, международному частному праву присущи два способа регулирования: во-первых, коллизионно-правовой, который осуществляется в двух правовых формах — национальной и международной, и, во-вторых, материально-правовой, осуществляемый в международно-правовой форме. Оба они направлены на преодоление коллизионной проблемы, хотя и разными средствами, что и объединяет их в юридическую общность: они являются выражением единого метода правового регулирования. В процессе регулирования частных правоотношений, осложненных иностранным элементом, оба способа взаимодействуют, дополняя друг друга.

1.4. Нормы международного частного права

Одной из особенностей международного частного права является объединение в его составе разнохарактерных правовых норм. В литературе неоднозначно определяется круг норм, составляющих международное частное право, что объясняется разными подходами к его природе и сущности. Нормативный массив — это то, из чего состоит любое правовое подразделение (система, отрасль, институт), которое представляет собой систему взаимосвязанных норм права. Их природа и характерные черты определяют природу и характерные черты самого права.

Природа и характерные особенности нормативного состава международного частного права непосредственно зависят от метода и способов правового регулирования частноправовых отношений международного характера. В соответствии с двумя способами регулирования он состоит из двух групп норм разного характера: *коллизионных и унифицированных материальных частноправовых*. Их системная принадлежность к международному частному праву определяется тем, что они имеют единый предмет регулирования, являются выражением его общего метода и имеют единое функциональное назначение — преодоление коллизии права.

I. *Коллизионные нормы*, посредством которых осуществляется коллизионный способ регулирования, преодолевают коллизионную проблему путем выбора права. Главная особенность этих норм заключается в том, что они не содержат прямого определения прав и обязанностей участников отношений, а указывают, право какого государства нужно применить для определения этих прав и обязанностей. Отсюда эти нормы называют *отсылочными*.

Коллизионные нормы неоднородны. В зависимости от механизма создания и механизма применения они подразделяются на *национальные и международные*.

Национальные коллизионные нормы — это нормы, которые государство разрабатывает и принимает самостоятельно в пределах своей юрисдикции. Они содержатся во внутренних законодательных актах соответствующего государства. В Российской Федерации такие нормы сосредоточены главным образом в двух отраслевых законодательных актах: в части третьей Гражданского кодекса 2001 г. и Семейном кодексе РФ 1995 г. Национальные коллизионные нормы составляют историческую основу международного частного права и до сих пор сохраняют в нем главенствующие позиции.

Рассматриваемые коллизионные нормы решают коллизию чаще всего отечественных и иностранных законов, реже — коллизию законов двух иностранных государств, но в любом случае — коллизию законов, возникшую в сфере международного частного оборота. Вместе с тем коллизии могут возникнуть и возникают в сфере внутренних отношений одного государства, когда отдельные территориальные части этого государства имеют самостоятельное частное право (например, в государстве с федеративным устройством).

В частности, такое положение было в СССР, союзные республики которого имели свои гражданские кодексы и кодексы о браке и семье. Для разрешения коллизий между законами республик в советском праве существовали специальные нормы, которые называли *межреспубликанскими коллизионными нормами* (например, ст. 8 ГК РСФСР и ст. 8 КоБС РСФСР)¹. Несмотря на то, что нормы, содержащиеся в данных статьях, по своему характеру были коллизионными, доктрина довольно единодушно считала, что они не входили в состав советского международного частного права. Обосновывалось это тем, что межреспубликанские коллизионные нормы имели иной предмет регулирования — они регулировали частные отношения, которые существовали в пределах одного государства и которые соответственно не имели иностранного элемента².

Проблема межтерриториальных коллизионных норм может возникнуть в России как государстве с федеративным устройством. В соответствии с Конституцией РФ, разграничивающей компетенцию между

¹ Образование на территориях бывших союзных республик самостоятельных государств изменило характер их взаимоотношений: они осуществляются на тех же началах, что и взаимоотношения любых государств. Точно так же изменился характер частноправовых отношений с участием граждан и юридических лиц бывших союзных республик. По своему характеру это частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом, и как таковые они входят в массив отношений, составляющих предмет международного частного права, и регулируются теми же коллизионными нормами, которые применяются в отношениях с любыми другими государствами.

² Для сравнения можно указать, что доктрина и практика международного частного права США иначе решают аналогичный вопрос. Там не разграничивают коллизии между законами отдельных штатов, с одной стороны, и коллизии между американскими законами в целом и законами иностранных государств, с другой стороны.

Федерацией и ее субъектами, последние имеют значительные полномочия в сфере гражданского, семейного, трудового законодательства, что обуславливает возможность возникновения коллизий между законодательными актами различных субъектов РФ¹. Подтверждением тому может служить новый Семейный кодекс РФ, в ст. 2 которого прямо устанавливается, что российское семейное законодательство состоит из данного Кодекса и других федеральных законов, «а также из законов субъектов Российской Федерации».

Следовательно, правовые предпосылки возникновения коллизий между законами субъектов Российской Федерации налицо. Однако в российском праве отсутствуют нормы, с помощью которых подобные *межтерриториальные (межсубъектные) коллизии* могли бы быть решены. Даже в Семейном кодексе, где прямо говорится о регулировании брачно-семейных отношений законами субъектов Российской Федерации, нет нормы, разрешающей коллизии между такими законами (наподобие ст. 8 Кодекса о браке и семье РСФСР). Нет подобной нормы и в ГК РФ, в том числе в его разд. VI, содержащем коллизионные нормы в сфере гражданско-правовых отношений.

Правда, решение межтерриториальных (межсубъектных) коллизий может быть предусмотрено в отдельных законах, направленных на регулирование конкретных видов отношений. Примером такого решения может служить Закон РФ от 7 февраля 1992 г. «О защите прав потребителей», который содержит нормы, предусматривающие решение коллизий между законами о защите прав потребителей республик в составе Российской Федерации (ст. 2)². Но это лишь частный случай. Общего же решения проблемы коллизий законов отдельных субъектов РФ в российском праве пока нет. Подчеркнем в заключение, что специальные коллизионные нормы, разрешающие коллизии между законами различных субъектов РФ, не входят в систему российского международного частного права, так как регулируют внутрисубъектные частные отношения, в которых нет иностранных элементов.

Международные коллизионные нормы — это единообразные коллизионные нормы, созданные на основе межгосударственных соглашений как результат согласованной воли договаривающихся государств. По правовому характеру договорные коллизионные нормы ничем не отличаются от внутренних. Так же как и национальные, международные коллизионные нормы указывают применимое право для установления прав и обязанностей участников частноправовых отношений с иностранным элементом и потому являются отсылочными нормами.

¹ Вопрос о коллизии между федеральными законами и нормативными правовыми актами субъектов РФ лежит в сфере конституционного права и поэтому здесь не рассматривается.

² Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 15. Ст. 766.

Выделение этих норм в обособленную подгруппу в системе международного частного права обусловлено тем, что они отличаются от национальных коллизионных норм и по механизму создания (через международные договоры и их трансформацию в национальное право), и по механизму применения (прежде всего особенности установления пространственной и временной сфер действия, а также толкования). Действуя в качестве норм национального права, международные нормы сохраняют связь с породившим их международным договором на протяжении всей своей жизни¹. В результате международные коллизионные нормы не сливаются с национальными — они существуют параллельно и имеют ряд особенностей, связанных с договорным происхождением.

Таким образом, независимо от происхождения национальные и международные коллизионные нормы являются нормами внутреннего права государства.

Совокупность коллизионных норм (национальных и международных) того или иного государства составляет коллизионное право этого государства: оно носит национальный (внутренний) характер и является частью национального (внутреннего) права соответствующего государства (российское коллизионное право, японское коллизионное право и т. д.). Коллизионное право — это основная часть международного частного права, определяющая его характерные черты и особенности.

II. *Унифицированные материальные частноправовые нормы*, посредством которых осуществляется материально-правовой способ регулирования, преодолевают коллизионную проблему путем создания единообразных норм частного права различных государств, что устраняет саму причину возникновения коллизии права. В отличие от коллизионных материально-правовые нормы непосредственно устанавливают правила поведения для участников частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Поэтому такие нормы часто называют *прямыми* — они регулируют рассматриваемые отношения прямо, минуя коллизионную стадию.

Поскольку унификация материального частного права осуществляется в международно-правовых формах (главным образом в форме международного договора), то унифицированные материальные частноправовые нормы по сути являются *международными*. Их договорное происхождение порождает те же особенности в механизме создания и применения, которые характеризуют договорные коллизионные нормы. Так же как и международные коллизионные нормы, унифицированные материальные нормы в пределах конкретного государства действуют как нормы внутреннего права этого государства.

¹ Об особенностях международных (унифицированных) норм см. гл. 4 настоящего учебника.

Вопрос о принадлежности унифицированных материальных частноправовых норм международному частному праву спорен. Одни считают, что эти нормы не входят в нормативный состав международного частного права (например, Г. К. Матвеев), другие (их, пожалуй, большинство — М. М. Богуславский, В. П. Звекон, М. Н. Кузнецов, С. Н. Лебедев, А. Л. Маковский и др.), напротив, полагают, что они составляют часть международного частного права, и даже преобладающую¹. Разделяя в целом вторую точку зрения, следует подчеркнуть, что объединение столь различных по правовой природе норм — коллизионных и унифицированных материальных частноправовых — в системе одной отрасли права — международного частного права — имеет объективные основания: во-первых, общий предмет регулирования (и те и другие направлены на регулирование частных правоотношений с иностранным элементом), во-вторых, общий метод регулирования (и те и другие при помощи различных приемов преодолевают коллизионную проблему).

Одновременное наличие двух этих критериев является единственным основанием для включения тех или иных норм в состав международного частного права. При помощи этих критериев можно решить вопрос о системной принадлежности международному частному праву и некоторых других правовых норм, по поводу которых в литературе нет однозначного мнения. Споры ведутся прежде всего о месте *материальных норм внутреннего частного права и норм международного гражданского процесса*.

1.5. Материальные правовые нормы и международное частное право

В этом параграфе речь идет о материальных нормах российского права, которые специально предназначены для регламентации отношений с иностранным элементом, но которые не являются коллизионными. В отличие от коллизионных норм, они непосредственно устанавливают права и обязанности участников подобных отношений. Есть целые законы и подзаконные акты, посвященные регламентации отношений международного характера, например Федеральный закон «О валютном регулировании и валютном контроле» 2003 г., Федеральный закон «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» 2003 г., Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г., Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» 2002 г. и др.

¹ Подробнее см.: *Звекон В. П.* К вопросу о соотношении материально-правового и коллизионного способов регулирования в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1973. М., 1975; *Матвеев Г. К.* Предмет, система и источники международного частного права // Международное частное право. Киев, 1985; *Кузнецов М. Н.* Некоторые особенности развития международного частного права // Советский журнал международного права. 1991. № 1.

Как правило, рассматриваемые нормы используются, во-первых, для установления правового режима иностранных физических и юридических лиц в различных областях, в том числе в гражданских, брачно-семейных и трудовых отношениях; во-вторых, для регламентации отношений, связанных с внешнеэкономической деятельностью, и осуществления государственного контроля над этой деятельностью; в-третьих, для регламентации инвестиционных отношений с участием иностранцев.

Доктрина неоднозначно решает вопрос о принадлежности подобных норм международному частному праву. Одни авторы отвечают на него положительно (И. С. Перетерский, В. П. Звекон, М. Н. Кузнецов, Т. Н. Нешатаева, Н. Ю. Ерпылева), другие — отрицательно (Л. А. Луниц, Г. К. Матвеев, Г. М. Вельяминов). На наш взгляд, регулирование посредством национальных материально-правовых норм лежит вне сферы международного частного права.

Прежде всего отметим, что правовая природа названных и других подобных актов различна: они могут быть как частноправовыми, так и публично-правовыми. Более того, часто они носят комплексный характер, объединяя нормы различной отраслевой принадлежности. Например, Закон о соглашениях о разделе продукции включает в себя гражданско-правовые, административно-правовые, финансово-правовые и гражданско-процессуальные нормы. Поэтому не существует единого ответа на вопрос о системной принадлежности таких актов. Не только для каждого юридического акта, но и для отдельной группы норм, а иногда и для отдельной нормы этот вопрос должен решаться индивидуально.

Нормы, относящиеся к публично-правовым отраслям права, по своей природе не могут входить в систему международного частного права. В публично-правовой сфере не возникает коллизия права, а следовательно, и проблема выбора права. В пределах территории своего государства эти нормы применяются, в том числе и к отношениям с иностранным элементом, непосредственно и императивно. При этом нельзя отрицать серьезных частноправовых последствий таких норм, так как они устанавливают принципиальную основу положения иностранцев в гражданско-правовой сфере.

Публично-правовыми нормами являются нормы Закона об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности, Закона о валютном регулировании и валютном контроле, Закона об иностранных инвестициях и т. д., что не исключает возможности наличия в них норм иной правовой природы. Например, абз. 2 ст. 2 Закона об иностранных инвестициях гласит: «Иностранный инвестор — иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством

государства, в котором оно учреждено и которое вправе в соответствии с законом данного государства осуществлять инвестиции на территории Российской Федерации...»¹ Это коллизийная норма, и она бесспорно входит в нормативный состав международного частного права.

Что касается *внутренних материальных частноправовых норм* (причем может служить п. 3 ст. 15 Земельного кодекса РФ, согласно которому иностранные лица не могут обладать на праве собственности некоторыми земельными участками), они также не входят в систему международного частного права, но по другим основаниям. Главный аргумент в пользу такого вывода состоит в том, что наличие подобных норм в отличие от унифицированных не снимает коллизийную проблему: они применяются после того, как коллизийный вопрос решен в пользу российского права. Этот аргумент прямо подтверждается рассмотренной выше ст. 1186 (п. 3) ГК РФ, из которой следует, что применение коллизийных норм исключается только в одном случае: при наличии международного договора с участием России, материально-правовые нормы (унифицированные) которого *полностью* решают конкретный вопрос.

Во всех остальных случаях регулирование осуществляется через коллизийные нормы. Если скоро избрано российское право, существует обязанность применить не только специальные нормы, предназначенные для регулирования отношений с иностранным элементом, но и любые другие нормы российского права по мере необходимости. Иначе говоря, механизм применения специальных материальных норм, созданных для регламентации отношений с иностранным элементом, и общих материальных норм российского права одинаков: через коллизийную норму, через выбор права².

Следовательно, частноправовые нормы, специально принятые для регламентации отношений с иностранным элементом, не преодолевают коллизийную проблему, не являются выражением общего метода международного частного права. Наличие рассматриваемых норм не

¹ СЗ РФ. 1999. № 28. Ст. 3493; 2002. № 12. Ст. 1093.

² Для подтверждения сделанного вывода дополнительно можно сослаться на закон Чешской Республики — Торговый кодекс от 5 ноября 1991 г. Он содержит материальные нормы (ч. 3, гл. 3 «Специальные положения для обязательственных отношений в международной торговле»), предназначенные исключительно для регламентации гражданских отношений (торговых) с иностранным элементом. Однако Кодекс прямо предусматривает (ст. 729), что нормы гл. 3 подлежат применению только тогда, когда эти отношения регулируются чешским правом. В этом же случае при необходимости могут быть применены как другие нормы этого Кодекса, так и общие положения чешского гражданского права (см.: Смешанная торговая палата «Восток». Торговый кодекс. Закон Чешской Республики. Прага, 1993. С. 138). Подобное правило содержалось и в ранее действовавшем чехословацком Кодексе международной торговли 1963 г.

снимает коллизионную проблему. Для их применения первоначально нужно решить коллизионный вопрос и выбрать право. Если будет избрано российское право, то должны быть применены все относящиеся к решаемому вопросу нормы российского частного права в такой последовательности: вначале нормы, специально предназначенные для регулирования отношений международного характера, затем любые общие нормы российского гражданского права, если специальные нормы недостаточны для решения вопроса.

Материальные нормы, предназначенные для регламентации отношений с иностранным элементом, входят в систему гражданского права как нормы *lex specialis*. Как и любые другие специальные нормы, они применяются при наличии каких-то особых, дополнительных условий (в данном случае — при наличии иностранного элемента).

Вывод: однозначного ответа о месте внутренних материальных норм, специально предназначенных для регулирования отношений с иностранным элементом, нет. В каждом конкретном случае ответу должен предшествовать анализ конкретной нормы. Как показывает даже беглый анализ названных актов, чаще всего в них содержатся публично-правовые нормы, которые по своей природе не могут входить в систему международного частного права. Тесная связь публично-правовых норм с частноправовыми отношениями международного характера не является ни юридическим основанием для их включения в систему международного частного права, ни аргументом в пользу такого включения. Однако это ни в коей мере не препятствует совместному их изучению. Более того, тесная связь норм международного частного права с публично-правовыми нормами, регулирующими отношения с участием иностранных граждан, иностранных юридических лиц и в определенных случаях — иностранных государств, прямо требует их совместного изучения, без чего картина правовой регламентации таких отношений будет односторонней.

1.6. Международное частное право и международный гражданский процесс

Известно, что гражданский процесс — это регламентированная законом деятельность судов и других правоприменительных органов по разрешению гражданских дел. *Международный гражданский процесс — это регламентированная законом деятельность суда и других правоприменительных органов по разрешению гражданских дел, осложненных иностранным элементом.* Термин «международный гражданский процесс» ни в коей мере не означает деятельности международных судебных и ар-

битражных органов. Речь идет о деятельности национальных правоприменительных органов, но связанной с частноправовыми отношениями трансграничного характера. Слово «международный» в этом термине имеет то же содержание, что и в термине «международное частное право».

При разрешении гражданских споров, включая экономические, осложненных иностранным элементом, возникают такие вопросы, как компетенция судов того или иного государства по разрешению данной категории дел, поручения судов одного государства судам другого государства по совершению отдельных процессуальных действий, признание и исполнение иностранных судебных и арбитражных решений, положение иностранного государства и его дипломатических представителей в гражданском процессе и т. д. Нормы, регламентирующие эти вопросы, и называют *нормами международного гражданского процесса*. Однако они не могут быть включены в нормативный состав международного частного права, так как не отвечают объективным критериям, характеризующим это право.

Прежде всего, *нормы международного гражданского процесса имеют иной предмет регулирования, чем нормы международного частного права*. Они регламентируют не сами частные отношения, осложненные иностранным элементом, а деятельность суда по разрешению гражданских дел, в которых присутствует иностранный элемент, причем деятельность только собственного суда. Нормы, содержащиеся в российских законах, регулируют соответствующую деятельность только российских судов. Но такая деятельность является предметом регулирования российского гражданского (арбитражного) процессуального права. Эта отрасль права регламентирует всю деятельность судов и иных правоприменительных органов по разрешению любых частных дел, в том числе устанавливает некоторые дополнительные, особые правила для разрешения вопросов, возникающих при рассмотрении частных дел, осложненных иностранным элементом. Следовательно, по предмету регулирования нормы международного гражданского процесса входят в гражданское процессуальное право и арбитражное процессуальное право.

Из рассмотренного неизбежно следует вывод, что при регламентации вопросов международного гражданского процесса применяется метод, присущий гражданскому процессуальному праву, а не метод международного частного права. Наличие иностранного элемента в гражданском процессе не вносит никаких принципиальных изменений в способы его правовой регламентации. Достаточно указать на то, что при правовой регламентации международного гражданского процесса *отсутствует главный феномен, определяющий всю специфику международного частного права, — проблема выбора права*.

Сложилось общепризнанное правило, что суд и иные правоприменительные органы при рассмотрении любых частных дел, в том числе

с иностранным элементом, руководствуются собственными процессуальными нормами и не применяют иностранного процессуального права. При рассмотрении дел, осложненных иностранным элементом, перед судом никогда не возникает вопрос: процессуальное право какого государства — российского или иностранного — нужно применить. Соответственно в международном гражданском процессе объективно нет места методу международного частного права. К этому следует добавить, что гражданское процессуальное право относится к публичному праву.

В сфере международного гражданского процесса помимо национальных процессуальных норм получили широкое распространение единообразные процессуальные нормы, унифицированные на основе международных договоров. Особенно распространены унифицированные нормы, устанавливающие порядок исполнения иностранных судебных поручений, порядок признания и исполнения иностранных судебных и арбитражных решений (например, Гагская конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г., Брюссельская конвенция о международной подсудности и исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам 1968 г. и др.). По механизму создания и применения эти нормы очень близки к унифицированным (международным) материальным частноправовым нормам. Однако нет оснований для включения их в состав международного частного права. Во-первых, они не являются выражением общего метода международного частного права — преодоления коллизийной проблемы, так как таковая здесь вообще не возникает, а во-вторых (это главное), у процессуальных унифицированных норм иной предмет регулирования. Они так же, как и внутренние процессуальные нормы, предназначены для регулирования не частноправовых отношений с иностранным элементом, а деятельности суда по разрешению данной категории дел.

* * *

Таким образом, международное частное право *включает два вида норм — коллизийные (национальные и международные) и унифицированные материальные частноправовые. Только они соответствуют как предмету, так и методу международного частного права, что обуславливает их объединение в самостоятельную отрасль права.*

Кроме коллизийных и унифицированных материально-правовых, есть незначительное число норм, решающих вопросы, имеющие общее значение для всех норм и институтов международного частного права. Речь идет о *нормах, определяющих общие начала регулирования трансграничных частноправовых отношений.* Их можно условно разделить на три группы. Первая группа состоит из норм, решающих вопросы, связанные с применением коллизийных норм. Это обратная отсылка и квалификация юридических понятий. Вторая группа состоит из норм,

регулирующих применение иностранного права, если к нему отослала коллизийная норма. Это установление содержания иностранного права, применение иностранного права с множественностью правовых систем, пределы применения иностранного права. Можно выделить и третью группу норм, которые применимы и в первом и во втором случае, — взаимность и реторсии. Нетрудно заметить, что все перечисленные нормы в конечном счете связаны с коллизийными нормами, так как регламентируют процесс выбора компетентного правопорядка. Означенные нормы занимают особое место в международном частном праве. Составляя его основу, они тесно вплетаются в юридическую ткань метода международного частного права — преодоления коллизии права разных государств.

1.7. Принципы международного частного права

Международному частному праву как самостоятельной правовой отрасли присущи свои особые принципы — основные начала, на которых строится вся система правовой регламентации частноправовых отношений международного характера.

Анализ российского законодательства по международному частному праву, и прежде всего разд. VI ГК РФ, позволяет выделить три основных принципа: принцип суверенного равенства национального права государств, принцип защиты отечественного правопорядка, принцип наиболее тесной связи.

Принцип суверенного равенства национального права государств занимает особое место в международном частном праве, так как является предпосылкой его возникновения и существования. Коллизии права и объективная потребность в их разрешении возникли тогда, когда появились государства с обособленным, отличающимся по своему содержанию гражданским правом, между которыми существовал достаточно развитый торговый обмен.

С одной стороны, данный принцип исходит из того, что право государства издавать и применять законы является одним из его суверенных прав, которые должны уважать другие государства. Национальное право государства обладает территориальным характером, т. е. действует в пределах территории своего государства. *Принцип требует, чтобы каждое государство уважало правомочие друг друга свободно, без вмешательства извне создавать свою правовую систему и не препятствовать ее функционированию.*

С другой стороны, принцип равенства национального права государств исходит из того, что интересы международного общения требуют признания и применения в определенных пределах иностранного права. В России иностранное право может применяться лишь при наличии прямых предписаний об этом национального права. Такие предписания

содержатся в коллизионных нормах независимо от того, созданы они российскими законами или международными договорами, в которых участвует Россия.

Принцип суверенного равенства национальных правовых систем означает, что при отсылке коллизионной нормы к праву иностранного государства оно должно в обязательном порядке применяться всеми российскими органами и должностными лицами. В соответствии с данным принципом правоприменительные органы должны с уважением относиться к применяемому иностранному праву, его особенностям, с тем чтобы предписания иностранного права были реализованы с максимальной тщательностью. Это положение прямо зафиксировано в п. 1 ст. 1191 ГК РФ: при применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве. Иначе говоря, суд обязан применить иностранное право так, как оно применяется в родном для данного права государстве.

Принцип защиты отечественного правопорядка тесно связан с предыдущим, является его следствием: уважение иностранного права, готовность применять его в предусмотренных законом случаях должны иметь разумные границы. В обязанность государства входит защита национальных интересов, которые не должны быть нарушены применением иностранного права. Известно, что право является мощным инструментом национальной политики и защиты национальных интересов. Понятно, что иностранное право направлено прежде всего на защиту национальных интересов своего государства, своих граждан, юридических лиц, общества в целом.

Согласно данному принципу государство, допуская применение иностранного права, обязано очертить допустимые границы его применения на своей территории. На реализацию данного принципа направлены два специальных института международного частного права: институт публичного порядка (или оговорка о публичном порядке) (ст. 1193 ГК РФ) и институт свехимперативных норм (ст. 1192).

В самом общем виде оговорка о публичном порядке означает: избранное на основе отечественной коллизионной нормы иностранное право не применяется и субъективные права, возникшие под действием иностранного права, не получают защиты, если такое применение или такая защита противоречат основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации. *Публичный порядок* — это устой правовой системы, коренные интересы общества и государства, основы морали.

Институт свехимперативных норм предписывает применять императивные нормы российского права независимо от того, что на основании российских коллизионных норм избрано и должно применяться иностранное право. Однако это правило касается не всех императивных норм российского права. Во-первых, это императивные нормы, при-

менение которых прямо указано в самих нормах (например, п. 3 ст. 162 ГК РФ, из которого следует обязательное соблюдение простой письменной формы внешнеэкономической сделки под страхом признания ее недействительности); во-вторых, это и императивные нормы, которые имеют особое значение, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота.

Принцип наиболее тесной связи (*Proper Law*) в качестве общего принципа международного частного права оформился к концу XX в. Ранее он был известен (в основном в англо-американском праве) как способ выбора компетентного правопорядка для договорных обязательств, согласно которому договорные обязательства следует рассматривать по праву того государства, с которым конкретный договор наиболее тесно связан, — *Proper Law of the Contract* (право, присущее данному контракту или закон наиболее тесной связи).

В качестве принципа международного частного права *он определяет главное назначение разрешения коллизии права: процесс выбора компетентного правопорядка должен основываться на идее поиска права, с которым конкретное отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано.* При выборе применимого права следует принимать во внимание не один какой-либо формальный критерий, а всю совокупность фактических обстоятельств конкретного отношения. Впервые наиболее тесная связь в качестве принципа международного частного права была закреплена в австрийском Законе о международном частном праве 1978 г., первый параграф которого, во-первых, требует применения к отношениям с иностранным элементом правопорядка, с которым имеется наиболее тесная связь, и, во-вторых, устанавливает, что все коллизионные нормы данного Закона следует считать проявлением данного принципа.

Несмотря на определенный субъективизм, к которому может привести принцип наиболее тесной связи, он получает все большее распространение. Считается, что в условиях усложнения международных частноправовых связей выбор компетентного правопорядка на основе какого-нибудь одного формального критерия не всегда приведет к выбору права, которое способно адекватно регулировать соответствующие отношения. Напротив, установление применимого права с учетом всех обстоятельств данного отношения в большей степени отвечает порождаемым самой жизнью потребностям. Он закреплен во многих правовых актах, как национальных, так и международных. Среди них: немецкий Закон о новом регулировании международного частного права 1986 г., швейцарский Закон о международном частном праве 1987 г., румынский Закон применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 г., венесуэльский Закон о международном частном праве

1999 г., украинский Закон о международном частном праве 2005 г., Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. и др.¹

В российском праве принцип наиболее тесной связи в качестве общего принципа международного частного права не закреплен. Однако разд. VI ГК РФ, не закрепляя его формально в качестве принципа, реально определяет его место в правовой регламентации трансграничных гражданско-правовых отношений в качестве основополагающего начала.

Прежде всего, п. 2 ст. 1186 ГК РФ *закрепляет общее назначение принципа наиболее тесной связи* для регулирования всех видов гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом: если в соответствии с коллизионными нормами невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано. Несмотря на то, что данное правило сформулировано в качестве вспомогательного, оно выражает принципиальную идею, основное направление правовой регламентации всего комплекса трансграничных гражданско-правовых отношений. К наиболее тесной связи следует обращаться, во-первых, в случае пробелов в коллизионном регулировании и, во-вторых, если применение имеющейся коллизионной нормы не приведет в силу разных обстоятельств к установлению применимого права.

Кроме того, разд. VI ГК РФ *закрепляет принцип наиболее тесной связи как основное направление правового регулирования договорных обязательств международного характера*. Содержание ст. 1211 позволяет сформулировать еще одно важное назначение принципа наиболее тесной связи: *он корректирует применение коллизионных норм, устанавливает пределы их применения*. Если при установлении применимого права выясняется, что «из условий или существа договора либо из всей совокупности обстоятельств дела» договор более тесно связан с правом одного государства, а применение коллизионной нормы ведет к выбору права другого государства, то оно не подлежит применению. При данных обстоятельствах следует применить право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

1.8. Международное частное право как отрасль правопедения

Все рассмотренное выше относится к международному частному праву как к самостоятельной отрасли права. Но его можно рассматри-

¹ См.: Международное частное право. Сборник нормативных актов / сост. Г. К. Дмитриева, М. В. Филимонова. 3-е изд. М., 2004. С. 5–14; 162–174; 178–183.

вать и как отрасль правопведения: науку международного частного права, учебный курс международного частного права и т. д. И хотя отрасль правопведения отражает отрасль права, она всегда шире. Не является исключением и международное частное право. Как отрасль правопведения оно в более широком аспекте охватывает изучение правового регулирования трансграничных частнопровых отношений.

Наука международного частного права вообще и учебный курс в частности стремятся осветить возможно более широкий круг вопросов, тесно связанных с правовой регламентацией международных частнопровых отношений. Поэтому сюда включаются в определенную ступени и материальные нормы национального права, причем не только частного, но и административного, и финансового (например, нормы, регулирующие внешнеэкономическую деятельность права), и нормы гражданского процесса, причем не только международного, и даже нормы международного публичного права (например, иммунитет государства). Такой комплексный подход дает возможность отразить всю полноту и многообразие вопросов частных правоотношений, возникающих в сфере сотрудничества России с иностранными государствами. Неудивительно, что в результате такого подхода некоторые вопросы дублируются в различных отраслях правопведения.

Например, правовое положение иностранцев изучается в науке и курсе международного права (публичного), международного частного права, национального административного права; порядок исполнения иностранных судебных поручений изучается в науке и курсе как гражданского процессуального права, так и международного частного права, и т. д. Такое положение не вызывает никаких возражений.

Система международного частного права как отрасли правопведения, и в частности учебного курса, определяется его сущностью как права, регулирующего отношения частнопрового характера. Поэтому она в значительной степени соответствует системе изложения материала в учебниках и курсах гражданского и других отраслей частного права. Обычно система курса состоит из трех частей: Общая часть; Особенная часть и международный гражданский процесс; международный коммерческий арбитраж. Из них Особенная часть более всех напоминает курс гражданского права.

В нее входят: субъекты частных правоотношений, осложненных иностранным элементом (право- и дееспособность физических и юридических лиц, правовое положение государства как особого субъекта таких отношений); право собственности; обязательственное право (общие положения и отдельные виды обязательств: договоры международной купли-продажи, договоры международной морской, железнодорожной, авиа- и других способов перевозки, денежные обязательства и т. д.); деликтные обязательства; авторское и патентное право; наследственное право. Кроме того, сюда входят трудовое право и брачно-семейное пра-

во. В этих разделах излагается материал по правовому регулированию только таких трудовых и брачно-семейных отношений, которые, во-первых, по своему характеру являются частноправовыми и, во-вторых, осложнены иностранным элементом. Эти отношения охватываются предметом международного частного права.

Общая, весьма специфическая часть курса рассматривает научно-практические вопросы, имеющие общее значение для всех норм и институтов, составляющих Особенную часть международного частного права, и раскрывающие специфику правового регулирования частноправовых отношений международного характера. Сюда входят: предмет, метод, способы и формы правового регулирования; характеристика норм, составляющих международное частное право; вопросы, возникающие при применении иностранного права, и т. д. Международный гражданский процесс рассматривает те специфические вопросы, которые возникают при разрешении частных дел с иностранным элементом: процессуальная право- и дееспособность иностранных физических и юридических лиц; процессуальное положение иностранного государства; подсудность частных дел с иностранным элементом; исполнение иностранных судебных поручений; признание и исполнение иностранных судебных решений. Особое место в международном частном праве занимает международный коммерческий арбитраж, который характеризуется смешанной правовой природой: нормы, его регламентирующие, относятся частично к материально-правовым нормам и частично — к процессуально-правовым.

1.9. Место международного частного права в юридической системе

Заканчивая главу «Понятие международного частного права», необходимо рассмотреть еще один вопрос, который в какой-то степени обобщает вышеизложенное и следует из него в качестве общего вывода, — место международного частного права в юридической системе.

Данный вопрос настолько тесно связан с понятием и природой международного частного права, что порождает неослабевающие дискуссии. Не останавливаясь в рамках учебника на содержании дискуссий, можно выделить три основных подхода: 1) международное частное право относится к международному праву в широком смысле¹; 2) международное частное право входит в систему внутреннего (национального) права государства²; 3) международное частное право — это «полисистемный

¹ См., напр.: *Фельдман Д. И.* О системе международного права // Советский ежегодник международного права 1977. М., 1979; *Международное публичное право* / под ред. К. А. Бекяшева. М., 1999. С. 4.

² См., напр.: *Матвеев Г. К.* Предмет, система и задачи дальнейшего развития международного частного права // Советский ежегодник международного права 1978. М., 1980; *Зевков В. П.* К вопросу о соотношении материально-правового и коллизионного способов

комплекс», который частично относится к международному (публично-му) праву и частично — к внутригосударственному праву¹. В пределах каждого подхода есть также различия.

С нашей точки зрения, изложенное в настоящей главе позволяет сделать несколько выводов:

1) международное частное право, бесспорно, связано как с международным (публичным) правом, так и с национальным правом государств, прежде всего с отраслями частного права;

2) несмотря на тесную связь с международным (публичным) правом, международное частное право входит в систему внутреннего (национального) права государства. Это жестко предопределяется предметом правового регулирования — частноправовыми отношениями. Оно регулирует отношения между такими субъектами (физические и юридические лица), которые находятся под верховенством государства и, следовательно, под действием его внутреннего права. Механизм международно-правового регулирования не приспособлен для регулирования отношений между физическими и юридическими лицами;

3) в системе внутреннего права международное частное право не является частью гражданского права (семейного, трудового). Оно занимает самостоятельное место в этой системе — является самостоятельной отраслью со своими специфическими предметом и методом регулирования;

4) вопреки названию международное частное право имеет национально-правовую природу. В отличие от международного (публичного) права, единого для всех государств, международное частное право существует в рамках внутреннего (национального) права каждого государства: российское международное частное право, украинское международное частное право, английское международное частное право и т. д.;

5) исходя из вышеизложенного можно дать определение российскому международному частному праву. Это *самостоятельная отрасль российского права, представляющая собой систему принципов, коллизионных (национальных и международных) и унифицированных материальных частноправовых норм, регулирующих частноправовые отношения (гражданские, брачно-семейные, трудовые и иные), осложненные иностранным элементом, посредством преодоления коллизии частного права разных государств.*

Задачей данного учебника является изучение особенностей и содержания прежде всего международного частного права России.

Конечно, национальный характер не исключает наличия в международном частном праве разных государств общих черт. Известно, что

регулирования в международном частном праве // Советский ежегодник международного права 1973. М., 1975; *Богуславский М. М.* Международное частное право. М., 1998. С. 27.

¹ См.: *Мюллерсон Р. А.* О соотношении международного публичного, международного частного и национального права // Советское государство и право. 1982. № 2.

в любой отрасли права разных государств встречаются одинаковые или близкие положения и правила. И это понятно: хотя право и относится к области внутренней юрисдикции государств, в процессе их сотрудничества происходит взаимовлияние и в области права. Тем более взаимовлияние ощутимо в сфере международного частного права, так как по своей природе оно регулирует такие отношения, которые непосредственно лежат в сфере международного общения, что неизбежно сказывается на содержании самого права.

В изучении международного частного права большое место занимает сравнительное правоведение (компаративистика) — сравнительное изучение и сопоставление соответствующих норм и институтов в праве различных государств. Это отвечает потребностям практики. При изучении, например, правовых основ участия иностранных юридических и физических лиц в предпринимательской деятельности на территории России по российскому праву, естественно, возникает вопрос: каковы правовые основы участия в такой деятельности российских физических и юридических лиц за рубежом. Они определяются главным образом правом соответствующего иностранного государства. Однако в силу ограниченного объема учебника сравнительный анализ с международным частным правом других государств будет осуществляться лишь постольку, поскольку это необходимо для раскрытия особенностей международного частного права России.

Дополнительная литература

Бирюков П. Н., Понедельченко Н. М. Еще раз о международном частном праве // Международное публичное и частное право, 2005. № 3.

Дмитриева Г. К. Международное частное право и гражданское право: соотношение и взаимодействие // Argumentum ad iudicium. ВЮЗИ — МЮИ-МГЮА. Труды. Т. II. М., 2006.

Звеков В. П. Новое российское гражданское законодательство и проблемы международного частного права // Московский журнал международного права. 1998. № 2.

Кожевников С. Н. Право публичное и частное. Право материальное и процессуальное // Международное публичное и частное право. 2005. № 2.

Сильченко О. Н., Толочко О. Н. Теоретические проблемы учения о нормах международного частного права // ГиП. 2000. № 1.

Глава 2

ИСТОРИЯ РОССИЙСКОЙ НАУКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

2.1. Развитие науки международного частного права в дореволюционной России

Наука международного частного права в России сравнительно молода: она возникла во второй половине XIX в. К этому времени на Западе уже в течение многих столетий одно поколение юристов за другим работало над созданием теории конфликтного права. Их усилия позволили превратить этот сегмент юридического знания в предмет размышлений ряда самых выдающихся юристов всех времен и народов. Была создана богатейшая количественно и качественно специальная литература.

Россия примкнула к этой работе достаточно поздно. История русской литературы международного частного права занимает немногим более полутора столетий. Но как бы коротка она ни была, это наша история, и к ней стоит отнестись со вниманием, ибо, полнее сознавая прошлое, мы лучше уясняем современное: глубже опускаясь в смысл былого, раскрываем характер будущего; глядя назад, шагаем вперед. В прошлом — основа будущего плодотворного развития российской науки международного частного права.

«Знание истории права для юриста, — заметил дореволюционный ученый П. Е. Казанский, — то же самое, что знание естественных наук для врача. Только тот, кто понимает право исторически, как произведение известных общественных условий, как результат известного — го развития, может верно оценивать значение его различных начал, применять его в настоящем и содействовать развитию его в будущем. Только тот будет действительным мастером своего дела и в малом, и в крупном»¹.

Русская литература международного частного права имеет славную историю, выразившуюся в длинном перечне блистательных трудов, глубоких по своему научному содержанию и оригинальных по языковому

¹ См.: *Казанский П. Е.* К вопросу о подготовке преподавания на юридических факультетах. Одесса, 1901. С. 10.

стилю изложения¹. Работы таких маститых ученых, как М. И. Брун, Н. П. Иванов, П. Е. Казанский, М. Н. Капустин, К. И. Малышев, Ф. Ф. Мартенс, Б. Э. Нольде, А. А. Пиленко и др., имеют важное значение для изучения международного частного права. Написанные выразительным, ярким языком, они в то же время представляют собой своеобразный образец, эталон, коем должны соответствовать и работы современных авторов.

Исторически первой специальной работой по международному частному праву на русском языке была книга Николая Павловича Иванова (1839—1903) «Основания частной международной юрисдикции», первоначально вышедшая в «Ученых записках Казанского университета» в 1865 г., а затем и отдельно. «Каждое государство, — писал автор, — обладает свойством суверенитета, что означает действие на своей территории изданных им законов. Однако интересы взаимного общения народов требуют признания внутри своих территориальных пределов юридической силы иностранных законов». Применение иностранного закона определяется на основании положений отечественного законодательства.

Н. П. Иванов впервые в русской литературе ясно и подробно изложил самую постановку вопроса о конфликтах. Формулы его ясны и точны. «Мы имеем в виду два факта: с одной стороны, право носит на себе местный характер, и с другой — вследствие практической необходимости люди находятся в постоянном передвижении. Отсюда из сопоставления обоих этих фактов возникает весьма важный и трудный вопрос в юриспруденции — *вопрос о решении так называемой коллизии, или столкновения местных прав. Этот вопрос в общей форме может быть выражен следующим образом: при местном различии законов по какому именно закону надлежит разрешать случаи таких юридических отношений, которые или возникли в месте господства иного права, или же в котором участвует лицо, принадлежащее другой местности с особым правом.*

Руководствуясь работами западных авторов, Н. П. Иванов сформулировал основные начала международной юрисдикции. По его мнению, их два, и они «суть неодинаковы в отношении законодательной и судебной власти». Для законодательной власти действует следующее основное начало: если разумно-справедливые интересы того государства, которому принадлежит суд, не требуют непрямого приложения в данном случае местного права, то коллизия между законами отдельных государств (будет ли это вследствие того, что известное юридическое отношение возникло за границей, или потому,

¹ См.: *Абдуллин А. И.* Черки истории науки международного частного права в России: Проблема понимания природы международного частного права в трудах отечественных правоведов XIX — начала XX в. Казань: Казанский государственный университет им. В. И. Ульянова-Ленина, 2004. С. 72.

что в нем участвует иностранец) должна быть разрешена каждый раз на основании того из этих законов, по которому данное отношение принадлежит по своей сущности. Для судебной власти действует другое основное начало, а именно: в случае коллизии между законами отдельных государств судья обязан поступать на основании своего отечественного закона¹.

Н. П. Иванов еще не был самостоятелен в своих исследованиях. Свою книгу он построил на творческом переложении работ западных ученых — К. Ф. Вехтера и Ф. К. фон Савиньи.

С работы Н. П. Иванова начинается активная разработка основных проблем международного частного права российскими юристами-международниками, которые продолжили и развили традиции, ранее заложенные цивилистом Дмитрием Ивановичем Мейером (1819—1856)². На рубеже XIX — начала XX в. в российской науке сложилось два понимания природы международного частного права. - юристы-международники (П. Е. Казанский, М. Н. Капустин, Ф. Ф. Мартенс, А. Н. Стоянов и др.) исходили из широкого понимания общего международного права, включающего в свой состав как международное публичное, так и международное частное право. Михаил Николаевич Капустин (1828—1899), например, писал: «Международное право имеет содержанием своим положение и деятельность государств и их подданных в международной (внегосударственной) области»³.

Андрей Николаевич Стоянов (1831—1907) определял международное право как «совокупность общих начал и правил, которыми определяются взаимные отношения самостоятельных государств и разрешаются столкновения в законах и обычаях отдельных народов для упрочения и развития всемирно-гражданского оборота»⁴.

Вопросам международного частного права Федор Федорович Мартенс (1845—1909) уделил целый раздел во втором томе своего фундаментального курса⁵. По его мнению, международное общение есть единственно верное и положительное основание, на котором может развиваться международное частное право, и исходя из него только и могут быть разрешены запутанные и сложные вопросы применения

¹ См.: *Иванов Н. П.* Основания частной международной юрисдикции. Казань, 1865.

² См.: *Мейер Д. И.* Юридические исследования относительного торгового быта Одессы. Казань, 1855; Русское гражданское право. *Чтения Д. И. Мейера.* Общая часть. Вып. 1. Казань, 1858.

³ См.: *Капустин М. Н.* Международное право. Конспект лекций. Ярославль, 1873. С. 1.

⁴ См.: *Стоянов А. Н.* Очерки истории и догматики международного права. Харьков, 1875. С. 11.

⁵ См.: *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. М., 1995. Т. 2. С. 169—212. Курс впервые вышел в свет в 1882—1883 гг. В дореволюционной России он издавался пять раз. В 1995 г. к 150-летию со дня рождения ученого вышло в свет очередное издание учебника.

законов различных государств. Из понятия о международном общении цивилизованных государств вытекают следующие основные положения:

1) назначение каждого суда заключается в охранении существующих прав; всякое право, возникшее на основании законов одного какого-либо государства, должно быть признано правом на территории всего международного сообщества;

2) международное право есть действующее право каждого цивилизованного государства;

3) в каждом отдельном случае, представляющем возможность или требующем выбора между законами территориальными и иностранными, задача суда — определить, какой закон, туземный или иностранный, должен получить применение;

4) если законы отдельных государств не содержат в себе начала международного частного права или не устраняют недоразумений, постоянно возникающих в практике относительно применения этих начал, то необходимо общее международное соглашение по этим вопросам.

Рассуждения Ф. Ф. Мартенса по вопросам международного частного права вызвали неоднозначную оценку среди его современников. Профессор Демидовского юридического лица в Ярославле Т. М. Яблочков высоко оценил его научные построения¹. В противовес этому мнению Б. Э. Нольде считал, что Мартенс «не велик как ученый в этой области международного права. В его лице русская наука, по сравнению с Малышевым, делает шаг назад»². Его идея международного общения «совершенно бессодержательна в связи с построением конфликтных норм, ибо она лишь констатирует тот бесспорный факт, что конфликты законодательств разных стран возникают в силу существования связей между этими странами»³.

Активным сторонником широкого подхода к международному частному праву являлся одесский профессор Петр Евгеньевич Казанский (1866—1947). Международное частное право он именовал международным гражданским правом. Главная книга его жизни так и называлась: «Учебник международного права, публичного и гражданского». К международному частному праву он относил не только коллизионные нормы, как это делал, например, Ф. Ф. Мартенс, но и материально-правовые нормы.

П. Е. Казанский придерживался следующего понимания международного права. «*Международное право, — писал он, — есть совокупность*

¹ См.: Яблочков Т. М. Значение Ф. Ф. Мартенса в науке частного международного права // Юридические записки. Ярославль, 1910. Т. 1. С. 465—481.

² См.: Нольде Б. Э. М. И. Брун (1860—1916) и наука международного частного права в России // Вестник гражданского права. 1917. № 3—5. С. 24.

³ Там же. С. 23. Указанный вестник был последним. Всего журнал издавался 5 лет М. М. Винавером при ближайшем участии профессора Д. Д. Гримма, М. Я. Пергамента, В. Б. Эльяшевича и И. А. Покровского. Впоследствии все они эмигрировали.

юридических правил, определяющих устройство и управление международного общения и гражданские права иностранца»¹.

Вопросам международного частного права П. Е. Казанский уделил особенную часть своего учебника (с. 493–524). «*Международное частное право, или гражданское право*, — констатировал он, — *это начала, определяющие гражданские права человека в международных отношениях или, что то же самое, гражданские права иностранца*»². По мнению автора, международное частное право решает две основные задачи: 1) обеспечивает каждому лицу, живущему в пределах международного общения, известную совокупность основных прав, без которых в наше время нельзя вообще принимать участия в общественной жизни и преследовать свои надобности в сношениях с другими людьми; 2) устанавливает, законы каких государств должны применяться ко всем подробностям тех или других отношений между людьми, так как положение частного человека определяется ныне преимущественно правом отдельных государств.

П. Е. Казанский относился к активным сторонникам широкого толкования международного права. «Их учение, — писал он, — можно даже принять с одним добавлением, именно, что международное гражданское и международное публичное право входят как части в более широкое понятие — просто международное право, совершенно подобно тому, как русское гражданское и русское публичное право входят как части в понятие права Российской империи»³.

Из других работ русских ученых можно выделить книгу А. А. Пиленко «Очерки по систематике международного частного права». Она представляет собой образец интернационалистического воззрения. Так, анализируя содержащуюся в законодательстве всех стран коллизионную норму, согласно которой «дееспособность лица определяется по законам той страны, к которой принадлежит это лицо», А. А. Пиленко делал вывод о том, что существует международно-правовая норма, по которой дееспособность физического лица определяется его отечественным законом, а страны, закрепившие это положение в своих внутренних правовых системах, лишь присоединились к этой международно-правовой норме⁴.

В противоположность этому подходу в 70-х гг. XIX столетия сформировалась цивилистическая концепция понимания международного частного права. Ее основоположником был крупнейший российский цивилист XIX — начала XX в. Кронид Иванович Малышев. Основные

¹ См.: Казанский П. Е. Учебник международного права, публичного и гражданского. Одесса, 1904. С. XLVI.

² Там же. С. 498.

³ См.: Казанский П. Е. Указ. соч. С. 498.

⁴ См.: Пиленко А. А. Очерки по систематике частного международного права. СПб., 1911. С. 199.

положения этой концепции изложены в первом томе «Курса общего гражданского права России», опубликованном в 1878 г. По мнению выдающегося советского профессора Л. А. Лунца, эта работа отличалась «большим совершенством формы изложения и охватом обширнейшего материала русского и иностранного права»¹. Исследователь жизни и творчества К. И. Малышева профессор Г. М. Колоножников отмечал: «В свое время имя этого научного работника пользовалось громадной популярностью и авторитетом в ученом и судебном мире... заслуги Кронида Ивановича... громадны»².

К. И. Малышев (1841—1907) закончил Казанскую духовную академию и юридический факультет Петербургского университета. Он был прежде всего специалистом в области гражданского права и гражданского процесса. Однако его имя прочно вписано и в историю отечественной науки международного частного права. Дело в том, что К. И. Малышев, самостоятельно и добросовестно переработав все, что было издано в области коллизионного права до него, обосновал учение о «межобластных» коллизиях в России. По его мнению, отдельные местности в России того времени — Бессарабия, царство Польское, Финляндия, Прибалтика и т. д. — с точки зрения гражданского права могли быть названы «особыми государствами с гораздо большей основательностью, чем какая-либо Пруссия или Бавария в Германской империи»³. В связи с этим возникала проблема разграничения сфер действия законоположений, существовавших в различных частях Российской империи.

К. И. Малышев исходил из цивилистической концепции международного частного права. Он писал: «В международном быту следует различать отношения публичные — между государствами и отношения частные — между отдельными субъектами гражданского оборота; на этом основании и теория международного права делится на публичное и частное международное право. Последнее есть не что иное, как часть гражданского права, то есть теория гражданских отношений в международном быту»⁴. Придерживаясь цивилистической концепции, он между тем замечал, что для международного частного права важно не только русское право, но и материалы сравнительного правоповедения, и международные соглашения⁵.

Автор изложил также основания применения иностранного права в отечественных судах. По его мнению, обязанность суда применить

¹ См.: Лунц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 120.

² См.: Колоножников Г. М. Кронид Иванович Малышев: биография и характеристика. Томск, 1917. С. 1.

³ См.: Малышев К. И. Курс общего гражданского права России. СПб., 1878. С. V.

⁴ Там же. С. 11–12.

⁵ Там же. С. 129.

иностранный закон не только исходит из международной вежливости, но и основывается на законодательстве той страны, к которой принадлежит суд, решающий дело. Иногда такая обязанность выводится из предполагаемой воли законодателя, определяемой теорией и практикой.

Исследование К. И. Малышева было оценено по достоинству современниками ученого. Б. Э. Нольде писал: «Не будет преувеличением сказать, что никто в истории русской юриспруденции не мог ни раньше, ни после сравниться с Малышевым по своим знаниям положительного русского и иностранного права и по своей литературной русской и иностранной начитанности. И ученость эта подлинная, не взятая напрокат, ибо Малышев большею частью идет первым по тем научным путям, которые он себе наметил: за ним нет предшественников, и он все собирает сам. Изумительное трудолюбие делает Малышева смелым, и он не останавливается перед задачами, которые, без преувеличения, надо назвать гигантскими... Можно смело сказать, что Малышев создал догму русского внутреннего коллизионного права»¹.

К. И. Малышев рассмотрел в своей работе главным образом коллизии между разноместными законами России. Обещанный им раздел курса, посвященный международному коллизионному праву, так и не вышел в свет. Работа в этом направлении не была продолжена. И тем не менее вклад К. И. Малышева в науку международного частного права в России огромен. То, что им было сделано, достойно того, чтобы мы и сегодня с благодарностью вспоминали его имя.

Цивилистическая концепция международного частного права была развита в трудах профессора Коммерческого института в Москве М. И. Бруна. В них также последовательно отстаивалась точка зрения о национальном, а не международном характере коллизионных норм.

Михаил Исаакович Брун (1860—1916) — один из наиболее даровитых представителей русской науки. Его первой работой был очерк «Международное частное право», помещенный в 1896 г. в энциклопедическом словаре Брокгауза и Ефрона (т. XVIII-а. С. 922—930). Долгое время он трудился в Москве присяжным поверенным и, лишь оставив практику, полностью посвятил себя науке. В его изысканиях чувствуется постоянно возрастающая глубина мысли и знаний. «В последних работах Брун — полный хозяин предмета, овладевший огромной его литературой, разбирающийся в сложнейших контроверзах этой сложнейшей отрасли юридического знания», — писал Б. Э. Нольде в своем незаконченном очерке об ученом².

Словарный очерк М. И. Бруна вследствие главным образом непечатания в издании, которым юристы не привыкли пользоваться, су-

¹ См.: Нольде Б. Э. Указ. соч. С. 16—17.

² См.: Нольде Б. Э. Указ. соч. С. 6.

шественно не повлиял на развитие коллизионной теории в России. *«Международное частное право, — писал автор, — совокупность правил, определяющих, законы какого государства должны нормировать частное юридическое отношение, в котором участвуют иностранцы или которое возникло за границей. Каждое государство в силу своего суверенитета могло бы, по-видимому, в пределах своей территории допускать применение только своих законов, но на практике все культурные государства признают у себя в силу юридической необходимости действие иностранных законов».*

Очерк М. И. Бруна по своим внутренним достоинствам несомненно заслуживал внимания. В нем автор поставил свою задачу очень скромно — изложить основы международного частного права. В небольшой по размеру словарной заметке такая скромность — признак большого научного такта. Со своей задачей М. И. Брун справился блестяще, и все, что он изложил, точно и методологически правильно. Его характеристики отдельных институтов международного частного права, несмотря на их краткость, содержательны и точны.

Вместе с тем, не умаляя ее достоинства, было бы несправедливо придавать чрезмерное значение первой работе М. И. Бруна. Главные его заслуги — в работах поздних лет, и только они дали ему крупное имя в истории русской юридической науки. Автор в течение ряда лет преподавал международное частное право в Московском коммерческом институте. Его лекции были напечатаны под названием «Международное частное право» в 1909 г.

В самом начале своего курса лекций М. И. Брун писал: «Мы приступаем к изучению науки, которую в сороковых годах XIX века начали называть: международное частное право. Общее мнение таково, что название это неправильно и неточно, громоздко и некрасиво. Своим содержанием наука эта представляет ряд испытаний для тех, кто ею занимается... Между тем она не только не отвращает от себя, но те самые, кто так на нее жалуются, заявляют о своей пламенной любви к ней. По тому самому, что наука эта изобилует недоуменными вопросами; по тому самому, что процесс искания истины более ценен, чем достигнутая степень познания, которое ведь всегда только относительно; но и потому, что конечная цель этой науки — признание и защита субъективных прав на всем земном шаре независимо от случайных местных условий притязания на них; что светоч этой науки — человечество, стоящее выше национальных делений, — по этим причинам она влечет и привлекает к себе всех, кто с нею познакомился»¹.

«...Международное частное право есть ветвь внутренне-государственного права. применение в известных случаях иностранных за-

¹ См.: Международное частное право. Лекции М. И. Бруна, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/1909 году. (На правах рукописи). М., 1909. С. 2.

конов составляет юридическую обязанность государственной власти по отношению к собственным подданным, независимо от того, что думают об этом международное право и представители иностранных государств», — замечал М. И. Брун¹. «Вместе с тем, — продолжал он, — международное частное право не есть международное право и не есть частное право; это нечто совершенно отдельное от этих двух совокупностей правил»².

Столь же категорично выражался М. И. Брун в своей итоговой, наиболее значимой из его творческого наследия книге «Введение в международное частное право». Она состояла из четырех очерков: 1) определение предмета; 2) задачи науки и ее методы; 3) отношение к международному праву; 4) отношение к частному праву и место в системе норм.

«Международное частное право, — писал ученый, — не есть ни международное право, ни частное право. Для нашего времени и для нашей культуры оно есть совокупность правил о выборе из множества частноправовых норм, параллельно действующих — каждая на своей территории, — той нормы, которая одна правомочна или пригодна для юридической регламентации данного жизненного отношения.... Совокупность коллизионных (конфликтных) норм и есть международное частное право»³.

М. И. Бруном также были опубликованы — вначале в «Журнале Министерства юстиции» и «Юридическом вестнике», а затем отдельно — следующие работы: «Коллизионная и материально-правовая норма о форме сделок» (1911), «Коллизия разноместных законов о безвестном отсутствии» (Юридический вестник, 1914. Кн. 5), вышедшая отдельным изданием под названием «О безвестном отсутствии в международном частном праве» (М., 1914), «Коллизионные нормы о дееспособности физического лица» (М., 1915), «Очерки истории конфликтного права» (М., 1915), «Право- и дееспособность физического лица в конфликтном праве» (М., 1915), «Юридические лица в международном частном праве» (Пг., 1915. Т. 1—2), «Публичный порядок в международном частном праве» (Пг., 1916), «Домициль в гражданском и конфликтном праве» (Пг., 1916).

Из других работ М. И. Бруна, оказавших значительное влияние на развитие международного частного права в России, можно выделить «Конфликтное право постгlossаторов (XIII—XV вв.)» и «Теорию статусов (XVI—VIII вв.)», опубликованные в «Известиях Московского коммерческого института» (Экономическое отделение. Кн. III. 1915. С. 3—48 и 49—104 соответственно).

¹ См.: Международное частное право. Лекции М. И. Бруна, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/1909 году. (На правах рукописи). М., 1909. С. 23.

² Там же. С. 3.

³ См.: Брун М. И. Введение в международное частное право. М., 1915. С. 5—6.

Международным частным правом занимались и другие ученые. Две статьи по истории написал В. Э. Грабарь: «Римское право в истории международно-правовых учений» (Юрьев, 1901. С. 193—218) и «Вопросы международного права в юридических консультациях Балда» (Известия МИД. 1917. Т. V—VI. С. 187—191).

К числу других наиболее значительных работ относились: *Нольде Б. Э.* «Очерк международного частного права» (в кн.: *Лист Ф.* Международное право. Юрьев, 1912. С. 461—574) и его же «Вещное международное право (частное)» (Словарь юридических и государственных наук. СПб., 1901. Т. 1. С. 1758—1762); *Шалланд Л. В.* «Современные течения в науке частного международного права» (Право. 1901. С. 1931—1944); *Пиленко А. А.* «Очерки по систематике частного международного права» (СПб., 1911); *Яблочков Т. М.* «Форма брака в частном международном праве» (Юридические записки. Ярославль, 1912. Т. I—II) и его же «Курс международного гражданско-процессуального права» (Ярославль, 1909)¹.

Подводя итог отечественным исследованиям в области международного частного права в дореволюционный период, можно сделать следующий вывод. По качеству работ русская наука международного частного права занимала одно из первых мест в мире. Она соединяла строгую ученость немецких исследований с изяществом французских. Особое достоинство русских исследователей состояло в широком знании иностранной учебной литературы. Практически до начала XX в. (исключением, пожалуй, является К. И. Малышев) вопросами международного частного права занимались юристы-международники. Русская наука дала нам несколько общих сочинений по международному праву (международное частное право входило в них как раздел), которые по своей фундаментальности можно сопоставить с лучшими трудами этого рода в западной науке.

2.2. Проблемы международного частного права в трудах российских ученых-эмигрантов (1918—1939 гг.)

Российские ученые, рассеянные по всему миру, находясь в изгнании, продолжили свои научные исследования. Монографических исследований по международному частному праву не было, однако проблемы международного частного права рассматривались в статьях, публикуемых в многочисленных изданиях русского зарубежья.

Так, вопросы истории международного частного права были подняты в интереснейшей статье выдающегося российского археолога

¹ Более подробный перечень дореволюционных работ по международному частному праву см. в кн.: *Грабарь В. Э.* Материалы к истории литературы международного права в России (1647—1917). М., 1958. С. 463—472.

и историка Михаила Ивановича Ростовцева (1870, Житомир — 1952, Нью-Хэйвен, США) «Международные отношения и международное право в Древнем мире», помещенной в 1921 г. в четвертом номере издававшегося в Париже внепартийного журнала «Современные записки» (с. 128—159). В ней он писал: «Древнейшими формами международных отношений были отношения гостеприимства между отдельными лицами, принадлежащими к разным государствам, — база будущего частного международного права». Продолжая далее свои рассуждения, он утверждал, что уже к VI в. до н. э. в Греции пышно расцвело такое явление, как международное частное право. «Самые широкие межгосударственные деловые отношения поощрялись большинством греческих городов... были организованы особые суды, разбиравшие дела неграждан с гражданами. Они руководствовались не столько действующим правом данного города, сколько специальными соглашениями, существовавшими на этот предмет между отдельными городами, т. е. коммерческими трактатами».

Интересными представляются идеи М. И. Ростовцева о процессах, происходивших в древности и сходных с тем, что сейчас именуется гармонизацией права. Общеизвестным является факт, — писал он, — что «в области гражданских отношений эллинистический мир от стадии сепаратных законодательств начал переходить к нормам права, в принципе одинаковым во всех частях эллинистического мира. Если принять во внимание тот факт, что в эпоху эллинизма взаимный обмен продуктами стал действительно мировым, что в крупных торговых центрах встречались и сожительствовали граждане и подданные почти всех более значительных государств, что переселение людей из одних центров в другие для развития более интенсивной деятельности (вспомним еврейское рассеяние) сделалось обычным явлением, то ясным станет необходимость создания общего международного частного права»¹.

Изучением международного частного права занимались профессора Юридического факультета в Харбине (Китай). Это уникальное русское учебное заведение, просуществовавшее 18 лет — с 1920 по 1937 г., имело свой печатный орган — «Известия Юридического факультета». Всего вышло 12 весьма объемных томов. Исключительно вопросам международного частного права посвящены статьи Михаила Эммануила Гильчера (1874, Одесса — ?) «Национальность акционерных обществ. Из практики» (т. 3, с. 27—33) и Георгия Константиновича Гинса (1887, Модлин, Польша — 1971, Редвуд-Сити, США) «Сделка “CIF”» (т. 9, с. 198—205). Вопросов международного частного права касался в своих работах виднейший цивилист русского зарубежья Валентин Александрович Рязановский (1884, Костромская губ. — 1968,

¹ См.: *Ростовцев М. И.* Международные отношения и международное право в Древнем мире // *Современные записки.* 1921. № 4. С. 151—152.

Сан-Франциско, США). В помещенной в четвертом томе «Известий» работе «Новое китайское гражданское право» он осветил правовое положение иностранных юридических лиц в Китае. Ранее он же во Владивостоке опубликовал в 1921 г. книгу «Правовое положение русских в занятых Японией местностях Сахалинской области» (58 с.).

Некоторых вопросов международного частного права коснулся Михаил Яковлевич Пергамент (1866, Одесса — 1932, Ленинград) в своей статье «О юридической природе так называемого дипломатического квартала в Пекине». Работа была опубликована в двух номерах издаваемого в Харбине с 1923 по 1934 г. журнала «Вестник Маньчжурии» за 1926 г. (№ 6. С. 4—18; № 7. С. 3—14). В ней М. Я. Пергамент указал, что дипломатический квартал в Пекине не обладает качествами верховной власти, суверенитета и государственной территории. «Отсюда, — писал он, — юридическое положение международного частного права... “форма сделки определяется местом ее совершения” полностью применимо и к дипломатическому кварталу. Пусть юридическая сделка совершена в дипломатическом квартале, — далее рассуждал он, — по существу, пусть сделка будет германская. Где тут, с точки германского закона, форма для данной сделки?» И отвечал, что речь будет идти «только о той форме, которая предписывается законами Китая».

М. Я. Пергамент также поднимал и рассматривал некоторые вопросы международного частного права в статьях, помещенных в «Вестнике Маньчжурии»: «Новейший обмен мнений об экстерриториальности в Китае» (1925. № 8—10) и «Из вопросов о подсудности в Китае» (1925. № 3—4). Последняя вышла в Харбине в 1925 г. отдельной брошюрой.

Изложение французского законодательства касательно определения национальности акционерных обществ, французской доктрины и практики дано в вышеупомянутой статье М. Э. Гильчера. В ней, в частности, автор писал: «От определения национальности общества зависит применение тех или иных законов и правил к учреждению и основанию общества, к их функционированию и ликвидации: принятие решений о подчинении обществ, действующих в данной стране, законам об иностранцах». Он, опираясь на труды в основном французских и советских авторов (И. С. Перетерский, А. Н. Макаров), изложил имевшиеся в то время доктрины национальности юридических лиц в международном частном праве—инкорпорации (место учреждения юридического лица), домицилия (место расположения главного органа), центра эксплуатационной деятельности, мало изменившиеся в XX столетии и перекочевавшие во все современные учебники по международному частному праву.

М. Э. Гильчер подчеркивал: «Большинство довоенных писателей остановилось на критерии места нахождения правления, как на центре, где сосредотачивается жизнь общества, откуда идут директивы, идеи, направление дел, где собираются органы акционерной компании, правление, общие собрания, ревизоры и где помещаются главные службы

предприятия: бухгалтерия, корреспонденция, консультанты и т. п. . Однако, как часто бывает, категорическое решение вопроса содержит в себе зародыш сомнения. Что, если место нахождения правления фиктивно, указано с целью обмана, введения в заблуждение, например указано в одной стране, а между тем общество состоит из граждан другой страны, где фактически имеют пребывание и собираются члены правления?» Таким образом, по мнению автора, теория места нахождения должна корректироваться такими характеристиками, как национальность членов правления, происхождение капиталов, место главной эксплуатации предприятия и т. д.

Статья М. Э. Гильчера носила для своего времени практическую направленность. Анализ судебной практики в Китае, теоретическое обобщение примеров из французских источников давали достаточно четкие ориентиры для судей, сталкивающихся в судах с подобного рода случаями. Содержащиеся в статье примеры интересны и полезны для современной учебно-педагогической деятельности и не потеряли своей значимости для судебной практики.

К числу других работ М. Э. Гильчера, касающихся вопросов международного частного права, можно отнести «Очерки китайского акционерного права» (Известия Юридического факультета. 1925. Т. 1. С. 11—22) и «Вопросы о применении советских законов в китайских судах» (Вестник Маньчжурии. 1925. № 8—10. С. 12—15).

Статья Г. К. Гинса¹ писалась скорее всего на злобу дня и, по всей вероятности, была толчком к разработке им в тесном сотрудничестве с харбинским промышленником Л. Г. Цыкманом руководства для коммерсантов «Предприниматель», изданного в Харбине в 1940 г. Названная статья вошла в перечень наиболее значительных его работ². В ней, в частности, автор указывал, что в морской торговле применяется ряд своеобразных терминов, хорошо известных коммерсантам, ведущим импортную и экспортную торговлю.

«Большинство сделок, — продолжал он, — точно определяют распределение обязанностей между продавцом и покупателем. Твердо установленная практика устраняет возможность споров. Иначе обстоит дело с разновидностью торговой купли-продажи, обозначаемой обычно “CIF” или “CAF”». Г. К. Гинс замечал, что название «CIF» происходит от начальных букв английских слов *cost* — стоимость, *inshuarance* — страховка и *fracht* — фрахт. Начальные буквы тех же слов по-французски — *cout* (стоимость), *assurance* (страхование), *fret* (фрахт) составляют «CAF».

¹ См.: Гинс Г. К. Сделка «CIF» // Известия юридического факультета. 1931. Т. 9. С. 198—205.

² Уже в наши дни вышло второе издание книги. См.: Гинс Г. К. Предприниматель. М., 1992.

Отметив, что «научное исследование сделки принадлежит самому последнему времени» и что «крупнейшие курсы торгового права обходят эту сделку молчанием или ограничиваются разъяснением ее обозначения», Г. К. Гинс предложил читателям свое определение сделки «CIF»: «Сделка эта, — писал он, — представляет собой продажу отправляемых морским путем грузов с перенесением на покупателя риска со времени погрузки на корабль и передачи ему права распоряжения грузом посредством вручения коносамента, фактур и полиса, т. е. документов, дающих право на получение в порту назначения груза или его эквивалента (страхового вознаграждения)».

В статье также достаточно обстоятельно и предельно просто изложены вопросы момента перехода права собственности, индивидуализации объекта страховки, важнейшие обязанности продавца и др. Обращает на себя внимание тот факт, что за пять лет до принятия ИНКОТЕРМС Г. К. Гинс предвосхитил значение конкретизации международных торговых терминов и в меру своих сил внес вклад в их детализацию. Статья была практически значима для русских предпринимателей, осуществлявших внешнеторговые операции в Китае.

Международным частным правом занимались и преподаватели другого уникального учебного заведения российской эмиграции — Русского юридического факультета в Праге (1922—1933). Так, в 1924 г. появилась книга Михаила Артуровича Циммермана (1887, Кутаиси — 1935, Брно, Чехословакия) «Международное право» (ч. II — «Материальное право»). Специального раздела о международном частном праве эта книга не содержала. Положения международного частного права были органически вплетены в соответствующие разделы книги. Например, в гл. I «Учение о субъектах международного права» имелся отдельный параграф «Начало подсудности иностранным судам»; вопросы о правах иностранцев на литературную и промышленную собственность, а также об их процессуальных правах рассматривались в гл. VI «Положение индивида в международном праве». Большое внимание уделил М. А. Циммерман также правовому положению политической эмиграции.

Проблем международного частного права в той или иной мере касался другой преподаватель Русского юридического факультета в Праге — Георгий Давидович Гурвич (1894, Новороссийск — 1965, Париж). Любопытна теоретическая конструкция всей правовой системы, созданной им. По мнению Г. Д. Гурвича, она представляет собой пирамиду, в основании которой лежат отрасли права конкретных государств, а на вершине располагается международное частное право, которое, в свою очередь, венчает международное публичное право. «Международное право, — писал он, — самая общая, всеохватывающая часть права, по отношению к которой все остальные области права расположены в нисходящем порядке. Если совершить разрез вдоль сложной сети правоотношений, которая охватывает жизнь каждого из нас, то не-

трудно будет убедиться, что международное право необходимо должно составлять последний этап, высшую сферу всех наших правоотношений. Мы наталкиваемся в этом разрезе прежде всего на частное право, наиболее близкое каждому из нас, право, регулирующее отношения с точки зрения отдельных разобщенных между собою индивидуальных центров, между которыми оно устанавливает *внешние отношения на началах равноправия и координации* (курсив наш. — Г. С.). Затем переходим в более охватывающий круг публичного права, регулирующего отношения, исходя из централизуемых начал и устанавливающего отношения подчинения и властвования, субординации; при этом частное право опирается на публичное, как на завершающий его этап, ибо только при помощи публичного порядка частное право обретает способность санкционировать свои веления; так, например, обязательность частноправового договора получает свою санкцию в деятельности судов, функционирующих на основах публичного права и располагающих государственным аппаратом принуждения. Но и публичное право, как право, связанное с осуществлением государством своих функций, непосредственно выводит с логической неизбежностью за свои пределы в еще более широкую и охватывающую область — именно права международного»¹.

В противоположность большинству юристов, относящих коллизийное право (внутреннее и международное) к международному частному праву, Г. Д. Гурвич внутренние коллизийные нормы к международному частному праву не относил. «Когда, например, одно государство продает другому государству корабль или какое-либо другое имущество, то эта частноправовая сделка не имеет никакого отношения к международному праву, ибо подчиняется действию гражданского права (какого из двух государств, решается на основании внутрисударственного же коллизийного права, которому часто ошибочно присваивается имя частного международного права»².

Вопросам унификации международного частного права уделил внимание профессор И. А. Базанов. Изданная им в 1932 г. статья, являвшаяся его докладом на съезде ученых в 1930 г., всецело посвящена анализу проекта обязательственного права, составленного франко-итальянской комиссией³. Главными деятелями в работе над проектом со стороны Франции были профессора Калитина, Колэн и Рипер, а со стороны Италии — профессора Альфредо Асколи и Роперто Руджеро. Составленный этими учеными проект, по мнению И. А. Базанова, одно из тех

¹ См.: Гурвич Г. Д. Введение в общую теорию международного права: Конспект лекций. Вып. 1. Прага, 1923. С. 1.

² См.: Гурвич Г. Д. Указ. соч. С. 99.

³ См.: Базанов И. А. Унификация частного права // Труды V съезда Русских академических организаций за границей в Софии. 14–21 сентября 1930 г. София, 1932. Ч. I. С. 33–44.

крупных событий в области правовой жизни нашего времени, которое заслуживает серьезного внимания и наводит на многие размышления¹.

«Потребность правового общения разных народов, — писал автор, — является. требованием времени, ввиду того что оборот разного рода ценностей давно уже выходит из рамок отдельных и становится общим всем им. Достаточно отметить развитие частного международного права в наши дни, чтобы составить себе убеждение в этом факте. Немало труда полагается на многотомные издания прав торгового, вексельного и морского всех стран света в целях ознакомления с этими отдельными законодательствами в интересах того же мирового оборота. Унификация частного права в этом отношении составила бы решительный шаг к успеху».

В своей небольшой по объему статье (12 с.) автор, сославшись на то, что «явление унификации права разных народов. не представляет собою чего-либо нового», и добросовестно изложил историю вопроса, выразил сомнение в возможности достижения «в пределах доступного нашему пониманию периода времени» единого частного права Европы. «Априори, — делал он свой вывод, — можно утверждать, что более успеха в деле унификации сулили бы современным народам торговое, вексельное и морское право, которые по своей природе содержат общенародный элемент права и по своему назначению служат общенародному обороту»².

Свой доклад на съезде автор заключал четырьмя тезисами, в которых: 1) унификацию частного права «в порядке планомерной деятельности государств» он признавал новым явлением в жизни народов; 2) унификацию частного права он считал более предпочтительной в тех отделах права, которые «не связаны тесно с индивидуальными свойствами народных правовоззрений, а представляют собой обрисовку технического аппарата для широкого оборота ценностей, — как то право торговое, вексельное, морское; 3) полная унификация права, применяемого в жизни, «предполагает государствам их объединение»; 4) осуществление последних, как оно ни трудно, «по существу легче, чем унификация гражданского права в целом».

Таким образом, И. А. Базанов рассматривал унификацию международного частного права заманчивой, но несбыточной мечтой. Его же прогнозы, сделанные в 1930 г. относительно желательности и перспективности унификации некоторых отделов права, оправдались. Так, уже в том же 1930 г. под эгидой Лиги Наций в Женеве были приняты три «вексельные» конвенции: «О единообразном законе о переводном и простом векселе», «О разрешении некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях» и «О гербовом сборе в отношении про-

¹ См.: *Базанов И. А.* Унификация частного права // Труды V съезда Русских академических организаций за границей в Софии. 14–21 сентября 1930 г. София, 1932. Ч. I. С. 35.

² Там же. С. 35–36, 40–41.

стных и переводных векселей». Эта работа была продолжена в Женеве в 1931 г., когда были подписаны аналогичные вексельным чековые конвенции. Эти конвенции ввели в действие Единообразный закон о чеках, который представляет собой унификацию материально-правовых норм. Наконец, заметим, что в 1936 г. были унифицированы термины международной купли-продажи товаров (ИНКОТЕРМС).

Из других работ касательно рассматриваемой проблематики можно выделить статью Александра Александровича Пиленко (1873—1956) «Монополия внешней торговли». Она была помещена в сборнике «Право советской России» (вып. 1), опубликованном в Праге в 1925 г. (с. 274—283).

Российские юристы-эмигранты занимались и практическими проблемами международного частного права. К судебным делам, в которых встречались трудные для иностранного суда вопросы, связанные с применением советского права, привлекались русские юристы как эксперты для дачи письменных заключений по вопросам, подлежащим обсуждению суда.

Эмигранты излагали положения советского права с университетских кафедр. К примеру, в Институте иностранного и хозяйственного права при Берлинском университете в 1925/1926 учебном году Л. М. Зайцев читал курс «Основы публично-правового и хозяйственного строя советской России в связи с международным правовым оборотом».

В университете в Сорбонне читал лекции Михаил Иванович Догель (1865—1936, Париж): в 1925 г. — «Развитие науки международного права в русской литературе», в 1926 г. — «Частное международное право в связи с русским гражданским правом». В этом же году читал лекции Н. Ефремов — «Посредничество и арбитраж в международном праве». В другом учебном заведении Парижа — Франко-русском институте — Борис Сергеевич Миркин-Гецевич (1892—1955) читал курс лекций под названием «История международно-правовых отношений России в XIX и XX столетиях», а А. А. Пиленко — «Советское международное право».

Была сделана попытка увязать теорию права, в том числе международного частного права, с потребностями практики. В 1925 г. Б. Э. Нольде и Б. Е. Шацкий начали издавать в Париже журнал «Право и хозяйство» (вышло всего три номера).

Таким образом, вышеприведенный обзор научной деятельности ученых русского зарубежья свидетельствует об определенном интересе, проявленном ими к проблемам международного частного права. Вместе с тем отрывочные суждения о нем, нелогичность и несвязанность многих формулировок говорят об отсутствии стройной и законченной концепции международного частного права в эмигрантской литературе. Наука международного частного права в зарубежье не сложилась. Уровень и масштабность изысканий оказались значительно ниже, чем у их современников в СССР.

2.3. Отечественная наука международного частного права в послеоктябрьский период

Послереволюционная отечественная наука международного частного права на всех этапах своего развития отмечена рядом ярких имен и работ, получивших признание как на родине, так и за рубежом. Она была тесно связана с экономическими и внешнеполитическими условиями существования нашего общества и во многом определялась теми задачами, которые стояли перед государством внутри страны и за ее пределами¹.

Можно говорить о четырех этапах развития отечественной науки международного частного права.

Первый (1917—1930) этап ее становления — начало публикаций советскими юристами теоретических исследований по международному частному праву. Второй (1930—1940) — разработка системы и основных положений советской науки международного частного права. Третий (1940—1991) — широкое изучение теоретических и практических вопросов международного частного права. Все три этапа охватываются общим понятием советской науки международного частного права. Четвертый этап (с 1991 г. по настоящее время) — российская наука международного частного права, возникшая вследствие распада СССР. Ее развитие предопределяется активизацией рыночных отношений внутри страны, отменой монополии внешней торговли, широким выходом на мировой рынок отечественных организаций, предприятий и граждан, углублением контактов между физическими и юридическими лицами различных государств во всех сферах.

Истоки советской науки международного частного права были заложены в начале 20-х гг. статьями И. Л. Брауде, А. Г. Гойхбарга, В. Э. Грабаря, Ю. В. Ключникова, В. М. Корецкого, С. Б. Крылова, А. Н. Макарова, М. А. Плоткина, Б. Е. Штейна и др.

Первым учебником по международному частному праву был труд профессора Ленинградского института народного хозяйства А. Н. Макарова «Основные начала международного частного права» (М., 1924. 151 с.). Автор сводил все международное частное право к праву коллизионному. Он придерживался *теории раздельности существования двух правопорядков — международного и внутригосударственного. В этой связи он различал международные и внутригосударственные коллизионные нормы. «Под международным частным правом надлежит, — писал он, — понимать совокупность правовых норм, определяющих пространственные пределы действия разноместных гражданских законов... правовые нормы, определяющие пространственные пределы действия разноместных*

¹ См.: Садиков О. Н. Развитие советской науки международного частного права // Ученые записки ВНИИСЗ. М., 1971. Вып. 23. С. 78—90.

законов, называются нормами коллизионными или конфликтными. Пользуясь термином коллизионное или конфликтное право, не следует, однако, забывать, что право это разрешает не коллизии утверждаемых субъективных прав участников гражданского оборота, а исключительно коллизии разноместных законов. Коллизионная норма лишь указывает на то материальное право, которое должно быть положено в основу обсуждения спорного правоотношения, отнюдь не разрешая спора по существу. Коллизионное право — это право о праве: указав на компетентное для обсуждения правоотношения законодательство, оно умолкает, потому что за этим указанием и исчерпывается то, что от него требуется. Все дальнейшее разрешает компетентная норма материального права»¹.

Это положение стало предметом критики выдающегося советского ученого Владимира Михайловича Корецкого (1890—1984), который ратовал за включение в международное частное право помимо коллизионных норм также материально-правовых норм прямого действия. «Нельзя сказать, чтобы эта точка зрения дышала свежестью, — писал он. — В ней живы мотивы периода случайного международного оборота, вызывавшегося не столько движением населения, периода, когда государство не втягивалось в непосредственную организацию международного оборота... Теперь же с ростом интернационального капитала, рафинированием и усложнением международного оборота, активной внешнеэкономической политикой отдельных государств и особенно монополией нашей внешней торговли настойчиво выдвигаются вопросы непосредственной организации мирохозяйственных отношений»². По мнению В. М. Корецкого, «конфликтная норма все же один из приемов регулирования международного оборота»³.

Общая оценка В. М. Корецким труда такова: «Книга профессора Макарова все же должна сыграть свою роль в истории нашей доктрины. Пусть не удалось ему вскрыть подлинной сущности международного частного права, пусть он не решился сдвинуть упрямые формулы и направить их на служение экономической политике. Но он первый сделал попытку сопоставления в общем курсе западных учений с возможными решениями проблем на почве советского права. Начальная стадия работы сделана. Грядущие исследователи повторять ее не должны»⁴.

Особая заслуга в становлении советской доктрины международного частного права принадлежала Ивану Сергеевичу Перетерскому (1889—

¹ См.: *Макаров А. Н.* Основные начала международного частного права. М., 1924. С. 7–8.

² См.: *Корецкий В. М.* Рецензия на книгу А. Н. Макарова // Избранные труды: в двух книгах. Кн. 1. Киев, 1989. С. 214.

³ Там же. С. 215.

⁴ См.: *Корецкий В. М.* Рецензия на книгу А. Н. Макарова. С. 216.

1956). В 1924 г. им была опубликована большая статья об исходных моментах международного частного права РСФСР¹, а затем вышла в свет его книга «Очерки международного частного права РСФСР» (М., 1924. 141 с.). Очерки были закончены и сданы в печать, когда уже появился учебник А. Н. Макарова. По этой причине автор не имел возможности включить взгляды А. Н. Макарова в систему своего изложения.

Труд получил высокую оценку директора института советского права А. Г. Гойхбарга, который писал: «Работа автора, как первая попытка в этой области, может быть, не лишена некоторых пробелов и слабых сторон в деталях. Но общее построение работы образцовое. И на основе этого образца должны производиться не только дальнейшие работы автора, но и других лиц, желающих писать у нас о нашем международном частном праве»².

Книга представляла собой первую попытку дать систему не международного частного права вообще, а международного частного права нашей страны, РСФСР. Все предыдущие работы в этой области на русском языке (включая и упоминавшийся учебник А. Н. Макарова) исходили из общих начал международного частного права. И. С. Перетерский отрицал существование общего международного частного права и указывал на то, что решающим в данной области является внутреннее законодательство каждой страны. Он также подробно рассмотрел узловые проблемы этой отрасли права (в особенности пределы применения иностранного закона, понятие публичного порядка, действие законов РСФСР за границей, понятие международного гражданско-процессуального права и т. д.). Книга была написана с ярко выраженных марксистско-ленинских позиций. Автор указывал, что международное частное право РСФСР является правом переходного периода, правом классовым, советским, представляющим собой «компромисс лагеря капитализма и лагеря социализма». «Применение иностранного права, — продолжал он, — основано на нормах советского права; только там, где наши законы это положительно указывают, может идти речь о применении чужого и чуждого нам права, и в затруднительных случаях судья (и иной применяющий право орган) должен искать решения не в каких-либо «надгосударственных критериях международного общения», а в «общих началах советского законодательства и общей политике рабоче-крестьянского правительства» (с. 18).

Это положение книги, так же как и ряд других (недостаточное знакомство автора с западной доктриной, например), стало объектом критических замечаний В. М. Корецкого. Последний писал: «Все приведенные замечания не умаляют заслуг автора, рискнувшего совершить не

¹ См.: Советское право. 1924. № 3.

² См.: Гойхбарг А. Г. Предисловие // Перетерский И. С. Очерки международного частного права РСФСР. М., 1924. С. 6.

в полном вооружении смелый полет в одну из самых трудных областей науки права. Другой вопрос, смог ли он создать образцовое построение, на основе которого должны производиться работы всех желающих писать у нас о нашем международном частном праве, как об этом заявил профессор Гойхбарг в предисловии к рецензируемой книге».

В. М. Корецкий призывал будущих исследователей свернуть с пути, на котором больше «анахронических пережитков, чем живой действительности, и указать новый путь, на котором можно найти подлинные нормы, регулирующие участие Советского Союза в мирохозяйственных отношениях. «Я знаю, — заключал он, — что труден этот путь, вряд ли он под силу исследователю-одиночке. Ну что ж, подумаем над тем, как пойти по этому пути организованной коллективной силой»¹.

Важным событием в развитии отечественной науки международного частного права явилась книга А. Г. Гойхбарга «Международное право», вышедшая тиражом в 3 тыс. экземпляров в юридическом издательстве Наркомата юстиции РСФСР в Москве в 1928 г. Несмотря на свое наименование, книга полностью охватывала традиционную проблематику международного частного права. Сам автор по этому поводу писал: «... частное международное право, обнимая собою главным образом вопросы коллизий законов, имеет отношение не только к случаям коллизии законов, касающихся гражданского права. Настоящая книга будет поэтому касаться не только вопросов гражданского права, но и целого ряда других областей. В нее войдут рассмотрение правового положения иностранцев, коллизия законов о подданстве, вопросы гражданского права и процесса; отчасти и вопросы, касающиеся налогов. В нее будут включены и главнейшие данные, касающиеся интернационализации соответствующих положительных постановлений, т. е. установления общего положительного права для целой группы государств, как то: международные соглашения (союзы), касающиеся авторского права, патентного права и т. п.»². Таким образом, в отличие от книги И. С. Перетерского эта работа была в большей мере нацелена на исследование вопросов общего и международно-публичного характера, поскольку сам автор считал, что международным частным правом охватываются и правоотношения публичного порядка.

Журнал «Революция права» (1929. № 1. С. 139–141) под инициалами Д. Л. поместил на книгу рецензию. В ней, в частности, писалось: «Основная особенность книги — это строго выдержанный юридический характер: обилие юридического материала, различных конструкций, ссылок на законодательства и. полное почти отсутствие теоретического объяснения излагаемых вопросов. С чисто юридической стороны книга

1 См.: *Корецкий В. М.* Рецензия на книгу И. С. Перетерского // Избранные труды в двух книгах. Кн. 1. Киев, 1989. С. 220.

Гойхбарга разработана очень серьезно. Она охватывает все важнейшие вопросы международного частного права, широко освещает современное законодательство, как иностранное, так и советское, постановления международных конвенций и приводит богатый иллюстративный материал. Рецензируемая книга может быть очень полезна в практической работе для наших работников в хозяйственной, судебной и дипломатической области. В учебных же целях она может быть выпущена лишь в качестве дополнительного пособия, при наличии основного учебника, в котором вопросы международного частного права ставились бы с достаточной теоретической отчетливостью».

Такой учебник не заставил себя долго ждать. Он вышел в Ленинграде в издательстве «Прибой» в 1930 г. тиражом 4 тыс. экземпляров и объемом 328 страниц. Ее автор, профессор Сергей Борисович Крылов (1888–1958), в отличие от своих предшественников (А. Н. Макаров, И. С. Перетерский и др.) решительно высказался за международный характер международного частного права. «В международном договорном праве, — писал он, — должно быть усмотрено основное содержание международного частного права. Утверждать, что международное частное право не есть международное право, значит, не видеть в нем ничего, кроме коллизионных норм тех или иных отдельных законодательств. Между тем лишь изучение международных договоров дает содержание подлинного международного частного права. Большой грех науки международного частного права последнего времени, в особенности в ее германском обличьи, — малое внимание, уделяемое ею договорам торговым, о поселении, о взаимном признании юридических лиц и пр. Только изучение этих договоров наполнит содержанием международное частное право. В споре «интернационалистов», отстаивающих международную природу международного частного права, и ее отрицателей, «националистов», следует поэтому встать на сторону интернационалистов, международников»¹.

Учебник получил высокую оценку. Один из его рецензентов профессор Всеволод Николаевич Дурденевский (1889–1963) писал: «Появление нового курса по международному частному праву нельзя не признать своевременным, поскольку два из имеющихся советских учебников определенно устарели (Макаров 1924, Перетерский 1925), а из двух других один пока не закончен (Корецкий), а другой ориентирован преимущественно на западноевропейский материал (Гойхбарг)... Советское законодательство, судебная практика и новые договоры с иностранными государствами за последнюю пятилетку (в особенности договоры с Германией, Латвией, Турцией) проработаны автором превосходно, с совершенно исключительной добросовестностью и полнотой. Хуже обстоит дело с общей частью, где автор, по-видимому, стесненный

¹ См.: Крылов С. Б. Международное частное право: пособие к лекциям. М., 1930. С. 21.

местом, как-то недоделал свою общую концепцию международного частного права и скомкал исторический очерк, который следовало бы развить и углубить»¹.

Результатом объединенной деятельности И. С. Перетерского и С. Б. Крылова стал вышедший в 1940 г. тиражом 10 тыс. экземпляров учебник «Международное частное право». Он состоял из 12 глав, причем совместно не была выполнена ни одна глава. И. С. Перетерский написал главы I, III, IV, VII—XII, а С. Б. Крылов — II, V и VI. Учебник создавался в сложное для нашей страны время и целиком пронизан ленинско-сталинским подходом, широким использованием работ К. Маркса, Ф. Энгельса, В. И. Ленина, И. В. Сталина, партийных документов и т. д. Вместе с тем, по заключению ее рецензента Л. А. Лунца, она давала «систематическое — по программе курса юридических институтов — освещение основных понятий международного частного права, краткие обзоры законодательства и практики буржуазных государств по вопросам гражданско-правовых отношений с международным элементом, критическое изложение основных иностранных судебных решений по коллизионным вопросам, затрагивающим интересы Советского Союза». Вывод рецензента был однозначен: «...книга И. С. Перетерского и С. Б. Крылова представляет замечательный вклад в нашу юридическую литературу и хорошее пособие для усвоения основных начал международного частного права»².

Авторы учебника исходили из широкой комплексной трактовки международного частного права, включая в него нормы международного права и нормы гражданского законодательства отдельных стран. Кроме того, понятием международного частного права они охватывали не только коллизионные нормы, но и материальные правила прямого действия. «Международное частное право (как наука. — Г. С.), — писал И. С. Перетерский, — изучает отношения гражданско-правовые. Но это не означает, что международное частное право является лишь частью гражданского права. Специфическим отличием гражданско-правовых отношений, включаемых в международное частное право, является то обстоятельство, что международное частное право изучает лишь особую группу гражданско-правовых отношений — именно такие гражданско-правовые отношения, которые имеют международный характер». И далее: «... советское международное частное право есть совокупность юридических правил (норм): а) регулирующих гражданско-правовые отношения иностранцев в СССР и советских лиц за границей; б) определяющих, каким законом (т. е. законом какой страны) регулируются гражданско-правовые отношения, возникающие из фактов, имевших место за границей, и реализуемые в СССР либо

¹ См.: Международная жизнь. 1930. № 7—8. С. 87—88.

² См.: Советское государство и право. 1941. № 1. С. 132—134.

гражданско-правовые отношения, возникшие из фактов, имевших место в СССР и реализуемые за границей; в) определяющих процессуальные права иностранцев в СССР и советских лиц за границей. Нормы международного частного права разделяются с точки зрения их содержания и построения на два вида: а) в одних случаях норма содержит в себе прямое правило, устанавливающее права и обязанности. Нормы такого рода ничем не отличаются по своему построению от иных гражданско-правовых норм; б) в других случаях норма международного частного права указывает лишь, какое законодательство должно быть применено к данному отношению. Такие нормы называются коллизионными нормами»¹.

Учебнику выпала долгая и удачливая судьба. Сбылось предсказание рецензента Л. А. Лунца о «втором издании учебника». Он был переиздан в 1959 г. Не одно поколение советских юристов начало с него изучение основ международного частного права.

Такое не случилось с учебным пособием С. И. Раевича «Международное частное право», написанным в 1932 г. (272 с.) и изданным под редакцией Е. Б. Пашуканиса в издательстве «Советское законодательство» в 1934 г. в Москве. Фортуна оказалась не столь благосклонна. Книга была незаслуженно забыта. Современные исследователи (М. М. Богуславский, О. Н. Садилов и др.) ограничились лишь ее упоминанием.

Работа отличалась большим фактологическим материалом и была написана в остром идеологическом ключе. Автор корил признанных советских юристов-международников (В. М. Корецкого, В. Э. Грабаря и др.) за их защиту «интересов наших иностранных контрагентов-капиталистов» (с. 38, 143), обличал «воинствующих критиков советской политики, не скрывающих своего стремления подчинить идеологии империализма (например, Ключникова)» (с. 22), «произведения аполитичные, ограничивающиеся узкоюридическими вопросами. буржуазных идеологов-юристов (например, Макарова)» (с. 22–23). Наконец, он критиковал «произведения эклектиков, декларирующих свое согласие с международной политикой советского правительства и кое-где также и с марксистско-ленинской теорией права (например, книга Крылова), но на деле скатывающихся в большинстве случаев на проторенную дорожку буржуазно-юридического мышления» (с. 23).

Излишняя политизация и идеологизация международного частного права, а также незаслуженно обидная оценка трудов многих советских авторов предопределили в целом прохладное отношение к этой книге. Вместе с тем широко использование автором коммунистической и западной литературы, нормативного материала и судебной практики, расширительная трактовка международного частного права, нестан-

¹ См.: *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Международное частное право. М., 1940.

дартность и оригинальность постановки и разработки ряда проблем международного частного права могут быть интересны с научной точки зрения для современных исследователей.

В довоенное и послевоенное время плодотворно разрабатывал вопросы международного частного права Владимир Михайлович Корецкий (1890—1984). Его научная деятельность началась в 20-х гг. Им были написаны такие работы, как «Проблемы международного частного права в договорах, заключенных советскими республиками с иностранными государствами» (1922 г.), «Оговорка о взаимности в международном частном праве» (1925 г.), «Акционерное общество или товарищество с ограниченной ответственностью» (1923 г.) и др. Во второй половине 20-х гг. В. М. Корецкий занялся разработкой проблем международного хозяйственного права. В работах «Униформизм в праве» (1927 г.), «Очерки международного хозяйственного права» (1928 г.), «Международное радиоправо» (1928 г.), «Международное хозяйственное право» (1928 г.) он первым среди ученых СССР теоретически обосновал необходимость создания международного хозяйственного права, базирующегося на сотрудничестве государств.

Автор продолжал заниматься вопросами международного частного права и в послевоенный период. Он являлся членом (с 1960 г.) и вице-президентом (1968—1970 гг.) Международного суда ООН. На основе богатого научного и фактологического материала, обобщения судебной практики им был написан крупный монографический труд¹.

Известный советский ученый Л. А. Лунц оценил его как «острый и глубокий анализ вопросов общей части международного частного права»². Признанием выдающихся заслуг В. М. Корецкого в разработке проблем международного публичного права и международного частного права явилось посмертное двухтомное издание его избранных трудов в Киеве в 1989 г.

Круг ученых, занимавшихся в предвоенный период проблемами международного частного права, был достаточно широк. Помимо уже отмеченных юристов в этой области плодотворно работали М. М. Агарков, А. Д. Кейлин, вернувшийся из китайской эмиграции, М. Я. Пергамент³, Е. И. Кельман и др.⁴ Последний издал в 1927 г. в Москве книгу «Советское право за рубежом». По признанию автора, большая часть материала для работы была собрана им во время пребывания в научной командировке в Берлине в конце 1925 г. Широкое использование

¹ См.: *Корецкий В. М.* Очерки англо-американской доктрины и практики международного частного права. М., 1948. Этот труд был переведен на китайский язык и издан в Китае в 1956 г.

² См.: *Лунц Л. А.* Курс международного частного права. Общая часть. 3-е изд.

³ См.: *Международная жизнь.* 1930. № 7—8. С. 86—87; № 12. С. 43—53.

⁴ Перечень их работ см. в кн.: *Международное право. Библиография 1917—1972 гг.* / отв. ред. Д. И. Фельдман. М., 1976. С. 459—549.

автором не опубликованных в печати судебных решений придавало книге особую весомость. К числу других достоинств монографии можно отнести включение в нее особого раздела «Белая эмигрантская юридическая литература» (с. 70–83), содержащего, пожалуй, единственную в советской юридической науке информацию об этой умалчиваемой сфере деятельности наших соотечественников за рубежом.

Рецензент работы В. М. Корецкий, поставив в упрек автору излишнее увлечение «историзмом», заключал: «Книга, несомненно, интересная, живо и талантливо написанная, но она все же лишь “история советского права за рубежом”»¹.

Послевоенная литература международного частного права достаточно обширна. Однако число учебников и сборников нормативных актов невелико. Литература эта вследствие достаточного тиража и относительной «молодости» не представляет пока библиографической редкости. Книги могут быть легко найдены практически в любой областной (краевой), городской и районной библиотеках, а также в вузовских книгохранилищах. В связи с этим представляется целесообразным лишь перечислить их. Исключение можно сделать только для трехтомного «Курса международного частного права» Лазаря Адольфовича Лунца (1892–1979).

Этот капитальный труд, изданный соответственно в 1959, 1963 и 1966 гг., явился замечательным итогом многолетней научно-исследовательской работы ее автора. Он охватил все институты международного частного права. Выдающиеся теоретические и практические достоинства курса были отмечены как в советской, так и зарубежной печати. В 1970 г. эта работа была удостоена Государственной премии СССР. В 1973, 1975 и 1976 гг. тома курса были переизданы (т. 3 — в соавторстве с И. И. Марышевой).

Вопросы международного частного права традиционно находили значительное место на страницах учебников по международному праву. Однако если в первые послевоенные годы международное частное право нередко признавалось частью международного права, то затем ситуация изменилась. В 1947 г. С. Б. Крылов писал: «Советские ученые и советская юридическая школа сохраняют деление на международное публичное и международное частное право привычное для мирового оборота подразделение международного права»². Учебник 1987 г. констатировал уже иное: «... международное частное право не является и не может являться самостоятельной отраслью международного публичного права»³.

¹ См.: *Корецкий В. М.* Рецензия на книгу Е. И. Кельмана // Избранные труды: в двух книгах. Кн. 1. Киев, 1989. С. 223.

² *Международное право* / под ред. В. Н. Дурденевского и С. Б. Крылова. М., 1947. С. 32.

³ *Международное право* / под ред. Н. Т. Блатовой. М., 1987. С. 13.

В настоящее время наиболее распространенными и признанными учебниками по международному частному праву являются учебники Богуславского М. М. (М., 1982, 1989, 1994, 1997, 1998 и 2001), Галенской Л. Н. (Л., 1983); учебники под редакцией Садикова О. Н. (М., 1984), Матвеева Г. К. (Киев, 1985), Дмитриевой Г. К. (М., 1993, 2000, 2002); Марышевой Н. И. (М., 2000); Федосеевой Г. Ю. (М., 1999, 2000, 2002, 2005), курс лекций Звекова В. П. (М., 1999); учебник Ануфриевой Л. П. (М., 2000–2001).

Немногим более ста лет тому назад известный дореволюционный дипломат и юрист-международник, затем активный политический деятель русского зарубежья Андрей Николаевич Мандельштам (1869, Могилев — ?) писал: «Науке международного частного права до сих пор не особенно посчастливилось в России. Можно даже сказать, что для нее у нас почти ничего не сделано, а между тем жизнь не ждет, а идет своим чередом. Неужели Россия, идущая во главе всех народов в области публичного международного права, отстанет от них в области частного? Неужели признание прав иностранных граждан менее священо, чем признание прав иностранных государств?»¹

Юрист-международник дореволюционной России П. Е. Казанский, включавший международное частное право в состав международного права, писал: «... наука международного права изучает право народов действующее. Это главная ее задача как науки прикладной. Она изучает также и право будущего, так как на ней лежит идейное руководство развитием. Она изучает, наконец, и право прошлого, так как только таким путем возможно понять право настоящего и уяснить себе право будущего. Только тот истинно живет в настоящем, кто помнит прошлое и смотрит в будущее»².

Российская наука международного частного права вступила в третье тысячелетие. Пройденный ею славный полутораветковой путь, длинная вереница серьезных трудов, блистательных концепций, закрепленных конвенционными нормами и подтвержденных арбитражными решениями, сплав жизненного опыта и молодой дерзости ее представителей — залог оптимизма на будущее.

Дополнительная литература

Абдулин А. И. Очерки истории науки международного частного права в России. Казань, 2004.

Богуславский М. М. История доктрин международного частного права и их влияние на развитие международного частного права //

¹ См.: *Мандельштам А. Н.* Гаагские конференции о кодификации международного частного права. СПб., 1900. Т. 1. С. V, VII.

² *Казанский П. Е.* Введение в курс международного права. Одесса, 1901. С. 240.

Международное частное право. Современные проблемы: в 2 кн. М., 1993. Кн. 1.

Жильцов А. Н., Муранов А. И. IN MEMORIAM А. Н. Макаров, Б. Э. Нольде, В. Н. Дурденевский, Г. Е. Вилков, Д. Ф. Рамзайцев // Международное частное право. Иностранное законодательство. М., 2001.

Корецкий В. М. Савиньи в международном частном праве // Избранные труды: в 2 кн. Киев, 1989. Кн. 1.

Cheshire and North's. Private International Law. 13-ed. Oxford University Press. 2004.

Глава 3

ИСТОЧНИКИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

3.1. Понятие и виды источников международного частного права

Особенности источников той или иной системы или отрасли права зависят от сущности, природы этого права, которая, в свою очередь, определяется особенностями объекта правового регулирования. В системе национального права, регулирующего внутригосударственные отношения, источниками являются формы внешне объективированного выражения суверенного волеизъявления государства: *нормативный юридический акт, судебный прецедент, санкционированный обычай*. В системе международного права, регулирующего межгосударственные отношения, источниками являются формы внешне объективированного выражения согласованной воли двух и более государств: договор и обычай.

Международное частное право — отрасль национального права. Поэтому его источники — *это те юридические формы, которые характерны для национального права вообще*. Для права нашего государства, в том числе и для международного частного права, *практически единственным юридическим источником является нормативный юридический акт — законы и подзаконные акты*. Незначительную роль играют *санкционированные обычаи*. В отдельных государствах источниками права наряду с нормативными актами выступают судебные прецеденты, которые являются источником и международного частного права. Прежде всего это страны англо-американского права.

В доктрине широко распространено мнение о двойственной природе источников международного частного права, согласно которой к ним относятся как национально-правовые, так и международно-правовые формы (международные договоры и международно-правовые обычаи). Статья 1186 (п. 1) устанавливает, что право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, «определяется на основании международных договоров Российской Федерации, настоящего Кодекса и других законов (пункт 2 статьи 3), а также обычаев, признаваемых в Российской Федерации». На первый взгляд может показаться, что разд. VI ГК РФ воспринял концепцию двойственности источников.

Все исследователи, утверждающие о двойственной природе источников международного частного права, опираются на тот факт, что многие нормы, входящие в его систему, создаются в форме международных договоров. Из предыдущей главы видно, что международный договор действительно играет большую роль в создании норм международного частного права, в частности унифицированных коллизионных и унифицированных материальных частнопрововых норм. Однако это не может служить самостоятельным доказательством того, что договор является источником международного частного права.

Для правильного вычленения видов источников международного частного права следует обратить внимание на то, что *понятие источника (формы) права включает два взаимосвязанных элемента: во-первых, это способ придания норме (правилу поведения) юридической обязательности, т. е. способ выражения государственной воли, во-вторых, это внешняя форма юридического бытия норм права*. Так, по мнению С. С. Алексеева, «функцию источников права, то есть актов правотворчества» выполняют нормативные акты, которые являются «юридическим выражением воли государства» и «формой внешнего словесно-документального изложения» правовых норм¹. Только при наличии в конкретном акте двух указанных элементов можно говорить об источнике права в его юридическом понимании.

Нормы международных договоров применяются для регулирования частнопрововых отношений, осложненных иностранным элементом, на общих основаниях, установленных п. 4 ст. 15 Конституции: «международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы. Если международным договором Российской Федерации установлены иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Тем самым *Конституция придает нормам международного договора силу национальных правовых норм в правовой системе в целом, включая и международное частное право*.

Международный договор является источником международного права. Это, во-первых, результат международного правотворчества как процесса согласования воли заинтересованных государств и, во-вторых, форма, которая содержит нормы международного права, регулирующего межгосударственные отношения путем установления прав и обязанностей государств-участников. Регулируя отношения между государствами, договоры обязывают государства принимать все необходимые меры для того, чтобы сформулированные в договоре нор-

¹ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1981. Т. 1. С. 314–317; М., 1982. Т. 2. С. 211–213. По мнению В. С. Афанасьева, под источником принято понимать «форму выражения государственной воли, направленной на формирование, изменение. права определенного содержания» (см.: Общая теория права и государства. М., 1996. С. 35).

мы применялись повсеместно на его территории всеми физическими и юридическими лицами и его правоприменительными органами. Последние подчиняются только национальному праву. Отсюда следует, что для осуществления норм международных договоров им следует придать силу национального права. Это делает их юридически обязательными для участников частнопровых отношений. Юридический механизм данного процесса предусматривается внутренним правом государства и обычно именуется трансформацией международно-правовых норм в национально-правовые¹. Правовой основой этого механизма является рассмотренный выше п. 4 ст. 15 Конституции РФ².

При всей условности самого термина (на самом деле норма международного права не преобразуется, она сохраняет свое место в международном праве, а вот ее содержанию придается статус национально-правовой нормы) теория трансформации наиболее адекватно отражает сущность юридического процесса восприятия норм международного права национальным правом.

Важно отметить, что речь идет о договорах, к которым Россия присоединилась, т. е. выразила согласие на юридическую обязательность такого договора. Правовыми формами такого согласия являются либо федеральный закон о ратификации, либо указ Президента или постановление Правительства о присоединении³ (далее — правовые акты о присоединении)⁴.

Правовые акты о присоединении (закон, указ, постановление) являются теми правовыми формами, в которых нормы международного договора вводятся в российскую правовую систему. Именно они являются

¹ Теория трансформации довольно успешно была разработана в международно-правовой доктрине (см.: *Усенко Е. Т.* Формы регулирования международного социалистического разделения труда. М., 1965; *Он же.* Согласование и взаимодействие международного и национального права в российской Конституции // Московский журнал международного права. 1995. № 2). Ее разделяют многие представители доктрины международного частного права (например, М. М. Богуславский, В. П. Звеков, С. Б. Лебедев, А. Л. Маковский и др.).

² Национально-правовые механизмы подобного восприятия (трансформации), существующие в разных государствах, отличаются друг от друга, но между ними много общего. См. об этом: *Лукашук И. И.* Международное право в судах государств. СПб., 1993. С. 112 и след.

³ Например, в форме постановления Правительства Россия присоединилась к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 г., Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 г. и к Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. (см.: СЗ РФ. 1994. № 29. Ст. 3046).

⁴ Федеральный закон «О международных договорах Российской Федерации» 1995 г. // СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757. Часто порядок присоединения определяется самим международным договором, однако изучение таких особенностей лежит вне предмета настоящей работы.

источниками российского права вообще и международного частного права в частности, так как выполняют две вышеназванные функции источника: являются, во-первых, официально-юридической формой суверенного единоличного волеизъявления государства, обеспечивающего нормам договора юридическую обязательную силу внутри государства, и, во-вторых, документальной формой юридического существования этих норм в отечественном праве. Причем правовая форма, в которой нормы международного договора вводятся в правовую систему России, формально обуславливает место этих норм в иерархической структуре права: если они вводятся федеральным законом, то и обладают юридической силой федерального закона; если постановлением Правительства, то юридической силой подзаконного акта.

С точки зрения юридической техники было бы целесообразнее публиковать международные договоры одновременно с актом о присоединении в качестве его неотъемлемой части. К сожалению, в соответствии со ст. 30 Закона о международных договорах Российской Федерации публикация договоров привязывается к моменту вступления его в силу, что разрывает текст договора от закона о ратификации, хотя юридически они составляют единое целое.

Через призму второго аспекта источника права как формы внешнего бытия правовых норм следует понимать п. 1 ст. 1186 ГК РФ. Здесь перечислены те *формы, в которых содержатся российские коллизионные нормы*, определяющие «право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом». Причем указание на международные договоры не является спецификой международного частного права. В равной степени нормы международных договоров могут применяться и для регулирования любых внутренних отношений, как частноправовых, так и публично-правовых. Что касается первого аспекта — способа придания норме юридической обязательности, то это не вопрос Гражданского кодекса. Это вопрос конституционного права и прежде всего Конституции РФ.

Рассмотренное позволяет сделать вывод, что международный договор не имеет прямого применения во внутригосударственной сфере и, следовательно, не является источником внутреннего права, в том числе международного частного права как одной из отраслей внутреннего права. В трансграничных частноправовых отношениях действие международного договора опосредовано национально-правовыми актами (п. 4 ст. 15 Конституции, законом о ратификации, постановлением Правительства о присоединении и пр.). В результате международный договор действует как национально-правовой акт, что снимает проблему «двойственности» источников международного частного права.

Непризнание за международным договором качества источника национального права ни в коей мере не умаляет его роли в развитии международного частного права. Договор закрепляет результаты тех стадий правотворческого процесса, посредством которых формируются нормы международного частного права — самая сложная и трудноосуществимая задача создания норм права. Конечная стадия правотворческого процесса (придание этим нормам юридической силы в пределах национальной юрисдикции государства) осуществляется в национально-правовых формах, которые и выступают официально-юридическими источниками международного частного права.

Следует рассмотреть еще два положения, связанных с применением международных договоров в частноправовой сфере.

Первое положение. Гражданский кодекс РФ (абз. 2 п. 2 ст. 7) в соответствии с п. 4 ст. 15 Конституции РФ предусматривает *приоритетное применение норм международного договора к гражданским отношениям*, в том числе к гражданским отношениям, осложненным иностранным элементом (аналогичные правила закреплены в других частноправовых законах). С позиции последних практическое значение имеет применение унифицированных коллизионных и унифицированных материальных норм, созданных международными договорами. И те и другие, действуя как национально-правовые нормы, не отменяют аналогичных норм внутреннего права, но и не сливаются с ними в единый массив, а сохраняют в нем обособленность.

Неразрывная связь унифицированных (международных) норм с международным договором, в рамках которого они созданы, приводит к тому, что они всегда «иные» по сравнению с аналогичными внутренними нормами¹. Как таковые они являются специальными нормами. Соответствующие нормы российского законодательства являются общими. Согласно известному принципу права специальные нормы всегда имеют преимущественное применение перед общими: *lex specialis derogat lex generalis*.

Второе положение о непосредственном применении международных договоров к гражданским правоотношениям, кроме случаев когда из международного договора следует, что для его применения требуется издание внутригосударственного акта, также установлено в абз. 1 п. 2 ст. 7 ГК РФ (в других частноправовых законах этого правила нет). Термин «непосредственное применение» следует понимать условно. Его смысл раскрывается в п. 3 ст. 5 Закона о международных договорах, который закрепил широко признанное деление международных договоров на *самоисполнимые* и *несамоисполнимые*². К первым

¹ Подробнее см. гл. 4 «Унификация и гармонизация в международном частном праве» настоящего учебника.

² Подробнее об этом см.: Лукашук И. И. Нормы международного права в правовой системе России. М., 1997. С. 45–46.

Закон отнес положения договоров, для применения которых не требуется издания внутригосударственных актов. Они содержат правила, пригодные для применения в таком виде, как сформулированы в договоре, и в этом смысле они применяются непосредственно. Кстати, в гражданско-правовой сфере, как правило, действуют именно такие договоры. Ко вторым отнесены такие положения договоров, для осуществления которых необходимо издать конкретизирующие их правовые акты, и потому они не могут применяться непосредственно. Отметим, что Закон при этом подчеркивает еще один момент: применяться могут только договоры, *официально опубликованные*. Это является еще одним аргументом в пользу того, что международный договор не применяется прямо, непосредственно к внутренним отношениям, а только после его полного восприятия национальным правом, включая официальную публикацию.

Все рассмотренные положения подтверждаются постановлением Пленума Верховного Суда РФ от 10 октября 2003 г. № 5 «О применении судами общей юрисдикции общепризнанных принципов и норм международного права и международных договоров Российской Федерации». В нем говорится, что суды непосредственно применяют нормы такого международного договора, по которому Российская Федерация: 1) выразила согласие на его обязательность посредством одного из действий, перечисленных в ст. 6 Закона о международных договорах; 2) который вступил в силу и стал обязательным для Российской Федерации; 3) положения которого не требуют издания внутригосударственных актов для их применения и 4) который был официально опубликован в Бюллетене международных договоров (п. 3 и 4)¹.

Итак, международный договор, не будучи юридическим источником международного частного права, играет большую роль в его развитии: в нем сформулированы нормы, которые впоследствии становятся правовыми нормами (унифицированными коллизионными или материальными) международного частного права того или иного государства. Договор тем самым является важным этапом в их создании.

3.2. Российское законодательство по международному частному праву

В России нет единого кодификационного акта по международному частному праву. По сложившейся еще в советский период правовой

¹ Журнал международного частного права. 2004. № 1 (43).

традиции его нормы включаются в отраслевые кодификационные законы. В настоящее время есть три основных закона, регулирующих два блока отношений, входящих в предмет международного частного права: гражданско-правовых и брачно-семейных. Это Семейный кодекс РФ 1995 г., Кодекс торгового мореплавания РФ 1999 г. и Гражданский кодекс РФ 2001 г. (третья часть). Последний играет особую роль в международном частном праве.

В Гражданском кодексе нормы международного частного права содержатся в разд. VI «Международное частное право», который не только внес существенные изменения в коллизионно-правовое регулирование трансграничных гражданских правоотношений, но и поднял российское международное частное право в целом на принципиально новый уровень. Регулирование максимально приближено к современному мировому уровню развития доктрины и практики международного частного права. Раздел воспринял все новые тенденции развития международного частного права, сложившиеся к началу XXI в. Он охватывает широкий круг вопросов, многие из которых решаются впервые в нашем законодательстве. Раздел состоит из трех глав и 39 статей (для сравнения: аналогичный раздел предыдущего закона — Основ гражданского законодательства Союза ССР и республик от 31 мая 1991 г. — содержал лишь 15 статей).

Особое значение имеет глава «Общие положения». Она содержит ряд норм, закрепляющих общие начала правоприменения, принципы международного частного права, которые лежат в основе выбора компетентного права по любым конкретным вопросам. Значение этих норм дополнительно определяется тем, что их не было в предыдущем гражданском законодательстве, их нет в действующем семейном законодательстве и они неоднозначно рассматриваются в доктрине. К ним относятся: принцип наиболее тесной связи (п. 2 ст. 1186), квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению (ст. 1187), применение права страны с множественностью правовых систем (ст. 1188), взаимность (ст. 1189), обратная отсылка (ст. 1190). Внесены изменения и в те общие положения, которые существовали в старом законодательстве: установление содержания норм иностранного права (ст. 1191), оговорка о публичном порядке (ст. 1193), реторсии (ст. 1194), нормы непосредственного применения (ст. 1192).

В отдельную главу «Право, подлежащее применению при определении правового положения лиц» вынесены вопросы, связанные с правовым положением субъектов международного частного права. Впервые в нашем праве вводится понятие «личный закон физического лица», которому посвящена специальная статья (ст. 1195), подробно раскрывающая его варианты, что способствует более качественному решению таких вопросов, как дееспособность, право

на имя, установление опеки и попечительства, признание лица безвестно отсутствующим и объявление умершим.

В последней главе «Право, подлежащее применению к имущественным и личным неимущественным отношениям» наряду с уже существовавшими в нашем праве вводится ряд новых коллизионных норм по широкому кругу гражданско-правовых отношений. Например, по-новому решается вопрос выбора права сторонами договора (автономия воли сторон), которому посвящена отдельная статья (ст. 1210); закрепляется новое коллизионное правило о применении права страны, с которой договор наиболее тесно связан, и устанавливается его взаимосвязь с иными коллизионными правилами (ст. 1211); впервые предусматривается выбор права по договорам с участием потребителя (ст. 1212), по договору в отношении недвижимого имущества (ст. 1213), по отношениям, связанным с уступкой требований, с причинением вреда вследствие недостатков товаров, работ, услуг, с недобросовестной конкуренцией и др.

В принятом 8 декабря 1995 г. Семейном кодексе Российской Федерации (вступил в силу с 1 марта 1996 г.) нормы международного частного права содержатся в разд. VII «Применение семейного законодательства к семейным отношениям с участием иностранных граждан и лиц без гражданства»¹. Он внес существенные изменения в коллизионно-правовое регулирование брачно-семейных отношений.

Во-первых, новое законодательство во многом отошло от безраздельно господствовавшего ранее территориального принципа, который подчинял брачно-семейные отношения российскому праву. Новые коллизионные нормы предусматривают возможность отсылки как к российскому, так и к иностранному праву, что в первую очередь отвечает интересам российских граждан, находящихся за рубежом (применение территориального принципа приводило к возникновению «хромоющих» отношений, например брак, заключенный в России по российским законам, не признавался за рубежом).

Во-вторых, по всему кругу вопросов брачно-семейных отношений предусматривается многовариантное решение, дающее возможность при установлении применимого права учитывать все обстоятельства конкретной ситуации и находить наиболее приемлемое решение (например, вопрос о том, с кем из родителей, не проживающих совместно, будет проживать несовершеннолетний ребенок, может быть решен либо по закону государства, на территории которого все стороны совместно проживают, либо по закону государства, гражданином которого явля-

¹ См.: СЗ РФ. 1996. № 1. Ст. 16. В 1997 и 1998 гг. в Кодекс были внесены изменения, в том числе и в коллизионные нормы.

ется ребенок, либо по закону государства, где постоянно проживает ребенок, — ст. 163).

В-третьих, традиционно для российского коллизионного семейного права включены нормы о формальных и материальных условиях заключения брака с иностранным участием на территории России (ст. 56), о признании браков, заключаемых за рубежом (ст. 158), о консульских браках (ст. 157), о расторжении брака (ст. 160), об усыновлении (ст. 165). Правда, решены эти вопросы, кроме вопроса о консульских браках, в значительной степени по-новому.

В-четвертых, расширена система коллизионных норм. В результате впервые в России решены вопросы о применимом праве для определения личных и имущественных отношений между супругами (ст. 161), прав и обязанностей родителей и детей в смешанных браках (ст. 163), установления и оспаривания отцовства и материнства (ст. 162), алиментных обязательств (ст. 164).

1 мая 1999 г. вступил в силу Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации. В отличие от действовавшего ранее Кодекса торгового мореплавания СССР 1968 г., содержащего в ст. 14 несколько коллизионных норм, российский Кодекс имеет целую гл. XXVI «Применимое право», в которой содержится развернутая система коллизионных норм по широкому кругу отношений, связанных с торговым мореплаванием. Так, они определяют применимое право для решения вопросов о праве собственности и других вещных правах на судно (ст. 415), о правовом положении членов экипажа судна (ст. 416), о праве на затонувшее судно (ст. 417), о договорных обязательствах в области торгового мореплавания (ст. 418), об общей аварии, об отношениях, возникающих из столкновения судов, из спасания на море (ст. 419–423), о залоге и ипотеке судна (ст. 424–425) и др.

Таким образом, рассмотренные источники свидетельствуют о серьезном обновлении, расширении и изменении российского международного частного права. При этом разд. VI ГК РФ «Международное частное право» представляет собой качественно новый этап развития российского международного частного права, что позволяет позиционировать Гражданский кодекс в качестве основного источника российского международного частного права в целом. Есть и другие основания для вывода об особой роли Гражданского кодекса для российского международного частного права.

Как сказано в ст. 1186 ГК РФ, нормы, определяющие право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям с иностранным элементом, содержатся, кроме Гражданского кодекса, и в других законах. Существует множество законов, регулирующих трансграничные отношения. Чаще всего они носят комплексный характер, но в большей или меньшей степени они регулируют и гражданские отношения, осложненные иностранным элементом. Поэтому в таких

законах могут содержаться нормы международного частного права. Самый яркий пример — указанный Кодекс торгового мореплавания, предусматривающий коллизионные нормы по гражданским отношениям, связанным с торговым мореплаванием.

Коллизионные нормы в сфере гражданско-правовых отношений находятся и в других законах. Например, в Федеральном законе от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» есть два коллизионных правила о применимом праве к правоспособности юридического лица и к инвестиционным отношениям (ст. 2 и 3), в Законе РФ от 7 июля 1993 г. № 5338-1 «О международном коммерческом арбитраже» есть свои коллизионные нормы (ст. 28; абз. 2 подп. 1 п. 2 ст. 34; абз. 2 подп. 1 п. 1 ст. 36) и др.

В области внешнеторговой деятельности принципиальное значение имеет Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (с изм. от 22 августа 2004 г.). Являясь в целом по природе государственно-правовым актом, он содержит ряд положений, имеющих основополагающее значение для частноправового регулирования внешнеторговых сделок, в том числе понятие внешнеторговой деятельности (п. 4 ст. 2), правовое положение российских и иностранных участников внешнеторговой деятельности (ст. 10), норму о представительствах иностранных юридических лиц (ст. 51).

При применении этих и других законов к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, возникает проблема их взаимоотношения с разд. VI ГК РФ. Законы содержат отдельные коллизионные нормы, но не устанавливают общих начал выбора компетентного правопорядка. В подобных случаях следует обращаться к разд. VI ГК РФ, что прямо следует из п. 2 ст. 3: «Нормы гражданского права, содержащиеся в других законах, должны соответствовать настоящему Кодексу». Следовательно, если какие-то вопросы, связанные с выбором компетентного правопорядка, не решены в специальных законах, они должны решаться в соответствии с разд. VI ГК РФ. Данное положение нашло закрепление в Кодексе торгового мореплавания, п. 2 ст. 1 которого устанавливает, что к имущественным отношениям, «не регулируемым или не полностью регулируемым настоящим Кодексом, применяются правила гражданского законодательства Российской Федерации». К означенным отношениям относятся также отношения, осложненные иностранным элементом.

Сложнее решается аналогичная проблема в связи с регулированием брачно-семейных отношений с иностранным элементом. Как уже рассматривалось выше, брачно-семейные отношения международного характера регулируются Семейным кодексом. Но как быть с решением общих вопросов, связанных с выбором компетентного правопорядка? Здесь возникает два варианта. Семейный кодекс либо не содержит об-

щих начал выбора компетентного права (квалификация юридических понятий, обратная отсылка, применение права с множественностью правовых систем, императивные нормы, взаимность), либо содержит, но с иным содержанием (оговорка о публичном порядке).

С одной стороны, в советский период сложилось представление, которому следуют до сих пор, что семейное право является самостоятельной отраслью нашего права. С другой стороны, имущественные отношения, складывающиеся между членами семьи, несмотря на их особый личный характер, не могут качественно отличаться от любых других имущественных отношений в обществе. Это отчетливо проявилось в новых экономических условиях, что нашло отражение в действующем семейном законодательстве. В соответствии со ст. 4 СК РФ к имущественным и личным неимущественным отношениям между членами семьи, не урегулированным семейным законодательством, применяется гражданское законодательство постольку, поскольку это не противоречит существу семейных отношений. Видимо, с этих позиций следует решать вопрос о применении норм разд. VI ГК РФ к брачно-семейным отношениям международного характера.

Как известно, они входят в единый предмет международного частного права, которые по своей природе являются имущественными и личными неимущественными отношениями. Отсюда согласно ст. 4 СК РФ для решения вопросов, связанных с процессом выбора компетентного права, не решенных в самом Семейном кодексе, могут применяться правила, предусмотренные Гражданским кодексом. К таким вопросам относятся: квалификация юридических понятий (ст. 1187), применение права страны с множественностью правовых систем (ст. 1188), взаимность (ст. 1189), обратная отсылка (ст. 1190), нормы непосредственного применения (ст. 1192). К брачно-семейным отношениям может быть также применен п. 2 ст. 1186 ГК РФ, устанавливающий принцип российского международного частного права, согласно которому поиск компетентного правопорядка должен быть направлен на выбор права, с которым отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано. Потому если в соответствии с коллизионными нормами Семейного кодекса невозможно определить право, подлежащее применению, то следует применить право, с которым трансграничное брачно-семейное отношение наиболее тесно связано.

По-иному решается вопрос о применении правил, опосредующих процесс выбора компетентного правопорядка, включенных в СК РФ, но в содержание которых ГК РФ внес новые элементы. Это две нормы: установление содержания иностранного права и оговорка о публичном порядке. Здесь ст. 4 СК РФ неприменима, так как соответствующие отношения регулируются Семейным кодексом.

Таким образом, в России не существует единой кодификации международного частного права: его нормы кодифицированы либо в от-

раслевых актах, либо в комплексных правовых актах, число которых увеличивается. Из всех актов только разд. VI ГК РФ называется *«Международное частное право»*. И только в этот раздел включены нормы, содержащие решения практически всех общих вопросов международного частного права, сопровождающих весь процесс выбора компетентного правопорядка. Но эти прогрессивные правила имеют формально ограниченную сферу применения: гражданско-правовые отношения, осложненные иностранным элементом. При решении аналогичных общих вопросов в других сегментах международного частного права неизбежно возникнут проблемы. Некоторые схемы разрешения подобных проблем рассмотрены выше, но они не могут претендовать на всеобщность.

* * *

Подведем итоги. В мире сложилось два пути кодификации международного частного права: создание единого закона о международном частном праве, что соответствует его отраслевой самостоятельности, или кодификация в рамках иных отраслевых и межотраслевых законов. В России кодификация международного частного права пошла по второму пути. Недостатки его известны: многократное дублирование норм, разрешающих общепонятнейшие положения международного частного права, что неизбежно ведет к несопадающим решениям. Раздел VI ГК РФ не устранил эти недостатки. Во-первых, сохраняется отраслевая и даже межотраслевая кодификация. Причем в отраслевых и межотраслевых законах либо вообще не решаются общие вопросы, либо есть единичные решения. Во-вторых, нормы, предусматривающие решение общих вопросов, сосредоточены только в разд. VI ГК РФ. Называясь *«Международное частное право»*, этот раздел как бы претендует на отнесение его положений ко всему массиву международного частного права. Однако из текста это не следует, напротив, в каждой статье раздела речь идет о гражданско-правовых отношениях. В результате дублирования нет, разночтений нет, но нет и четких юридических оснований для применения ГК РФ к отношениям, регулируемым другими отраслевыми и межотраслевыми актами. Такой путь породил больше вопросов, чем ответов.

Видимо, целесообразнее использовать другой путь кодификации международного частного права. Создание единого закона о международном частном праве едва ли отвечает нашим историческим традициям. И семейное, и трудовое право давно уже обособились в самостоятельные отрасли, и нет необходимости в ломке сложившейся реальности. Тем более что включение коллизионных норм в отраслевые и межотраслевые законы обеспечивает их связь с «корнями», и это способствует более точному отражению природы регулируемых отношений при создании коллизионных норм.

Чтобы сохранить достоинства отраслевой кодификации, с одной стороны, и обеспечить максимально широкое, соответствующее современному уровню общественного развития решение основополагающих вопросов международного частного права — с другой, следует принять закон под названием «Основы международного частного права», предусмотрев, что они применяются ко всем частноправовым отношениям, осложненным иностранным элементом. В Основах должны быть решены такие вопросы, как круг отношений, регулируемых международным частным правом; определение права, подлежащего применению к частноправовым отношениям с учетом действия закона наиболее тесной связи (*Proper Law*), «разрешение конфликта квалификаций», «обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства», «обход закона», «порядок установления содержания иностранного права», «применение права страны с множественностью правовых систем» (интерлокальные, интерперсональные и интертемпоральные коллизии), «оговорка о публичном порядке», «проблема норм непосредственного применения», общие положения о «статусе иностранцев» (понятие личного закона, его варианты и их соотношение) и др.

Наличие Основ международного частного права, с одной стороны, позволит обеспечить единообразное решение основополагающих вопросов международного частного права во всех сферах частноправовых отношений, что будет определять лицо российского международного частного права, а с другой стороны, позволит сохранить и использовать специфику регулирования отдельных групп частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом, с помощью конкретных коллизионных норм, которые самым тесным образом связаны с материальными нормами соответствующих отраслевых законодательных актов.

3.3. Законодательство зарубежных стран

Зарубежные страны по их законодательной практике можно условно разделить на три группы: те, в которых международное частное право кодифицировано, как в России, в разных отраслевых законодательных актах; страны, в которых приняты специальные кодификационные законодательные акты по международному частному праву; страны, где международное частное право вообще не кодифицировано и лишь в отдельных актах содержатся его отдельные нормы. Развитие международного частного права по пути специальной кодификации является характерной тенденцией для европейских стран. В одних государствах (Австрии, Венгрии, Италии, Румынии, Словении, Польше, Лихтенштейне, Турции, Чехии, Германии, Швейцарии, Бельгии, Нидерландах и др.) уже приняты специальные законы по международному частному праву, в других (Франции) ведутся кодификационные работы.

Одним из первых кодификационных актов был Закон о международном частном праве и процессе, принятый в ЧССР в 1963 г. (продолжает действовать на территории Чехии). Он характеризуется широкой регламентацией частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Наряду с нормами, устанавливающими общие положения международного частного права (оговорка о публичном порядке, обратная отсылка и др.), в законе содержатся коллизионные нормы о право- и дееспособности физических и юридических лиц, форме юридических актов, вещных правах, о различного рода гражданско-правовых обязательствах, нормы по трудовым, наследственным и брачно-семейным отношениям, а также довольно детальные нормы по международному гражданскому процессу.

В Чехии в 1991 г. был принят Торговый кодекс (заменен Кодекс международной торговли 1963 г. Чехословакии, который продолжает действовать в Словакии), содержащий гл. III «Специальные положения для обязательственных отношений в международной торговле». Она состоит из материальных гражданско-правовых норм, направленных на регулирование гражданско-правовых отношений, связанных с международной торговлей. Но подобного рода нормы, как говорилось в первой главе учебника, не входят в нормативную систему международного частного права, а являются специальными нормами гражданского права. Как таковые они наряду с другими нормами чешского гражданского права применяются к отношениям с иностранным элементом только тогда, когда коллизионная норма отсылает к гражданскому праву этой страны. Это находит прямое подтверждение в тексте самого Кодекса, ст. 729 которого устанавливает, что нормы Кодекса применяются тогда, когда «эти отношения регулируются чешским правовым порядком»¹. В 1994 г. в Чехии был принят Закон об арбитраже в международных торговых отношениях и об исполнении арбитражных решений.

В Австрии действует Закон о международном частном праве 1978 г. Он состоит из восьми частей и содержит коллизионные нормы в области гражданского и семейного права. В первой части решаются общие вопросы международного частного права: установление содержания иностранного права, обратная отсылка, оговорка о публичном порядке, личный статут и его изменение, пределы автономии воли. Затем решаются коллизионные вопросы личного статуса (право- и дееспособности, признания умершим и др.). Последующие части содержат коллизионные нормы семейного, наследственного, вещного права. Очень подробно решаются коллизионные вопросы обязательственного права (седьмая часть), в том числе банковских

¹ См.: Смешанная торговая палата «Восток». Торговый кодекс. Закон Чешской Республики. Прага, 1993. С. 138.

операций (биржевых сделок), договоров относительно интеллектуальной собственности и т. д.

В *Венгрии* в 1979 г. был принят детально разработанный Закон о международном частном праве¹. Прежде всего Закон содержит правила по общим вопросам международного частного права, многие из которых в других странах решаются только на доктринальном уровне (проблемы квалификации, взаимности, установления содержания иностранного права, отсылки, публичного порядка и др.). Вместе с тем Закон предусматривает широкую, детализированную систему коллизионных норм по лицам (физическим и юридическим, а также по государству как субъекту гражданских отношений с иностранным элементом), по собственности, в том числе по интеллектуальной, по обязательствам, по наследственным, семейным и трудовым отношениям. Три последние главы посвящены международному гражданскому процессу (гл. IX—XI). В этот период времени Закон был одним из самых полных кодификаций международного частного права. Однако излишняя детализация приводит к перегруженности коллизионных норм, вызывающей трудности в их толковании и единообразном применении.

В *Польше* с 1965 г. действовал Закон о международном частном праве от 12 ноября 1965 г., который был отменен принятием 4 февраля 2011 г. нового закона «Международное частное право». Характерной чертой нового закона является введение правил, предусмотренных Регламентами ЕС: «О праве, подлежащем применению к договорным обязательствам» от 17 июня 2008 г. («Рим 1») и «О праве, подлежащем применению к внедоговорным обязательствам» от 11 июля 2007 г. («Рим 2»), а также множество ссылок на директивные акты ЕС. Значительно расширены разделы, касающиеся физических и юридических лиц, брачно-семейных отношений, введены коллизионные нормы в сфере интеллектуальной собственности.

Наиболее подробным является Закон о международном частном праве *Швейцарии*, принятый 18 декабря 1987 г., который объединяет как коллизионные нормы, так и нормы международного гражданского процесса. Специальные главы посвящены физическим лицам (личный статус, право- и дееспособность, безвестное отсутствие), юридическим лицам (понятие, компетенция, статус и сфера его действия, коллизионные нормы), семейному праву и отдельно праву детей, наследственному праву, вещному праву и обязательственному праву. Особенностью этого закона является включение в него раздела о международном коммерческом арбитраже.

В *Италии* довольно разработанная система коллизионных норм содержалась в Гражданском кодексе 1942 г. (с последующими из-

¹ Формально он имеет наименование «Указ».

менениями и дополнениями). Ряд дополнительных коллизионных норм, связанных с морским судоходством, содержится в Итальянском кодексе судоходства 1942 г. В течение многих лет в Италии широко обсуждался проект закона о международном частном праве, предполагавший всеобъемлющую кодификацию его норм. И в 1995 г. был принят Закон о реформе итальянской системы международного частного права.

Во многих странах нормы международного частного права кодифицированы в отраслевых законодательных актах. Так, в *Германии* нормы международного частного права содержатся во Вводном законе к Германскому гражданскому уложению 1896 г. В 1986 г. был принят Закон о новом регулировании в области международного частного права, который вошел в Вводный закон в качестве главы второй «Международное частное право», заменив ранее действовавшие соответствующие статьи Вводного закона. В главу вторую были внесены дополнения в 1999 и в 2000 гг. Система коллизионных норм была расширена: были включены нормы по семейному праву, по договорным обязательствам, некоторые процессуальные нормы. По-новому решены некоторые общие вопросы международного частного права: оговорка о публичном порядке, обратная отсылка, действие международных договоров и др. Кроме того, нормы международного частного права по-новому структурированы: кроме общего раздела, существуют разделы «Право физических лиц и сделки», «Семейное право», «Наследственное право», «Обязательственное право».

В *Японии* по образцу Германского гражданского уложения был принят в 1898 г. Гражданский кодекс, в котором специальный раздел «Вводный закон к Гражданскому кодексу» содержит нормы международного частного права. Они были серьезно обновлены в 1989 г. и в 2006 г. Гражданский кодекс *Португалии* 1966 г. содержит большой раздел «Права иностранцев и конфликты законов» (гл. III кн. IV), посвященный вопросам международного частного права. В *Испании* с 1974 г. действует новая редакция Вводного закона к Гражданскому кодексу, в котором содержатся новые правила в области международного частного права (изменения вносились в 1990 и в 2000 гг.). Во *Вьетнаме* в 1995 г. был принят первый Гражданский кодекс, куда включена ч. 7 «Гражданские отношения с иностранным элементом». В ней решен такой круг вопросов, как: предмет международного частного права (ст. 826), юридические основания применения иностранного права, действие международных договоров (ст. 827), гражданская право- и дееспособность физических и юридических лиц (ст. 829–832), коллизионные нормы по вопросам собственности (ст. 833), по интеллектуальной собственности (ст. 836–838), по договорным и внедоговорным обязательствам (ст. 834–835).

Нормы международного частного права есть в гражданских кодексах *Алжира, Египта, Сирии, Ирака*, многих латиноамериканских стран.

По пути кодификации международного частного права в отраслевых актах пошло большинство государств, возникших после распада СССР. Коллизионные нормы были включены в качестве частей в гражданско-правовых актах в Латвии (1992–1993 гг.); Литве (1994 г.). На основе Модельного гражданского кодекса для государств — участников СНГ (1994–1995 гг.) были приняты новые гражданские кодексы с разделами, посвященными международному частному праву, в Узбекистане (1996 г.), Армении (1998 г.), Казахстане (1998 г.), Белоруссии (1998 г.). Однако в ряде государств были приняты отдельные законы о международном частном праве: Грузии — в 1998 г., Азербайджане — 2000 г., Эстонии — 2002 г., Украине — 2005 г.

Вместе с тем во многих государствах до сих пор законодательство играет незначительную роль в качестве источника международного частного права. Эту роль выполняет судебная практика. Причем такое положение характерно не только для стран англо-американского права, в основе своей прецедентного, но и для других стран, например *Франции*. Французский гражданский кодекс (Кодекс Наполеона) 1804 г., явившийся выражением классического буржуазного гражданского права и послуживший образцом при становлении гражданского права во многих государствах, практически не содержит коллизионных норм. Есть несколько правил, устанавливающих пределы применения французского права, или так называемых односторонних коллизионных норм. На основе таких норм судебная практика в порядке их интерпретации сформулировала коллизионные нормы по различным видам гражданских правоотношений. В результате судебная практика является и в настоящее время основным источником международного частного права. Сложившаяся судебная практика была закреплена в законах о семье, что привело к включению в ГК Франции некоторых дополнительных коллизионных норм (ст. 310, 311).

Не существует кодификации международного частного права в *Великобритании и США*. Решающее значение здесь имеет система судебных прецедентов, хотя по отдельным вопросам издаются законодательные акты, в которых встречаются и правила международного частного права. Например, в Великобритании самым значительным явлением стал Закон 1995 г. о международном частном праве (вопреки своему названию решает несколько отдельных вопросов). Кроме того, действуют Закон о завещаниях 1963 г., Закон об усыновлении 1968 г., Закон о признании судебных решений о разводе и раздельном жительстве супругов 1971 г., Закон о недобросовестных условиях договора 1977 г., Закон о государственном иммунитете 1978 г., Закон об иностранных сроках исковой давности 1954 г.

В США, например, действуют в качестве законов штатов Единообразный торговый кодекс 1962 г., Закон 1976 г. об иммунитете иностранных государств; принимаются законы о регулировании экспорта и др. Некоторые законы принимаются в отдельных штатах, например Закон о международном частном праве штата Луизиана 1981 г. Почти полное отсутствие законодательства способствует повышению значения неофициальных кодификаций, составленных на основе обобщения судебных прецедентов. В Великобритании наибольшую известность приобрел курс Дайси, в США — Свод законов о конфликте законов, составленный на основе трехтомного курса Дж. Биля Американским институтом права в 1934 г., и второй Свод законов о конфликте законов, вышедший в 1971 г. Несмотря на свою популярность, эти издания не являются источниками международного частного права.

3.4. Роль международных договоров в международном частном праве

Как было рассмотрено в разд. 3.1 настоящей главы, международный договор, не будучи юридическим источником международного частного права, играет большую роль в его развитии: в нем сформулированы нормы, которые впоследствии становятся правовыми нормами (унифицированными коллизионными или материальными) международного частного права того или иного государства. Договор тем самым является важным этапом в их создании. Причем в современных условиях развитие международного частного права на договорной основе приобретает все большее значение, охватывая практически все сферы частных правоотношений, осложненных иностранным элементом. Одновременно возрастает роль международных организаций в развитии международного частного права, в рамках которых разрабатываются и подготавливаются проекты соответствующих международных соглашений.

Основные международные организации в сфере международного частного права. Старейшей организацией в рассматриваемой области является *Гаагская конференция по международному частному праву*, созданная еще в XIX в. (переговоры по ее созданию были начаты по инициативе Италии в 1867 г., а первая официальная сессия была созвана правительством Нидерландов в Гааге в 1893 г.). Многие годы организация не имела постоянной основы, созывалась по инициативе правительств, а с 1955 г. стала постоянно действующей (в 1951 г. был принят Статут, который вступил в силу в 1955 г.). До 1917 г. Россия активно участвовала в работе созывавшихся сессий, но затем прекратила и не была участником организации. Российская Федерация

(СССР) принимала участие в работе сессий (сессии проводятся раз в четыре года) в качестве наблюдателя. Указом Президента РФ от 22 февраля 2001 г. Россия стала ее полноправным членом¹. *Основная задача Гаагской конференции — унификация правил международного частного права, прежде всего коллизионного, а также норм международного гражданского процесса.*

Значительная часть конвенций, разработанных в рамках Гаагской конференции, относится к семейному праву. Это пять конвенций, принятых в 1902–1905 гг. (см. гл. 1), и ряд конвенций, принятых после Второй мировой войны. Среди них: Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам в отношении детей, 1956 г.; Конвенция о признании развода и судебного разлучения супругов 1970 г.; Конвенция о заключении брака и признании его недействительным 1978 г.; Конвенция о праве, применимом к имуществу супругов, 1978 г. и др.

Гаагской конференцией был разработан и принят ряд конвенций также в сфере гражданских правоотношений. В частности, это: Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже движимых материальных вещей, 1955 г.; Конвенция о признании юридической личности иностранных обществ, ассоциаций и учреждений 1956 г.; Конвенция о праве, применимом к переходу права собственности в международной купле-продаже товаров, 1958 г.; Конвенция о коллизии законов относительно формы завещательных распоряжений 1961 г.; Конвенция о праве, применимом к ответственности изготовителя, 1973 г.; Конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже, 1986 г. (призвана заменить одноименную Конвенцию 1955 г.) и др. Не все Гаагские конвенции вступили в силу (Россия пока не участвует ни в одной из них), но, несмотря на это, они оказали и продолжают оказывать серьезное влияние на практику государств и на развитие национального законодательства по международному частному праву. Препятствием в признании и широком распространении Гаагских конвенций являются существенные расхождения в доктрине и практике систем частного и международного частного права разных государств.

Наибольшее значение приобрели разработанные в рамках Гаагской конференции конвенции по гражданскому процессу. Прежде всего это относится к Конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. (СССР присоединился к ней в 1966 г.), рассмотревшей ряд важных проблем международного гражданского процесса. Были приняты также акты по отдельным вопросам судебного рассмотрения частных дел,

¹ Федеральный закон «О присоединении Российской Федерации к Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам» // РГ. 2001. 15 февр.

осложненных иностранным элементом, такие как Конвенция о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей 1958 г.; Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 г.; Конвенция о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г.¹; Конвенция об облегчении доступа к правосудию за границей 1980 г. Отметим также Конвенцию 1961 г. об отмене легализации иностранных официальных документов. Россия стала ее участником в 1992 г.

В 1926 г. в целях прогрессивного развития и сближения частного права была создана межправительственная международная организация — *Международный институт по унификации частного права* в Риме (УНИДРУА). Россия как правопреемница СССР также является ее членом, что было подтверждено постановлением Правительства РФ от 20 октября 1995 г.² Помимо подготовки проектов международных конвенций Римский институт проводит большую исследовательскую работу в области унификации частного права и издает ежегодник. Причем в отличие от Гагской конференции *Римский институт специализируется на унификации материального частного права*. Были разработаны проекты важных конвенций в разных сферах частно-правовых отношений, но преимущественно по международным перевозкам и международной торговле. Подготовленные проекты затем принимаются на дипломатических конференциях. В Гааге в 1964 г. были приняты, вступили в силу, хотя и не получили широкого применения, две конвенции. Это Конвенция о единообразном законе по международной купле-продаже товаров и Конвенция о заключении договоров международной купли-продажи товаров. Они ставили цель унифицировать право международной торговли. К этой сфере также относятся разработанные УНИДРУА Женевская конвенция о представительстве в международной купле-продаже товаров 1983 г., Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. (Россия присоединилась в 1998 г.)³, Оттавская конвенция о международном факторинге 1988 г.

Возрастающая потребность в совершенствовании правового регулирования международной торговли, в придании этому процессу

¹ 12 февраля 2001 г. Президент РФ подписал два Федеральных закона: «О присоединении к Конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г.» и «О присоединении к Конвенции о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г.» (см.: БМД. 2001. № 4. Ст. 84–85).

² Постановление Правительства РФ от 20 октября 1995 г. № 370 «О продолжении участия Российской Федерации в Международном институте по унификации частного права» // СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1664.

³ СЗ РФ. 1998. № 7. Ст. 787.

универсального характера привела к созданию в рамках ООН органа, *специально занимающегося унификацией права международной торговли*. В 1966 г. на основе резолюции Генеральной Ассамблеи от 17 декабря была учреждена *Комиссия ООН по праву международной торговли* (ЮНСИТРАЛ). Помимо унификации правил международной торговли и соответственно подготовки проектов конвенций *на Комиссию была возложена задача содействия кодификации международных торговых обычаев* и распространения информации в этой области.

На основе проектов, разработанных Комиссией, были приняты: в 1980 г. на конференции в Вене — Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи; в 1974 г. на конференции в Нью-Йорке — Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров (дополненная в 1980 г. в Вене в целях приведения ее в соответствие с Конвенцией 1980 г.); в 1988 г. на конференции в Нью-Йорке — Конвенция о международных переводных и международных простых векселях; в 1978 г. на конференции в Гамбурге — Конвенция о морской перевозке грузов. Россия принимает активное участие в работе Комиссии, однако на сегодня является участницей только одной конвенции — Конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.¹

Иные международные договоры. Начиная с конца прошлого века было заключено довольно большое количество международных соглашений, направленных на правовое регламентирование различных гражданских правоотношений с иностранным элементом. Многие из них сохраняют свое действие до наших дней. Например, по вопросам интеллектуальной собственности: Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г. (СССР ратифицировал в 1965 г.); Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г. (Россия присоединилась в 1994 г.); Мадридская конвенция о регистрации товарных знаков 1891 г. (СССР ратифицировал в 1980 г.); Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г. (СССР ратифицировал в 1971 г.); Договор о патентной кооперации 1970 г. (СССР ратифицировал в 1977 г.) и др. В области международных расчетов действуют Женевские конвенции 1930 г. о простом и переводном векселе (СССР ратифицировал в 1935 г.); Женевские конвенции 1931 г. о чеках. Есть ряд конвенций по вопросам международных перевозок грузов и пассажиров морским, железнодорожным, автомобильным и авиационным транспортом; по вопросам международного торгового арбитража. Они будут рассмотрены в соответствующих разделах учебника.

Одновременно правовое регламентирование частных правоотношений с иностранным элементом развивается и *на региональном уровне*.

¹ Ведомости ВС СССР и СНД СССР. 1990. № 23. Ст. 428.

О Кодексе Бустаманте как о наиболее яркой унификации коллизионного права, действующем на американском континенте, уже писалось в гл. 1. Начиная с 1975 г. страны американского континента проводят каждые три года конференции по международному частному праву. Было принято 17 конвенций, среди которых конвенции по месту жительства (месту нахождения) физических и юридических лиц, по векселям и чекам, по установлению содержания иностранного права и по другим вопросам гражданского процесса.

Широкий масштаб принимает процесс международно-договорного регулирования рассматриваемых отношений между странами Европейского союза. Среди заключенных договоров наиболее важными для международного частного права являются: Брюссельская конвенция о взаимном признании компаний 1968 г.; Брюссельская конвенция о подсудности и исполнении судебных решений 1968 г.; Римская конвенция о применимом праве к договорным обязательствам 1980 г.

Международный договор играет все более важную роль в регулировании частноправовых отношений между странами — членами СНГ. Наиболее значимыми являются Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов государств — участников СНГ 1998 г., Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г., Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 1993 г.¹, Соглашение о защите прав инвесторов 1997 г., Евразийская патентная конвенция 1995 г. и др.

Международно-правовое регулирование трансграничных гражданских отношений предпринималось и государствами — членами СЭВ. В рамках СЭВ были разработаны и приняты соглашения, регулирующие международную куплю-продажу (Общие условия поставок товаров 1968/1988 г.), международные перевозки грузов и пассажиров, вопросы интеллектуальной собственности, арбитражного рассмотрения гражданско-правовых споров и др. И хотя СЭВ как международная организация перестала существовать, ряд соглашений сохраняет с некоторыми изменениями свою юридическую силу, например Общие условия поставок.

Важное место в развитии международного частного права занимают *двусторонние договоры*, заключаемые между государствами. Среди них прежде всего нужно отметить договоры об оказании правовой помощи по гражданским делам. Они предусматривают применение взаимосогла-

¹ В 2002 г. была принята новая Конвенция с аналогичным названием, которая призвана заменить Конвенцию 1993 г.

сованных коллизионных норм по широкому кругу частных правоотношений с иностранным элементом (право- и дееспособность физических и юридических лиц, отношения собственности, наследственные, брачно-семейные отношения и др.), а также содержат правила по гражданскому процессу. Среди двусторонних договоров заметную роль играют консульские соглашения, соглашения о взаимной защите инвестиций, об интеллектуальной собственности и др. Они создают правовую основу для регулирования международных частноправовых отношений, существенно восполняя российское законодательство.

3.5. Обычай как источник международного частного права. Судебная и арбитражная практика. Доктрина

Под обычаем понимается единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике и имеющее обязательную юридическую силу. В отличие от обычая единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике, но не имеющее юридической силы, именуют *обыкновением*. Правовой обычай может быть источником национального права и источником международного (публичного) права. Поэтому при рассмотрении вопроса об обычае как источнике международного частного права следует исходить из того, о каком обычае идет речь.

В национальном праве источником является *санкционированный обычай*, т. е. сложившееся в практике правило, за которым государство признает юридическую силу. В современных условиях санкционированный обычай крайне редко выступает в качестве источника права¹. Следовательно, в той мере, в какой обычай выступает в качестве источника национального права, он может быть и источником международного частного права как права национального. Чаще всего это имеет место в предпринимательской, коммерческой деятельности.

Примером санкционированного обычая может служить положение, сформулированное в п. 1 ст. 6 ГК РФ, из которого следует, что если отношения прямо не урегулированы гражданским законодательством или соглашением сторон, то они регулируются применимым к ним обычаем делового оборота. Тем самым законодатель признает за обычаями делового оборота юридическую силу. Под обычаем делового оборота Гражданский кодекс понимает «сложившееся и широко применяемое в какой-либо области предпринимательской деятельности правило поведения, не предусмотренное законодательством, независимо от того, зафиксировано ли оно в каком-либо документе» (п. 1 ст. 5 ГК РФ).

¹ Исключением являются некоторые развивающиеся страны (например, африканские страны), где обычное право сохраняет сильные позиции, особенно в частноправовой сфере (см.: Давид Р., Жоффре-Спинози К. Основные правовые системы современности. М., 1997. С. 389 и след.).

Признавая за обычаями делового оборота качество юридическо-го источника, ГК РФ определяет также их сферу применения и место в иерархии правовых норм. Из содержания ст. 5, 6, 421 и 422 следует, что обычаи делового оборота применяются только в области предпринимательской деятельности, которая регулируется гражданско-правовыми нормами в следующей последовательности: 1 — императивными нормами законов и подзаконных актов; 2 — соглашением сторон (договорными условиями); 3 — диспозитивными нормами законов и подзаконных актов; 4 — обычаями делового оборота; 5 — гражданским законодательством по аналогии. Кроме того, законодатель устанавливает, что в любом случае обычаи делового оборота не применяются, если они противоречат обязательным для участников соответствующего отношения положениям законодательства или договорным условиям.

При этих же условиях и ограничениях обычаи делового оборота будут применимы к отношениям в области предпринимательской деятельности, осложненным иностранным элементом, но только тогда, когда коллизионный вопрос будет решен в пользу российского права. В таком качестве санкционированные обычаи делового оборота не являются источником международного частного права. *Другое дело, если среди обычаев делового оборота встретится коллизионная норма. Такой обычай будет источником российского международного частного права.* Именно в таком качестве называет ст. 1186 ГК РФ «обычаи, признаваемые в Российской Федерации». Среди оснований, на которых определяется право, подлежащее применению к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, ст. 1186 перечисляет международные договоры, гражданское законодательство и *обычаи, признаваемые в Российской Федерации*. Здесь подчеркиваются два качества обычая как источника международного частного права. Во-первых, подчеркивается, что речь идет о санкционированном государством обычае; во-вторых, выбор применимого права возможен только на основе коллизионных норм, поэтому речь может идти об обычаях, устанавливающих коллизионные нормы.

Международно-правовой обычай — это сложившееся в практике устойчивое правило поведения государств, за которым государства признают юридическую силу (*opinio juris*), т. е. выражают свою согласованную волю. Международно-правовой обычай, так же как и международный договор — это соглашение между государствами, возлагающее юридические обязательства на государства. Поэтому все, что было изложено выше о международном договоре, справедливо и в отношении международно-правового обычая: он является источником международного (публичного) права, во внутренней сфере государства его действие опосредуется национально-правовыми формами.

Кроме международно-правовых обычаев, в международной практике сложились и широко применяются устойчивые правила, которые име-

нуются *обычаями международного торгового или делового оборота*. Эти правила сложились в отношениях не между государствами, а между физическими и юридическими лицами разных государств в предпринимательской сфере. Особенно велико их значение в областях международной торговли, международного торгового мореплавания и международных денежных расчетов. *Они не имеют юридической силы и не могут быть юридическими источниками ни международного (публичного), ни национального права, в том числе международного частного права как его отрасли*. Строго терминологически это не обычаи, а обыкновения. Однако это не означает, что обычаи международного делового оборота не применяются при регулировании частноправовых отношений. *Прежде всего они применяются по воле самих участников этих отношений*. Например, в договоре международной купли-продажи стороны предусмотрели применение какого-либо обычая либо группы обычаев. Последнее, как любое другое контрактное условие, будет регулировать обязательство, вытекающее из договора.

Вместе с тем *обычаи международного делового оборота могут приобрести юридическую силу и стать источником права, если государства признают за ними это качество*. Это возможно в двух вариантах: либо индивидуально государством, и тогда международный торговый обычай становится санкционированным обычаем и в таком качестве — источником национального права; либо совместно государствами в форме международного договора или в форме международно-правового обычая, и в таком качестве он становится источником международного (публичного) права.

Примером санкционированных обычаев международного делового оборота может служить п. 2 ст. 285 Кодекса торгового мореплавания РФ 1999 г., которым предусматривается, что при определении общей аварии, размеров общеаварийных убытков и их распределении применяются Йорк-Антверпенские правила об общей аварии¹ и другие международные обычаи торгового мореплавания в двух случаях: если это предусмотрено соглашением сторон или в случае неполноты подлежащего применению закона (коллизийные нормы, предусматривающие выбор права по общей аварии, закреплены в ст. 419 этого Кодекса).

Так же, как и при санкционировании национального обычая, законодатель не только признает юридическую силу за обычаем международного делового оборота, но и определяет сферу его применения и место в иерархии правовых норм. В рассматриваемом примере международные обычаи торгового мореплавания, включая Йорк-Антверпенские правила, применимы для решения трех вопросов: 1) является ли авария

¹ Йорк-Антверпенские правила являются сводом обычаев, применяемых в отношениях по общей морской аварии (последняя редакция — 1994 г.). См.: *Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право*. М., 1984. С. 32.

общей морской аварией; 2) размеры общеаварийных убытков; 3) распределение убытков между участниками отношений по общей морской аварии. Последовательность применения правовых норм: прежде всего применяются нормы, предусмотренные соглашением сторон, в том числе обычаи торгового мореплавания, если стороны на них сослались (обычаи в этом случае применяются как контрактные условия); затем, при отсутствии соглашения сторон, применяются нормы правопорядка, избранного на основании коллизионных норм; и наконец, если нормы избранного правопорядка не отвечают на один из перечисленных выше вопросов или дают неполный ответ, применяются Йорк-Антверпенские правила и другие международные обычаи торгового мореплавания.

Примером санкционирования обычаев международного торгового оборота совместно государствами в форме международного договора может служить п. 2 ст. 9 Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи 1980 г., который предусматривает обязательное применение (при отсутствии договоренности между сторонами договора купли-продажи об ином) обычая, о котором стороны знали или должны были знать, который в международной торговле широко известен и постоянно соблюдается в соответствующей области торговли.

Таким образом, *источником международного частного права является лишь санкционированный государством обычай международного делового оборота, которому государство своей суверенной волей придает силу национального права, в результате чего он действует в национально-правовой форме* (в приведенном выше примере — в форме федерального закона). Если же международный торговый обычай санкционирован совместно государствами в форме международного договора или форме международно-правового обычая, он будет действовать в национально-правовой сфере в таком же порядке, как и любая другая международно-правовая норма.

Учитывая значительную роль обычаев международного делового оборота в регламентации международных экономических связей и трудность установления их содержания и применения (в силу их неписаного характера), многие международные организации изучают, обобщают и публикуют своего рода своды обычаев по определенным группам вопросов. Некоторые такие публикации приобретают популярность. Особенно велико значение публикаций, подготовленных Международной торговой палатой, в том числе Международные правила по унифицированному толкованию торговых терминов (ИНКОТЕРМС) в редакции 2000 г., Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов в редакции 1993 г., Унифицированные правила по инкассо в редакции 1995 г., Унифицированные правила по договорным гарантиям 1978 г. и др. Выше назывались Йорк-Антверпенские правила об общей аварии в редакции 1994 г., подготовленные в рамках Международного морского комитета. Весьма популярен подготовлен-

ный УНИДРУА в 1994 г. документ под названием «Принципы международных коммерческих контрактов» и др.

Следует, однако, отметить, что факт создания подобных документов никоим образом не меняет природу обычаев, в них сформулированных. *Они представляют собой неофициальную, частную кодификацию не обладающих обязательной юридической силой обычаев международного делового оборота.* Как сам документ в целом, так и отдельные сформулированные в нем нормы применяются либо тогда, когда стороны соответствующих отношений договорились об этом (имеют силу контрактных условий), либо когда государство санкционировало и признало за ними юридическую силу. Если в одностороннем порядке, то они будут обладать силой национального права, если по согласованию между двумя и более государствами, то они будут обладать силой норм международного права.

Судебная практика. В российской правовой системе, так же как и в романо-германской системе, судебная практика не является формально-юридическим источником права: суды не наделены законодательной властью и их решения не создают норм права. В равной степени судебная практика не является источником международного частного права. Отрицание за судебными решениями качества формального источника права ни в коей мере не умаляет их роль в развитии и совершенствовании законодательства, особенно в толковании права, восполнении пробелов в праве, в обеспечении единообразного применения права, в формировании предпосылок для создания новых норм права и внесения изменений в действующие и т. д.

Значение судебной и арбитражной практики еще более велико в международном частном праве, что связано с дополнительными трудностями применения коллизионных норм и с возможным применением иностранного права. При применении иностранного права, к которому отсылает национальная коллизионная норма, возникает сложная задача по установлению его содержания (суд иностранное право не знает и не обязан знать). Раздел VI ГК РФ (ст. 1191) возлагает на суд обязанность по установлению содержания иностранного права. *При этом суд обязан руководствоваться не только текстами иностранных законов, но и «практикой применения», т. е. судебной практикой.* Ссылка на практику применения не означает, что законодатель тем самым признал судебную практику в качестве источника иностранного права. Суд обязан применить иностранное право так, как оно применяется «у себя на родине», и судебная практика призвана оказать помощь суду в понимании норм иностранного права, в уяснении их содержания, в толковании, с тем чтобы не допустить искажения применяемых норм иностранного права.

Судебная практика может рассматриваться в качестве источника международного частного права *в странах англо-саксонской системы права*, которое именуют прецедентным правом. Но в этом случае тер-

минологически *правильно говорить не о судебной практике, а о судебном прецеденте как источнике права — конкретном судебном решении, за которым признается государством сила закона.*

Не является источником права, в том числе международного частного права, *доктрина*. Она играет определенную роль в развитии и совершенствовании права и вспомогательную роль в правоприменительном процессе для установления содержания применяемых норм, особенно норм иностранного права. Не случайно упоминавшаяся выше ст. 1191 ГК РФ уполномочивает суд при установлении содержания иностранного права обращаться к доктрине соответствующего иностранного государства.

Все вышеизложенное позволяет сделать общий вывод об источниках международного частного права и их видах. Источниками международного частного права, как и любой другой отрасли национального права, могут быть лишь национально-правовые формы, в которых существуют нормы права и которые являются выражением их обязательной юридической силы в пределах государства. Это законы и подзаконные акты, санкционированный обычай, а также судебный прецедент в ограниченном круге государства.

Дополнительная литература

Бахин С. В. Lex mercatoria и унификация международного частного права // Журнал международного частного права. 1999. № 4.

Жильцов А. Н., Муранов А. И. Национальные кодификации в современном международном частном праве. Тенденции и противоречия в его развитии на пороге третьего тысячелетия // Международное частное право. Иностранное законодательство. М., 2001.

Кабатова Е. В. Кодификация международного частного права в странах Западной Европы // Советское государство и право. 1991. № 8.

Маковский А. Л. Новый этап в развитии международного частного права в России // Журнал российского права. 1997. № 1.

Глава 4

УНИФИКАЦИЯ И ГАРМОНИЗАЦИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Одной из коренных закономерностей современного общественного развития является углубляющаяся интернационализация всех сфер жизнедеятельности человека, особенно сферы экономики и регулирующего их права. Интернационализация права означает сближение правовых систем, углубление их взаимодействия, взаимного влияния.

Сближение права — это многогранное правовое явление, которое проявляется в двух взаимосвязанных, но различающихся по своему содержанию процессах — унификации и гармонизации права. Сближение права — родовое понятие, видами которого выступают унификация и гармонизация.

4.1. Унификация права

Унификация (*unie facere* — делать единым) права — это создание одинаковых, т. е. унифицированных, норм во внутреннем праве разных государств. Поскольку право входит в область внутренней исключительной юрисдикции государства и не существует наднационального законодательного органа, принимающего юридически обязательные законы для внутреннего права государств, то единственным способом создания унифицированных норм является сотрудничество государств. Отсюда *унификация права означает сотрудничество государств, направленное на создание, изменение или прекращение одинаковых (унифицированных) правовых норм во внутреннем праве определенного круга государств.* В этом качестве унификация является разновидностью правотворческого процесса. Главная особенность этого процесса в том, что он *происходит в двух правовых системах — в международном праве и во внутреннем праве государства с применением международно-правовых и национально-правовых форм и механизмов.*

Унификация охватила все отрасли внутреннего права государств, в том числе уголовное (например, комплексы правовых норм по некоторым группам преступлений), уголовный процесс (например, институт выдачи преступников), административное право (например, единообразные нормы, регулирующие таможенные отношения)

и т. д. Этот процесс проник даже в святая святых внутреннего права — в конституционное право (например, закрепленные конституциями многих государств права и свободы человека соответствуют общепризнанным международно-правовым стандартам). Но наиболее ощутимых результатов процесс унификации достиг в международном частном праве, что объясняется его спецификой.

Будучи частью внутреннего права государства, оно по своей природе *экстравертно*. Его объектом являются отношения международного характера, т. е. выходящие за пределы одного государства: частноправовые отношения, осложненные иностранным элементом. Наличие иностранного элемента приводит к тому, что международное частное право регулирует отношения, которые своим составом лежат в правовом поле двух или более государств. Их значимость в жизни каждого государства порождает объективную потребность в их единообразном правовом регулировании.

Есть еще одна причина, способствующая довольно высокой результативности унификации в международном частном праве. Национальное право часто оказывалось неспособным регулировать отношения с международными характеристиками. Особенно отчетливо это проявилось в экономической сфере. В дальнейшем речь будет идти только об унификации в международном частном праве.

Особенности правового механизма унификации права. Как уже говорилось, процесс унификации права протекает в двух правовых системах — и в международном праве, и в национальном. Соответственно нужно различать две стадии унификации. На *первой стадии* достигается соглашение между государствами по поводу единообразного регулирования определенных отношений, оформляемых международным договором, в котором содержатся правовые нормы, предназначенные для регламентации этих отношений. Достижение соглашения и принятие договора с текстом соответствующих норм не означает, что унификация права состоялась.

Вторая стадия унификации права — это восприятие международно-правовых норм национальным правом государств.

Любой международный договор независимо от того, какому конкретному вопросу он посвящен, регулирует отношения между государствами и обязывает только государств-участников. В равной степени это относится и к договору, направленному на унификацию права. Венская конвенция 1980 г. регулирует не договор купли-продажи, а отношения между государствами по поводу единообразной регламентации купли-продажи, она обязывает государства обеспечить применение предусмотренных Конвенцией соответствующих правовых норм. Только тогда, когда нормы, содержащиеся в международном договоре, станут частью национального (внутреннего) права государств, можно говорить об

унификации права как о законченном процессе: во внутреннем праве государств — участников договора появились одинаковые правовые нормы.

Иначе говоря, нормы международного договора должны быть санкционированы государством для применения их в национально-правовой сфере, т. е. им должна быть придана юридическая сила национального права. Только тогда они будут способны регулировать отношения между субъектами национального права. Это сугубо национальное дело, и оно реализуется с помощью национально-правовых механизмов.

Таким образом, унификация права как правотворческий процесс имеет две стадии. На первой создается комплекс соответствующих правовых норм в форме международного договора и государства берут на себя международно-правовые обязательства обеспечить их применение. Трудно переоценить значение этой стадии. Собственно на этом этапе создаются единообразные нормы. Данный процесс трудоемкий, сложный и часто длительный. Он сопровождается поисками компромиссных решений с целью согласования позиций разных государств, на которые влияют не только особенности собственных правовых систем, но политические и другие интересы. Иногда тексты договоров согласовываются десятилетиями. Например, прошло 27 лет, как Комиссия международного права ООН в 1977 г. начала работать над проектом Конвенции об юрисдикционных иммунитетах, которая была принята в 2004 г.

Принятие международного договора и соответственно международно-правовых обязательств государствами завершает первую стадию унификации. Так как нормы, содержащиеся в договоре, еще не унифицированы, но предназначены стать таковыми, их можно называть **унифицирующими нормами**, а сам международный договор — **унифицирующим договором**. По своей природе это международно-правовые нормы, которые обязательны только для государств — сторон соответствующего договора. Понятно, что *весь процесс создания унифицирующих правовых норм происходит в рамках международного права с помощью присущих ему механизмов*.

Вторая стадия не менее важна. Она связана с восприятием международно-правовых норм национальным правом. В результате в национальном праве разных государств появляются **унифицированные нормы**, т. е. одинаковые, текстуально совпадающие по содержанию. Эти нормы имеют силу национального права, включая и соответствующие национально-правовые меры их принудительного исполнения. В таком качестве названные нормы юридически обязательны для всех субъектов национального права, как участников частноправовых отношений, так и правоприменительных органов.

Восприятие международно-правовых норм национальным правом называется либо *трансформацией*, либо *национальной имплементацией*. *Процесс восприятия обеспечивается национально-правовыми механизмами*.

В праве разных государств они различны, но имеют много общих черт. В Российской Федерации правовая основа этого процесса предусмотрена в п. 4 ст. 15 Конституции: «...международные договоры Российской Федерации являются составной частью ее правовой системы». Конституция устанавливает общий принцип действия международных договоров в России как части ее правовой системы. Поэтому данное правило можно рассматривать *в качестве общей, или генеральной, трансформационной нормы*, согласно которой нормам международных договоров, в которых участвует Россия, придается национально-правовая сила (этот же принцип повторяется в специальных частноправовых законах, например в ст. 7 ГК РФ).

Конституционное правило конкретизируется в иных законах и прежде всего в Федеральном законе о международных договорах 1995 г., предусматривающем правовые процедуры, в силу которых договор становится обязательным для России¹. Согласие на обязательность договора может быть выражено в форме либо федерального закона (о ратификации, о присоединении), либо правовых актов Президента или Правительства (например, постановление Правительства о присоединении). Эти правовые акты и являются теми правовыми формами, в которых нормы международных договоров вводятся в российскую правовую систему². Они же определяют место унифицированных норм в иерархии российского права: если международный договор вводится в форме федерального закона, то его нормы будут обладать юридической силой федерального закона; если договор вводится подзаконным актом, то его нормы будут обладать юридической силой этого подзаконного акта.

Таким образом, унификация права имеет две самостоятельные, но взаимосвязанные стадии: первая проходит в международно-правовой сфере и завершается принятием *международно-правовых унифицирующих норм*; вторая проходит в национально-правовой сфере и завершается принятием *национально-правовых унифицированных норм*. Соответственно обе стадии опосредуются теми правовыми формами, которые присущи двум правовым системам: во-первых, международно-правовым договором, во-вторых, национально-правовыми актами (законами и подзаконными актами).

Заканчивая рассмотрение вопроса об особенностях правового механизма унификации права, следует подчеркнуть еще одну особенность современного процесса унификации. Он имеет *ярко выраженный ин-*

¹ СЗ РФ. 1995. № 29. Ст. 2757.

² Например, постановлением Правительства Россия присоединилась к Бернской конвенции об охране литературных и художественных произведений в редакции 1971 г., Всемирной конвенции об авторском праве в редакции 1971 г., Конвенции об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г. // СЗ РФ. 1994. № 29. Ст. 3046.

ституционный характер: первая стадия унификации преимущественно осуществляется в рамках международных организаций. Эта черта особенно проявилась во второй половине XX в., что является отражением общей тенденции роста роли международных организаций.

Существуют международные организации, специализирующиеся на унификации права: Гагская конференция по международному частному праву, Римский институт по унификации частного права, Комиссия ООН по праву международной торговли (см. об этих организациях гл. 3 настоящего учебника). Чаще международные организации, обеспечивающие сотрудничество между государствами в конкретных областях, занимаются также унификацией права в этих областях, например Международная морская организация (ИМО), Международная организация гражданской авиации (ИКАО), Международная организация труда (МОТ), Всемирная организация интеллектуальной собственности (ВОИС) и др. Использование структур и механизмов межправительственных организаций облегчает и ускоряет процесс подготовки и принятия международных договоров, направленных на унификацию права.

Виды унификации. Существует несколько классификаций унификации в зависимости от критерия, положенного в ее основу.

Первая классификация сопряжена со *способом правового регулирования* частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом. Двум способам регулирования — коллизионно-правовому и материально-правовому — соответствуют *унификация коллизионного права и унификация материального частного права*. По этому критерию можно выделить и третий вид унификации — *смешанную*, когда один международный договор предусматривает унификацию и коллизионных, и материальных норм.

Примерами унификации коллизионных норм являются Женевская конвенция о разрешении некоторых коллизий законов о простом и переводном векселе 1930 г., Гагская конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1956 г., Гагская конвенция о коллизии законов, касающихся завещательных распоряжений, 1961 г., Гагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. и др. (к ним относится большинство конвенций, принятых в рамках Гагской конференции по международному частному праву). Россия участвует только в вексельной конвенции.

Примерами унификации материальных частноправовых норм являются Женевская конвенция относительно единообразного закона о простом и переводном векселе 1930 г., Конвенция ООН о до-

говорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. (Россия участвует во всех трех).

В качестве примеров смешанной унификации можно привести конвенции по авторскому праву: Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г., Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г. и др. (Россия в них участвует).

Вторая классификация основана на *предметном критерии*, в зависимости от того, для какого вида частноправовых отношений предназначены унифицированные нормы. По этому критерию выделяются комплексы унифицированных норм (коллизионных и материальных), предназначенных для регулирования отношений, являющихся предметом отраслей, подотраслей, институтов частного права: например, унификация обязательственного права, права собственности, интеллектуального права, наследственного, семейного, транспортного права и т. д. Сюда же относится и унификация гражданского процессуального права. По предметному критерию удобнее всего показать реальное состояние унификации международного частного права, ее успехи и, напротив, отставание в каких-либо областях. Подробно раскрывается содержание унификации по предметному критерию в соответствующих главах учебника.

Наиболее высокая степень унификации права, особенно материального, достигнута в области внешнеэкономических отношений. Главным образом унифицированы правовые нормы, регулирующие: договор международной купли-продажи (Венская конвенция 1980 г., Нью-Йоркская конвенция об исковой давности в международной купле-продаже 1974 г., Конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. и др.); новые виды договорных обязательств (Оттавские конвенции о международном финансовом лизинге и международном факторинге 1988 г.); международные расчеты, международные перевозки. Большие успехи достигнуты в унификации правовых норм, регулирующих интеллектуальную собственность, международный коммерческий арбитраж. Напротив, в таких сферах, как брачно-семейные отношения, наследственные, которые тесно связаны с национальными историческими, культурными, религиозными особенностями, успехи унификации незначительны.

Особое положение в классификационном ряду унификации занимают договоры об оказании правовой помощи. В них содержатся унифицированные нормы по гражданскому процессу (подсудность, исполнение судебных поручений, признание и исполнение судебных решений и др.), и, значит, их можно включить в классификацию по предметному

критерию. Однако часто такие договоры содержат унифицированные коллизионные нормы по широкому кругу частноправовых отношений и отдельные материальные частноправовые нормы. Следовательно, их можно отнести к смешанной унификации в широком смысле слова, включающей и первую, и вторую классификацию.

Третья классификация связана с *классификацией международных договоров*, прежде всего основанной на их субъектном составе. По субъектам международные договоры делятся на многосторонние (в том числе универсальные и региональные) и двусторонние. В зависимости от этого различают унификацию универсальную, региональную, двустороннюю.

Универсальная унификация предназначена для всех государств, соответственно международных договоров, опосредующие такую унификацию, открыты для всеобщего участия. Например, Венская конвенция 1980 г. открыта для присоединения всех государств (ст. 91). *Региональная* (или локальная) — это унификация, осуществляемая в пределах ограниченного круга государств (например, государств одного географического района или в рамках интеграционных образований).

Результаты региональной и двусторонней унификации, как правило, более существенны. Так, Россия за редким исключением не принимает участия в универсальных договорах, направленных на унификацию коллизионных норм в различных сферах частноправовых отношений, в основном разрабатываемых Гаагской конференцией по международному частному праву. Отметим, что эти договоры вообще не получили большого распространения и универсальными их можно назвать лишь формально, исходя из их предназначения для всех государств. Реальный результат их действия весьма далек от «универсальности». Вместе с тем Россия является участницей большого числа двусторонних договоров о правовой помощи. В результате в нашей стране действуют унифицированные на двусторонней основе коллизионные нормы по широкому кругу частноправовых отношений, что создает более благоприятные условия для сотрудничества между соответствующими государствами.

Россия принимает активное участие и в региональной унификации, осуществляемой в рамках СНГ¹. 15 сентября 1992 г. Межпарламентская

¹ В свое время СССР способствовал развитию унификации права в государствах — членах СЭВ, которая была довольно успешной, особенно в сфере внешнеэкономических отношений. Ряд заключенных в те времена договоров, несмотря на то что СЭВ прекратил свое существование, продолжает действовать. Например, это Общие условия поставок товаров между организациями стран — членов СЭВ 1968/1988 гг. в редакции 1991 г. (ОУП СЭВ). В них осуществлена унификация материально-правовых норм, регулирующих обязательства по внешнеэкономическим сделкам, и одновременно предусмотрена единая коллизионная норма, отсылающая к закону страны продавца. В настоящее время для ряда стран (Болгария, Венгрия, Польша, Чехия и Словакия) Общие условия применяются как рекомендательный акт. Другим примером может служить Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества, 1972 г.

ассамблея приняла специальный документ — Основные направления сближения национальных законодательств государств — участников Содружества. В нем указан широкий круг областей, в которых необходимо сближение законодательства: экономические связи, транспорт, статус хозяйствующих субъектов, трудовые права, инвестиции, патентное право и др.¹ Отметим наиболее важные унифицирующие договоры, принятые государствами — членами СНГ. Это Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников СНГ 1992 г., Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников СНГ 1998 г., Соглашение о сотрудничестве в области инвестиционной деятельности 1993 г., Соглашение о защите прав инвесторов 1997 г., Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.,² Евразийская патентная конвенция 1994 г. и др.

Существенных результатов достигла унификация права, осуществляемая между странами Латинской Америки. Прежде всего это Кодекс Бустаманте 1928 г., о котором говорилось в гл. 3 настоящего учебника. До сих пор этот договор остается непревзойденным унифицирующим актом в области коллизионного права. Помимо круга государств — юридических участников Кодекса, его положения применяются и в других латиноамериканских государствах в силу «разумности и целесообразности». Начиная с 1975 г. каждые пять лет проводятся конференции по международному частному праву, на которых было принято более 20 конвенций, унифицирующих и коллизионные, и материальные, и процессуальные нормы. На конференции в Мехико в 1994 г. была принята Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, которая заняла важное место в системе коллизионного регулирования обязательств по международным коммерческим контрактам.

Особенности применения унифицированных норм. Из рассмотренного выше следует, что унифицированные нормы вообще и международно-частного права в частности действуют как национально-правовые нормы. Однако ни коллизионные унифицированные нормы, ни материальные частноправовые унифицированные нормы не отменяют аналогичных норм внутреннего права, а действуют параллельно с ними.

¹ См.: *Вилкова Н. Г.* Унификация коллизионных норм в рамках СНГ // Журнал российского права. 1997. № 10.

² В 2002 г. подписана новая Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях (Кишиневская), призванная заменить Конвенцию 1993 г.

При этом они не *сливаются с нормами внутреннего права в единый массив, а сохраняют в нем обособленность, обусловленную их договорным происхождением.*

Объясняется это тем, что унифицированные нормы сохраняют связь с международным договором, в рамках которого они были созданы. Связь с международным договором порождает ряд особенностей их применения. Прежде всего договор определяет *пространственную сферу реализации* унифицированных норм. Она всегда уже сферы применения соответствующих внутренних норм права. Например, коллизийная норма Российско-польского договора о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам от 16 сентября 1996 г., устанавливающая применение к наследственным отношениям законодательства государства, гражданином которого был наследодатель в момент смерти (п. 1 ст. 39), предназначена только для решения коллизий между российским и польским законом-ми¹. Пространственная сфера применения внутренних коллизийных норм (например, п. 1 ст. 1224 ГК РФ, предусматривающий применение для регулирования наследственных отношений закона последнего постоянного места жительства наследодателя) практически ничем не ограничена: они применяются даже в отношении непризнанных государств, что рассматривается в гл. 6 учебника.

Международный договор определяет и *предметную сферу* применения унифицированных норм, и она будет отличаться от предметной сферы аналогичных норм внутреннего права. Так, нормы Венской конвенции 1980 г. предназначены для регулирования обязательств по договору купли-продажи при условии, что стороны имеют коммерческие предприятия на территории разных государств.

Договорное происхождение унифицированных норм определяет специфику их *толкования*. Они должны толковаться в свете целей, принципов и содержания соответствующего международного договора, также должны восполняться пробелы в комплексе унифицированных норм соответствующего договора. Часто данное положение включается в текст самого договора. Например, согласно ст. 7 Венской конвенции 1980 г. при ее толковании надлежит учитывать ее международный характер и необходимость содействовать достижению единообразия в ее применении; пробелы подлежат разрешению в соответствии с общими принципами, на которых она основана. Но даже если рассматриваемое правило толкования не включено в текст унифицирующего международного договора, его применение следует из Венской конвенции о праве международных договоров 1969 г., ст. 31 которой устанавливает положение, применяемое к любому международному договору: он должен толковаться «в свете объекта и целей договора».

¹ См.: БМД. 2002. № 5. С. 68.

Целью любого унифицирующего международного договора является обеспечение единообразного регулирования определенного вида трансграничных частноправовых отношений. Для ее достижения недостаточно наличия одинаковых (унифицированных) коллизионных или материальных правовых норм. Необходима единообразная практика их применения, что предполагает единообразное толкование. Сказанное подтверждается тем, что многие договоры прямо дают толкование терминов и понятий, входящих в унифицируемые правовые нормы, устанавливая их содержание. Например, ст. 3 Сеульской конвенции об учреждении Многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г. «для целей настоящей Конвенции» раскрывает содержание некоторых терминов и понятий¹. Такое толкование является обязательным в национально-правовой практике договаривающихся государств, что способствует единообразию применения унифицированных норм.

Договорное происхождение определяет и *временные рамки* действия унифицированных норм. Они приобретают на территории участвующего в договоре государства юридическую силу не ранее того момента, когда договор вступает в силу. Даже если государство ратифицировало договор (или иным образом выразило свое согласие на его обязательность), но он не вступил в силу (в частности, когда договор не набрал требуемое число ратификаций), унифицированные нормы не действуют. Прекращение действия договора ведет к прекращению действия соответствующих унифицированных норм. Односторонний выход государства из договора также прекращает действие соответствующих унифицированных норм на территории данного государства.

На содержание и практику применения унифицированных норм оказывают влияние изменения, вносимые государствами в текст договора в процессе его осуществления. Приведенные случаи связи унифицированных норм с породившим их международным договором не являются исчерпывающими. Но они в достаточной степени подтверждают специфику рассматриваемых норм, определяющую их особое место в системе международного частного права.

В результате в национальном праве России по одному и тому же вопросу могут существовать разные правовые нормы — международные (унифицированные) нормы (коллизионные, материальные и процессуальные; универсальные, региональные и двусторонние) и национальные, т. е. содержащиеся в законах и подзаконных актах. Какие из этих норм подлежат применению в конкретном случае? Обратим внимание на несколько аспектов.

1. Коллизия между унифицированными нормами и национальными в целом разрешена Конституцией РФ (п. 4 ст. 15). Она устанавливает: «Если международным договором Российской Федерации установлены

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 99.

иные правила, чем предусмотренные законом, то применяются правила международного договора». Эта норма повторяется в ГК РФ и в других частноправовых законах. Конституция предусматривает приоритетное применение норм международного договора, а следовательно, и унифицированных норм по отношению к национальным нормам, если первые содержат «иные» правила. Как было рассмотрено выше, унифицированные нормы всегда «иные» по сравнению с аналогичными национальными нормами (по предмету, по действию в пространстве, по действию во времени, по толкованию). Как таковые, они являются специальными нормами. Соответствующие нормы российского законодательства являются общими. Согласно известному принципу права специальные нормы всегда имеют преимущественное применение перед общими (*lex specialis derogat lex generalis*).

2. Конфликт между унифицированными коллизионными и материально-правовыми нормами по одному и тому же вопросу решается исходя из метода и способов правового регулирования. В первой главе учебника было рассмотрено, что унифицированные материально-правовые нормы снимают коллизионный вопрос (коллизия права не возникает при наличии одинаковых норм в материальном праве разных государств) и «прямо» применяются для регулирования частноправовых отношений, минуя коллизионную стадию. Следовательно, при наличии унифицированных материально-правовых норм (например, Венская конвенция 1980 г.) они применяются в первую очередь. Обращение к коллизионным нормам возможно лишь на субсидиарных началах, если какой-то вопрос не решен материальными нормами. С таких позиций решается этот вопрос в п. 3 ст. 1186 ГК РФ: «Если международный договор Российской Федерации содержит материально-правовые нормы, подлежащие применению к соответствующему отношению, *определение на основе коллизионных норм права, применимого к вопросам, полностью урегулированным такими материально-правовыми нормами, исключается*» (курсив наш. — Г. Д.). Как видим, в этом положении подчеркивается, что наличие унифицированных материально-правовых норм исключает коллизионную проблему и необходимость обращения к коллизионным нормам. Значит, унифицированные материально-правовые нормы применяются к частноправовым отношениям международного характера непосредственно, минуя коллизионную стадию. Во всех остальных случаях регулирование осуществляется посредством коллизионных норм.

3. Конфликт между унифицированными нормами универсального, регионального и двустороннего характера при совпадающей сфере применения (например, в России порядок выполнения иностранных судебных поручений установлен российским законодательством, Гаагской конвенцией по вопросам гражданского процесса 1954 г., Конвенцией о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским,

семейным и уголовным делам 1993 г., заключенной между странами СНГ, и многочисленными двусторонними договорами, в том числе со странами, которые являются участниками и Конвенции 1954 г., и Конвенции 1993 г.) разрешается в соответствии с общепризнанными нормами международного права. Суть их заключается в том, что вначале следует обратиться к двусторонним нормам, затем к региональным (если в двустороннем договоре какой-то вопрос не решен) и затем к универсальным. Однако при этом есть одно принципиально важное исключение. Если соответственно универсальный или региональный договор предусматривает императивные нормы, то государства не вправе от них отступать при заключении регионального или двустороннего договора. Любые отступления от них юридически недействительны.

4.2. Гармонизация права

Гармонизация права — процесс, направленный на сближение права разных государств, на устранение или уменьшение различий в нем. Но гармонизация по сравнению с унификацией более широкий, неформализованный процесс, осуществляемый различными способами и в различных формах.

Главное отличие гармонизации права от унификации — отсутствие в этом процессе международно-правовых обязательств государств, закрепленных международным договором. Отсутствие договорной формы — не только формальный момент, оно определяет специфику всего процесса гармонизации: порядок создания и применения норм права, его конечный результат.

Гармонизация права — не новое явление. Весь исторический процесс развития внутреннего права государств сопровождался элементами гармонизации, так как, формируя свою правовую систему, государства заимствовали опыт друг друга. Однако вопрос о гармонизации как об особом социально-правовом явлении возник в XIX в. одновременно и параллельно с проблемой унификации права и получил особую актуальность в наше время.

Виды гармонизации. В зависимости от способов осуществления следует выделить гармонизацию *стихийную, целенаправленную, рецепцию, адаптацию.* В зависимости от формы осуществления существует гармонизация *национальная, международная, односторонняя, двусторонняя, многосторонняя, универсальная.*

Суть *стихийной гармонизации* в том, что в процессе взаимодействия между государствами возникало похожее или единообразное регулирование. Стихийная гармонизация всегда односторонняя, ее особенность проявляется в отсутствии цели сближения права. Такое взаимодействие могло принимать любые формы, в том числе и насильственные. В частности, постоянные войны приводили к распространению права заво-

евателей на территории покоренных народов (правда, известны случаи, когда завоеватели воспринимали более развитое право покоренных, например варвары воспринимали право павшей Западной Римской империи). Колонизация сопровождалась принудительным импортом европейского права на колонии. К стихийной гармонизации следует отнести и заимствование опыта других государств, в результате происходило сближение права, хотя такая цель и не ставилась.

Одним из способов гармонизации права является *рецепция* — *одностороннее заимствование* одним государством у другого отдельных норм права или крупных массивов права. Исторически известна крупномасштабная рецепция римского права европейскими государствами, что привело к формированию единой системы (школы) континентального права. Известны заимствования кодексов гражданского права (например, Кодекс Наполеона был введен в Бельгии, еще в советский период Монголия заимствовала Гражданский кодекс РСФСР). Подобные случаи следует отнести к *стихийной гармонизации*, так как при этом не ставилась цель сближения права, а решалась конкретная задача становления своего национального права.

Рецепция широко распространена и в наше время. Причем на рубеже веков она все чаще становится *целенаправленным способом гармонизации права*. Речь идет прежде всего о бывших социалистических странах, в том числе о России, которые используют рецепцию для перестройки своих правовых систем в соответствии с требованиями рыночной экономики. Особенность этой рецепции заключается в том, что воспринимается не право конкретного государства, а опыт наиболее развитых правовых систем. При этом ставится цель не только перестройки своего права, но и достижения сближения, т. е. гармонизации своего права с правом других государств, так как серьезные расхождения в праве препятствуют успешному взаимодействию между странами.

Гармонизация может быть *односторонней* или *взаимной*. При односторонней гармонизации право одного государства адаптируется к праву другого государства. Все *перечисленные варианты гармонизации относятся к односторонней*. При *взаимной гармонизации участники принимают на согласованной основе меры к сближению права*.

Гармонизация может быть *национальной* и *международной*.

Национальная гармонизация осуществляется исключительно с использованием национально-правовых средств; международная — осуществляется с использованием международных средств, в том числе международно-правовых. *Гармонизация на национально-правовой основе всегда односторонняя*: государство в свое национальное право вводит отдельные нормы иностранного права, или целые комплексы норм, или целые законы.

Международная гармонизация всегда взаимная. Это относительно новый способ, получивший большое распространение к концу XX в.,

и осуществляется он преимущественно с помощью механизмов международных, в том числе межправительственных, организаций. Это характерная черта современного процесса гармонизации права. Она происходит в форме резолюций международных органов и организаций. Успехом пользуется такое средство, как создание модельных или типовых законов. Примером подобной гармонизации на универсальном уровне может быть подготовленный ЮНСИТРАЛ Типовой закон о международном коммерческом арбитраже. Он одобрен резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 11 декабря 1985 г. и рекомендован государствам для принятия соответствующих законов. Почти 50 государств приняли национальные законы о международном коммерческом арбитраже: Австралия, Болгария, Венгрия, Канада, Украина и др. (см. об этом в гл. 20). К числу этих государств относится и Россия, принявшая соответствующий Закон в 1993 г.

Означают ли рассмотренные факты, что в определенном круге государств произошла унификация норм права, регулирующих международный коммерческий арбитраж? Следует ответить отрицательно. Типовой закон имеет рекомендательный характер, он используется государствами в качестве основы для своего законодательства. При этом государства адаптируют его нормы к своему национальному праву, внося в него нужные изменения. В результате появляются *похожие законы, но не одинаковые*. Происходит сближение права разных государств, но не унификация.

Кроме Типового закона о международном коммерческом арбитраже, ЮНСИТРАЛ разработал еще несколько типовых законов: «О международных кредитовых переводах» 1992 г., «Об электронной торговле» 1996 г., «О трансграничной несостоятельности» 1997 г.

На региональном уровне необходимо отметить Модельный гражданский кодекс, принятый Межпарламентской ассамблеей государств — участников СНГ в 1994—1996 гг. в качестве рекомендательного законодательного акта для СНГ. Он состоит из систематизированных норм, предназначенных для регулирования соответствующих отношений. Этот модельный акт также не является юридически обязательным документом. Он служит лишь основой для национальных правовых актов, что привело к созданию похожих, но не одинаковых законов, т. е. к сближению, гармонизации права, но не унификации (кодексы были приняты в Армении, Белоруссии, Казахстане, Киргизии, Узбекистане). Такой вывод подтверждается Регламентом Межпарламентской ассамблеи СНГ, ст. 15 которого раскрывает природу модельного акта: под модельным законом понимается *рекомендация законопроекта* Ассамблеей парламентам стран-участниц, принимаемая в целях согласования правовой политики и *сближения законодательства*.

Иногда основой гармонизации становится международный договор. Речь идет о государствах, не участвующих в договорах. Нет никаких

препятствий для неучаствующих государств включить нормы договора в свое национальное право. Но в этом случае договор действует в качестве не юридически обязательного акта, а типовой модели.

Исходя из изложенного можно сделать несколько выводов относительно различий между унификацией и гармонизацией права.

1. Унификация представляет собой установление одинаковых норм в юридически обязательной для государств форме, т. е. в форме договора. В них формулируются нормы, которые государства обязаны без всяких изменений применять во внутренней правовой системе. Гармонизация — более простой и более мягкий процесс, он не опосредуется твердыми международно-правовыми обязательствами. Чаще всего это односторонний процесс. Но даже взаимная гармонизация, роль которой будет возрастать, осуществляемая с использованием международно-правовых механизмов межправительственных организаций, не сопровождается юридическими обязательствами.

2. Различие формы приводит к различным результатам. Только унификация ведет к созданию одинаковых норм в национальном праве разных государств, а гармонизация — лишь к сближению права, к устранению противоречий: нормы разных государств могут быть похожими, даже словесно совпадающими, но разными.

3. Природа и место норм в национальной системе, созданных в процессе унификации и гармонизации, также различны. Унифицированные нормы в национальном праве выступают как специальные, поскольку вся их жизнь, от создания до прекращения, связана с международным договором. Отсюда особый порядок их применения. Напротив, в процессе гармонизации происходит развитие национального права. В него включаются нормы (либо заимствованные у других государств, либо предусмотренные типовыми законами или другими международными актами), адаптированные к национальной правовой системе, принимаемые в форме национальных законодательных актов. Они ничем не отличаются от других норм национального права и применяются в общем порядке. Они получают реальное содержание в контексте национального права. Это может привести к тому, что даже одинаковые по форме нормы будут иметь разное содержание в праве разных государств.

4. Отсюда и различный механизм применения тех и других норм при регулировании трансграничных частноправовых отношений. Унифицированные материальные нормы снимают коллизионный вопрос и применяются непосредственно. Гармонизированные нормы не снимают коллизионную проблему. Каково бы ни было реальное сближение права разных государств, как обширны бы ни были совпадения в праве (например, Кодекс Наполеона во Франции и Бельгии; см. об этом в гл. 1 учебника), коллизии между ними возникают: при регулировании

частноправовых отношений с международными характеристиками прежде всего необходимо выбрать применимое право.

5. Нет никакой необходимости давать сравнительную оценку значимости обоих процессов для развития права современного общества. С одной стороны, казалось бы, унификация — наиболее радикальный вид сближения права, так как только она создает одинаковые нормы в праве разных государств. Но практика свидетельствует, что государства неохотно связывают себя жесткими юридическими обязательствами. Многие принятые конвенции десятилетиями не вступают в силу или действуют в незначительном круге государств. Напротив, гармонизация как более простой процесс, не связывающий государства жесткими юридическими обязательствами, оказывается более предпочтительной и реально способствует сближению права.

Дополнительная литература

Бахин С. В. Субправо. СПб., 2002.

Вилкова Н. Г. Унификация коллизионных норм в рамках СНГ // Журнал российского права. 1997. № 10.

Доронина Н. Г. Унификация и гармонизация права в условиях международной интеграции // Журнал российского права. 2000. № 6.

Волова Л. И. Унификация международного частного права в рамках УНИДРУА // Российский ежегодник международного права. 2005. СПб., 2006.

Дубовицкая Е. А. Сближение национального корпоративного права государств Европейского Сообщества // Международное публичное и частное право. 2003.

Проблемы унификации международного частного права: монография / отв. ред. А. Л. Маковский, И. О. Хлестова. М., 2012.

Глава 5 КОЛЛИЗИОННЫЕ НОРМЫ

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации 2001 г.; Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г.; Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г.; Гражданский кодекс Греции 1940 г.; Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (Чехия); Международное частное право 2011 г. (Польша); Федеральный закон «О международном частном праве» 1978 г. (Австрия); Указ № 13 о международном частном праве 1979 г. (Венгрия); Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ред. 2000 г.; Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г.; Закон о международном частном праве 2002 г. (Эстония); Гражданский кодекс Вьетнама 1995 г.; Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995 г.; Закон Украины о международном частном праве 2005 г.; Кодекс Бустаманте 1928 г.; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ); модельный Гражданский кодекс 1996 г. (СНГ).

5.1. Понятие коллизионных норм

Как уже было рассмотрено в предыдущих главах, основное содержание международного частного права сводится к коллизионной проблеме и ее разрешению. Поэтому коллизионные нормы, с помощью которых главным образом разрешается такая проблема, являются центральным институтом этой правовой отрасли независимо от того, как в доктрине определяются ее понятие, природа, источники. Коллизионные нормы решают коллизионную проблему на основе выбора частного права того или иного государства, с которым связаны элементы правоотношения.

Коллизионная норма — это норма, определяющая, право какого государства должно быть применено к данному частноправовому отношению, осложненному иностранным элементом. Отсюда главная ее особенность: коллизионная норма сама по себе не дает ответа на вопрос, каковы права и обязанности сторон данного правоотношения, а лишь указывает компетентный для этого правоотношения правопорядок, определяющий права и обязанности сторон. Отсюда вытекает

вторая особенность коллизионной нормы: как норма отсылочная она применяется только вместе с теми материальными частнопрововыми нормами, к которым отсылает. Особая природа коллизионных норм предопределяет специфику их строения и применения.

Структура коллизионной нормы отвечает функциональному назначению коллизионного права, призванного обеспечить выбор права, компетентно регулировать частное правоотношение, осложненное иностранным элементом. Она состоит из двух элементов: *объема* и *привязки*. Объем — это указание вида частного правоотношения с иностранным элементом; привязка — это указание на право, подлежащее применению к данному правоотношению.

Такое двухчленное строение коллизионной нормы соответствует структуре правовых норм вообще, которые состоят из двух частей — *гипотезы* и *диспозиции* (или гипотезы и санкции). Теория права исходит из того, что традиционная трехчленная структура (гипотеза, диспозиция, санкция) характеризует лишь так называемую логическую норму, устанавливаемую путем логического анализа действующего права. Реальная же правовая норма, выраженная в тексте нормативного акта, имеет двухчленную структуру — гипотеза и диспозиция (или гипотеза и санкция)¹. Точно так же логическая коллизионная норма имеет трехчленную структуру. Ее третий элемент — санкция — лежит в сфере частного права. Например, признание соглашения сторон о выборе права недействительным, возмещение причиненных убытков и т. д.²

Гипотеза — часть нормы, указывающая на те условия, т. е. фактические обстоятельства, при наличии которых применяется норма; диспозиция — часть нормы, указывающая на те юридические последствия, которые наступают при наличии предусмотренных в гипотезе условий. Эти же два элемента присутствуют и в коллизионных нормах, но исторически имеют иные названия. Объем (гипотеза) коллизионной нормы, указывая вид частных правоотношений с иностранным элементом, определяет условия, при которых эта норма применяется. Привязка (диспозиция) указывает на юридические последствия, которые наступают при возникновении данного частного правоотношения и которые заключаются в выборе права, подлежащего применению.

Например, согласно п. 1 ст. 1224 ГК РФ «отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства». Данная статья не устанавливает права и обязанности участников наследственных отношений, а отсылает к праву государства

¹ См.: Алексеев С. С. Общая теория права. М., 1982. Т. 2. С. 53.

² См.: Садиков О. И. Коллизионные нормы в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1982. М., 1983. С. 207.

места жительства наследодателя. Это коллизийная норма, состоит она из двух элементов: объема — «отношения по наследованию», привязки — «определяются по закону той страны, где наследодатель имел последнее место жительства».

В приведенном примере коллизийная норма по своей форме очень простая, ее структурные элементы легко вычленить. Однако *часто коллизийные нормы включают различные дополнительные условия их применения*, поэтому для вычленения их структурных элементов необходим предварительный тщательный анализ нормативного текста. Обратимся к п. 1 ст. 1219 ГК РФ: «К обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда. В случае, когда в результате такого действия или иного обстоятельства вред наступил в другой стране, может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране».

В этом пункте две коллизийные нормы. Объем первой нормы — обязательства, возникающие вследствие причинения вреда. Однако этот объем конкретизируется в ст. 1220, которая называется «Сфера действия права, подлежащего применению к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда». Она содержит шесть пунктов: 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред; 2) возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда; 3) основания ответственности; 4) основания ограничения ответственности и освобождения от нее; 5) способы возмещения вреда; 6) объем и размер возмещения вреда. Сфера действия применимого права — это круг вопросов, которые должны решаться по праву государства, указанного в привязке. Поэтому реальная формулировка объема первой коллизийной нормы не совпадает с формулировкой ч. 1 рассматриваемой статьи, так как она дополнительно включает в себя все пункты, перечисленные в ст. 1220. К этому рассмотренному объему следует привязка: «применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда».

Более сложно сформулирован объем второй коллизийной нормы. Прежде всего в него полностью входит объем первой нормы: обязательства, возникшие вследствие причинения вреда, включая все шесть перечисленных в ст. 1220 пунктов. Но этот объем дополняется двумя условиями. Первое условие — «Если стороны... имеют место жительства или основное место деятельности в одной и той же стране...». К нему сформирована своя привязка: «право этой страны». Второе условие — «Если стороны данного обязательства

имеют место жительства или основное место деятельности в разных странах, но являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны...», к нему также сформирована своя привязка: «применяется право этой страны».

Наличие в данной норме дополнительных условий, т. е. фактических обстоятельств, при которых норма может быть применена, подразумевает, что объем коллизионной нормы является не чем иным, как гипотезой. Таким образом, *объем — это часть коллизионной нормы, указывающая на круг частноправовых отношений международного характера, подлежащих правовой регламентации.*

Традиционно объем соответствует конкретному частноправовому институту: наследственные отношения, договорные обязательства, деликтные обязательства, заключение брака и т. д. Однако частноправовые отношения, возникающие в международной среде, столь обширны и разнообразны, что появилась потребность в *дифференциации объема, подчас детальной.* Такая дифференциация идет не только по институтам, подинститутам (например, по каждому договору), по отдельным вопросам. Часто один и тот же вопрос дополняется конкретным рядом условий в нескольких вариантах, что приводит к появлению все новых объемов. Поскольку каждому объему коллизионной нормы, даже если различия незначительны, соответствует своя коллизионная привязка, то *дифференциация объемов приводит к увеличению числа коллизионных норм и усложнению системы коллизионного права государства.*

Примером сказанному может служить разд. VI Гражданского кодекса РФ, в котором серьезно расширена и усложнена система коллизионных норм в области гражданско-правовых отношений международного характера, в том числе и в результате изменений, внесенных в 2013 г. Так, частично рассмотренная выше ст. 1219 устанавливает коллизионные правила выбора права по кругу отношений, связанных с обязательствами, возникшими вследствие причинения вреда. Общий объем «обязательств, возникших вследствие причинения вреда», с учетом шести пунктов, установленных в ст. 1220, конкретизируется введением дополнительных условий, в результате чего ст. 1219 содержит шесть коллизионных норм с пятью уточненными объемами, каждому из которых следует своя коллизионная привязка.

Первые четыре рассмотрены выше. Пятая норма относится к обязательствам из причинения вреда, если обязательство тесно связано с договором между потерпевшим и причинителем вреда, в этом случае применяется право, подлежащее применению к договору. Шестая привязка (п. 4 рассматриваемой статьи) является главной и отменяет все рассмотренные выше привязки — право, избранное сторонами; все вышерассмотренные привязки применяются только тогда, когда стороны не выбрали право.

Таким образом, *первая тенденция* развития коллизионного права начала XXI в. — это *углубляющаяся дифференциация объемов коллизионных норм и соответственно резкое увеличение последних*, что соответствует многообразию и сложности регулируемых отношений. Она подтверждается практикой кодификации международного частного права европейских стран, англо-американской доктриной и практикой и нашла отражение в российском праве: в Семейном кодексе, Кодексе торгового мореплавания и в еще большей степени в разд. VI Гражданского кодекса.

5.2. Виды коллизионных норм

Классификация коллизионных норм определяется объективным критерием, лежащим в ее основе. Причем основная классификация связана с особенностями коллизионных привязок.

Наиболее существенной является *классификация по форме коллизионной привязки*. По этому признаку различают *односторонние* и *двусторонние* коллизионные нормы. *Односторонняя* — это такая норма, привязка которой прямо называет право страны, подлежащее применению (российское, украинское, польское, английское и т. д.). Как правило, односторонняя норма указывает на применение права своей страны (российская коллизионная норма указывает на применение российского права).

Согласно абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК РФ наследование имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, определяется по российскому праву. Объем этой нормы — отношения по наследованию имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, а привязка определяется по российскому праву. Как видим, привязка прямо указывает на применение российского права, и поэтому коллизионная норма является односторонней.

Международное частное право различных стран довольно часто использует односторонние коллизионные нормы. На основе односторонних норм сложилось французское коллизионное право. Реже к односторонним нормам обращаются международные договоры. *Более типична двусторонняя коллизионная норма. Ее привязка не называет право конкретного государства, а формулирует общий признак (принцип, правило), используя который можно выбрать право.* Поэтому привязку двусторонней нормы называют *формулой прикрепления*.

Рассмотренный выше п. 1 ст. 1224 ГК РФ является примером такой нормы. Привязка ее формулирует общий признак — последнее место жительства наследодателя. Выбор права будет зависеть от фактических

обстоятельств: если умерший в момент смерти проживал во Франции, то следует применить к наследственным отношениям французское право, если он проживал в России — российское право. Следовательно, *используя один и тот же признак, можно прийти к разному результату и выбрать либо свое собственное, либо иностранное право.*

Односторонние нормы часто не могут обеспечить решение многообразных вопросов, возникающих в практике. Например, в российском суде при рассмотрении наследственного дела возник спорный вопрос о правильности оформления сделки по поводу дома, входящего в наследственное имущество и расположенного на территории Франции. Вначале надо решить, по какому праву — российскому или французскому — нужно рассматривать форму сделки, т. е. выбрать право. В предшествовавшем российском законодательстве по данному вопросу была односторонняя коллизионная норма (абз. 3 п. 1 ст. 165 Основ гражданского законодательства 1991 г.), согласно которой форма сделок по поводу строений, находящихся в России, устанавливается по российскому праву. Однако спорное имущество находилось во Франции, а данная норма не определяла, какое право нужно применить, если спорное строение находится на территории иностранного государства. Подобный пробел может быть восполнен с помощью толкования. *В процессе толкования из односторонней нормы можно сформулировать двустороннюю.*

Для привязки двусторонней нормы характерно наличие общего признака, с помощью которого выбирается право. Поэтому при толковании и нужно такой признак найти, но при том, однако, условии, чтобы воля законодателя не была извращена. При анализе абз. 3 п. 1 ст. 165 Основ 1991 г. обращает на себя внимание, что законодатель связал форму сделки по поводу строения с российским правом потому, что строение находится на территории России. Этот факт — место нахождения строения — способен стать общим признаком для привязки двусторонней нормы, которая может быть сформулирована следующим образом: подчиняется праву того государства, на территории которого находится строение. С учетом этого двусторонняя норма будет выражена следующим образом: форма сделок по поводу недвижимого имущества подчиняется праву того государства, на территории которого оно находится. Такая норма, не извращая воли законодателя (если строение находится на территории России, выбирается российское право), создает правовое основание для выбора права, если строение расположено за пределами России. Такая норма сформулирована в п. 4 ст. 1209 ГК РФ относительно формы сделок в отношении недвижимого имущества, а также относительно наследования недвижимого имущества (абз. 2 п. 1 ст. 1224 ГК). В обоих случаях есть исключение, касающееся недвижимого имущества, внесенного в государственные реестры в РФ.

Механизм превращения односторонней нормы в двустороннюю посредством интерпретации сложился во французской судебной практике, которая вынуждена была решать разнообразные частные дела с иностранным элементом на базе весьма малочисленных коллизионных норм, содержащихся в Кодексе Наполеона. Главное значение для коллизионного права имела ст. 3 Кодекса, в которой сформулировано несколько базовых правил, определяющих случаи применения французского права, т. е. односторонние коллизионные нормы. Например, вопросы о недвижимости, находящейся на территории Франции, даже если она принадлежит иностранцам, решаются по французским законам; французские законы, касающиеся гражданской право- и дееспособности лиц, распространяются на французов, даже проживающих в иностранных государствах. Судебная практика посредством толкования вывела из этой статьи целую систему двусторонних коллизионных норм, с помощью которых определяются пределы применения иностранного права во Франции. Вот почему во Франции до сих пор основным источником коллизионного права является судебная практика.

С учетом того что односторонние нормы часто не отвечают потребностям регламентации всего многообразия частноправовых отношений международного характера, *современные кодификации международного частного права отказываются от использования односторонних коллизионных норм в качестве базовых правил для выбора компетентного правоупорядка. Это вторая тенденция развития коллизионного права, и она нашла отражение в новой российской кодификации.* Означенное не означает, что односторонние нормы перестали существовать. Они продолжают играть важную роль в системе коллизионных норм либо в качестве дополнительных, уточняющих привязок, либо когда с их помощью защищаются особо важные интересы государства, требующие применения отечественного права.

По форме выражения воли законодателя коллизионные нормы подразделяются на *императивные, диспозитивные и альтернативные.* *Императивные* — это нормы, которые содержат категорические предписания, касающиеся выбора права, и которые не могут быть изменены по усмотрению сторон частного правоотношения (п. 1 ст. 1224 ГК РФ является примером такой нормы). *Диспозитивные* — это нормы, которые, устанавливая общее правило о выборе права, оставляют сторонам возможность отказаться от него, заменить другим правилом. Диспозитивные нормы действуют лишь постольку, поскольку стороны своим соглашением не договорились об ином правиле. Диспозитивность проявляется в таких формулировках, как «стороны могут», «если иное не установлено соглашением сторон» и др.

Например, упомянутый выше п. 4 ст. 1219 ГК РФ предусматривает: «Правила настоящей статьи применяются, если между сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда, не заключено соглашение о праве, подлежащем применению к этому обязательству».

Альтернативные — это нормы, которые предусматривают несколько правил по выбору права для данного, т. е. указанного в объеме этой нормы, частного правоотношения. Правоприменительные органы, а также стороны могут воспользоваться любым из них (иногда в норме устанавливается определенная последовательность в применении этих правил). Однако достаточно, чтобы частное правоотношение было действительным по одному из закрепленных правил.

В качестве примера можно привести абзац 1 п. 1 ст. 1209: «Форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке. Однако сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если соблюдены требования права страны места совершения сделки к форме сделки». Объемом этой коллизионной нормы является «форма сделки». К нему предусмотрены две альтернативные привязки: во-первых, право, подлежащее применению к сделке, и, во-вторых, право страны места совершения сделки. Вместе с тем, закон устанавливает жесткую последовательность их возможного применения. Главной привязкой является первая — форма сделки должна быть прежде всего рассмотрена по закону самой сделки. И только тогда, когда форма сделки не будет отвечать требованиям этого закона, что привело бы к ее недействительности, нужно применить право места совершения сделки. Если форма сделки будет соответствовать требованиям права страны места ее совершения, она должна быть признана действительной.

Следует обратить внимание на то, что альтернативность относится только к привязке — в ней может быть сформулировано несколько правил выбора права для одного вида частного правоотношения, указанного в объеме. Если в нормативном тексте есть несколько объемов (например, один вид частного правоотношения, но дифференцированный по каким-либо дополнительным условиям), то в таком тексте будет уже столько коллизионных норм, сколько сформулировано объемов (каждому из них предназначена своя привязка). Поэтому анализ таких коллизионных норм бывает непростым.

В свою очередь, *альтернативные нормы также различаются между собой в зависимости от характера связи между альтернативами. Простая альтернативная коллизионная норма* — в ней все альтернативные

привязки равнозначны, любая из них может быть применена; обычно они соединяются союзом «или». *Сложная альтернативная коллизийная норма* — в ней альтернативные привязки соподчинены между собой. При этом выделяется *генеральная (основная) привязка*, которая формулирует общее главное правило выбора права, предназначенное для преимущественного применения, и *субсидиарная (дополнительная) привязка*, которая формулирует еще одно или несколько правил выбора права, тесно связанных с главным: она применяется тогда, когда главное правило по каким-либо причинам не было применено или оказалось недостаточным для выбора компетентного правопорядка. Примером таких норм может быть абз. 1 п. 1 ст. 1209 ГК РФ, рассмотренный в качестве альтернативной нормы. Но ее альтернативные правила не равнозначны, а соподчинены. Первая привязка право страны, которое применяет к самой сделке — это одновременно и генеральное правило, так как оно подлежит обязательному первоначальному применению. Вторая привязка, «закон места совершения сделки», — альтернативное и одновременно субсидиарное правило, так как оно применяется только тогда, когда главное оказывается недостаточным для решения вопроса о выборе права.

В существующих кодификациях и унификациях международного частного права широко применяется регулирование с помощью генеральных и субсидиарных норм¹. *Причем их система бывает довольно сложной: используются субсидиарные нормы первой, второй, третьей и т. д. степеней, т. е. субсидиарные к субсидиарным.* Часто субсидиарные нормы дополнительно детализируются по своему объему. В результате образуются последовательные цепочки, своего рода *ассоциации норм, основанных на внутренних связях.*

Такое новое качество коллизийного права нашло отражение в разд. VI ГК РФ. Оно особенно ярко выражено в регулировании договорных обязательств, предусмотренном в ряде взаимосвязанных статей (ст. 1210–1214).

Генеральная (основная) коллизийная норма содержится в п. 1 ст. 1210 ГК РФ, согласно которому «стороны договора могут... избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору». Возможность выбрать право, которое будет регулировать взаимные договорные обязательства сторон, является главным коллизийным правилом, подлежащим преимущественному применению. Такая характеристика вытекает из ст. 1211, которая предусматривает применение к договорным обязательствам других коллизийных привязок, но только

¹ См.: Кабатова Е. В. Кодификация международного частного права в странах Западной Европы // Советское государство и право. 1991. № 8.

«при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве». В частности, «...применяется право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора». Это — субсидиарная коллизионная норма первой степени. Она применяется для всех договорных обязательств, но конкретизируется для разных видов договоров в виде коллизионных привязок: для договора купли-продажи — право страны продавца, для договора дарения — право страны дарителя, для договора аренды — право страны арендодателя и т. д., всего 18 договоров. Все они подразумевают применение закона места жительства или основного места деятельности одной из сторон договора (продавца, подрядчика, комиссионера и т. д.) в момент заключения договора.

Таким образом, *третьей тенденцией* развития коллизионного права является *усложнение коллизионных привязок*. Она связана с общей целью — с устранением пробелов в правовом регулировании частных отношений международного характера и в обеспечении их адекватного и справедливого регулирования. Ассоциации коллизионных норм широко применяются в национальных кодификациях и международных договорах.

5.3. Основные коллизионные принципы

Как отмечалось в предыдущем параграфе, формула прикрепления — это привязка двусторонней коллизионной нормы. Применение формулы к конкретным фактическим обстоятельствам ведет к выбору права того государства, которое компетентно регулировать конкретное трансграничное частноправовое отношение, указанное в объеме этой нормы. Каждое государство создает свое коллизионное право, исходя из собственных интересов, из особенностей своего исторического, национального, культурного развития и т. д. Однако сколь бы ни были многочисленны и разнообразны формулы прикрепления, которые используются государствами единолично при построении своей национальной системы коллизионного права или совместно в процессе международно-правовой унификации коллизионных норм, все они строятся на некоторых одинаковых правилах, сложившихся в течение многовековой практики развития коллизионного права разных государств и взаимных влияний. Их называют *коллизионными принципами, коллизионными критериями* или *типами коллизионных привязок*. Это наиболее типичные, максимально обобщенные правила, которые чаще всего используются для построения коллизионных норм.

1. Личный закон (*lex personalis*) — наиболее распространенная формула прикрепления, применяемая для разрешения коллизий законов разных государств. Существует два варианта личного закона: а) *национальный закон*, или *закон гражданства (*lex nationalis, lex patriae*)*, означает применение права того государства, гражданином которого является участник частноправового отношения; б) *закон места жительства (*lex domicilii*)* означает применение права того государства, на территории которого участник частноправового отношения проживает. Личный закон — это закон физических лиц и поэтому используется прежде всего для определения правового положения физических лиц — субъектов частноправовых отношений: право- и дееспособности, личных прав (права на имя, место жительства, на честь и т. п.). Широко применяется личный закон в сфере брачно-семейных и наследственных отношений, в частности по поводу движимого имущества.

Разграничение между сферами применения закона гражданства и закона места жительства является преимущественно территориальным: исторически сложилось, что одни страны для регулирования перечисленных вопросов используют личный закон в форме закона гражданства, другие — в форме закона места жительства.

Считается, что в европейских странах, за исключением Норвегии, Дании, Исландии, в ряде латиноамериканских (Куба, Коста-Рика, Панама и др.) и арабских стран (Алжир, Египет и др.) действует коллизионный принцип гражданства. Напротив, в странах «общего права» (Великобритания, США, Канада, Индия и др.) действует принцип закона места жительства. Сюда же относятся и некоторые латиноамериканские страны (Аргентина, Бразилия и др.) и три указанных выше европейские страны. Наряду с этим существуют страны, в которых действует «смешанная система» личного закона, т. е. применяются оба его варианта. К ним относятся, в частности, Австрия, Швейцария, Венгрия, Мексика, Венесуэла и др.

Необходимо отметить, что в настоящее время изложенная схема теряет свою абсолютность и носит условный характер. Можно говорить о той или иной форме личного закона для соответствующего государства как об исходном коллизионном начале, имеющем преимущественное применение; все чаще она дополняется применением и другой формы этого закона. В результате все больший круг государств использует смешанную систему, что в значительно большей степени соответствует разнообразию регулируемых отношений. Переход к смешанной системе личного закона является характерной чертой современного развития международного частного права, что повышает его эффективность.

Обратимся в качестве примера к Франции, которая традиционно относится к странам, применяющим к личному статусу лица закон его гражданства. В соответствии с этим расторжение брака, в частности, рассматривается по закону гражданства супругов. Последовательное применение этого правила при разном гражданстве супругов для решения всех вопросов, связанных с расторжением брака (возможность, основания расторжения и т. д.), требовало обращения к праву двух различных государств, в результате чего создавались ситуации, когда в отношении одного супруга (француза) брак расторгался, а в отношении другого супруга (например, итальянца) брак не расторгался. (В Италии только в 1970 г. был принят Закон о разводе, впервые разрешивший расторжение брака по предельно ограниченному числу оснований.) Возникали «хромяющие отношения», и закон гражданства не давал выхода из этого тупика. В конце концов судебная практика при сохранении общей генеральной нормы (расторжение брака подчиняется закону гражданства супругов) выработала субсидиарную коллизионную норму: если супруги не имеют общего гражданства, то применяется закон государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. Как видим, субсидиарно стала применяться вторая форма личного закона — закон места жительства (домицилия).

Смешанная система личного закона использована во всех новых кодификациях международного частного права. Характерным примером является венгерский Закон о международном частном праве 1979 г. *В качестве общего правила он использует обобщающую форму «личный закон».* В § 10 (1) записано, что «правоспособность, дееспособность и вообще личный статус, а также личные неимущественные права человека необходимо рассматривать согласно его лично - му закону». Затем законодатель уточняет понятие личного закона: во-первых, это закон того государства, гражданином которого человек является (*lex patriae*), во-вторых, это закон государства, на территории которого человек имеет место жительства (*lex domicilii*), если он бипатрид или апатрид (§ 11). Точно так же брачно-семейные отношения рассматриваются по «общему личному закону» участников (с учетом разъяснений, содержащихся в § 11), наследственные отношения — «по личному закону наследодателя» и т. д.

По такому же пути идет развитие российского коллизионного права. В российском праве еще с советских времен преимущественно использовался личный закон в форме закона места жительства. Вместе с тем в Основах гражданского законодательства 1991 г. для одного случая предусматривалось применение личного закона в форме закона гражданства: дееспособность иностранного гражданина определялась по закону страны, гражданином которой он является (п. 2 ст. 160). Уже

это давало формальное основание причислить Россию к странам со смешанной системой личного закона. Данная тенденция нашла свое развитие в новом Семейном кодексе РФ 1995 г., который широко использует обе формы. Принятие ч. 3 ГК РФ завершило переход нашего коллизионного права от закона места жительства к смешанной системе личного закона. В ГК РФ включена отдельная ст. 1195, озаглавленная «Личный закон», предусматривающая разные варианты личного закона в зависимости от ситуационных обстоятельств, причем основным является закон гражданства.

Таким образом, *переход к смешанной системе личного закона является еще одной тенденцией* современного развития коллизионного частного права, что повышает его эффективность.

2. Закон юридического лица (*lex societatis*) — формула прикрепления, широко используемая при решении коллизий законов, связанных с правовым положением иностранного юридического лица. *Она предусматривает применение права того государства, которому принадлежит юридическое лицо.* Так как его принадлежность государству выражается часто в термине «национальность» юридического лица, то данная формула иногда звучит как «закон национальности юридического лица».

Право различных государств неодинаково решает вопросы о том, в каких случаях объединения, вступающие в гражданско-правовые отношения, являются юридическими лицами, каков объем их правоспособности, каковы пределы полномочий и ответственности должностных лиц и органов юридических лиц и т. д. Поэтому, когда в частноправовые отношения вступают иностранные юридические лица, нужно выбрать право государства, которое будет компетентно ответить на все эти и другие подобные вопросы.

Мировая практика единодушно обращается в таких случаях к праву государства, которому юридическое лицо принадлежит. Последнее образует личный статут юридического лица, обладающий экстерриториальностью: он следует за юридическим лицом независимо от того, где оно осуществляет свою деятельность. Другое дело, что в праве разных государств по-разному определяется государственная принадлежность юридических лиц. Как правило, используются два критерия — *оседлости* (в разном толковании) и *инкорпорации*. Критерий инкорпорации применяется в российском международном частном праве (подробнее об этом будет рассмотрено в главе о юридических лицах).

3. Закон местонахождения вещи (*lex rei sitae*) — одна из первых формул прикрепления, сложившихся в практике международного частного права. *Она означает применение права того государства, на территории которого находится вещь, являющаяся объектом частноправовых отношений.* Если сущность этой формулы прикрепления не изменилась с древних времен (правда, менялось юридико-философское обоснование ее применения), то сфера ее использования серьезно изменилась.

Когда-то закон местонахождения вещи применялся исключительно к недвижимости, в настоящее время в сферу его действия включается и движимое имущество.

В целом по этому закону практически во всем мире определяется правовое положение имущества, как движимого, так и недвижимого. В частности, он решает следующие вопросы: может ли вещь быть объектом права собственности, юридическая квалификация вещи (движимая или недвижимая, делимая или неделимая, отчуждаемая или неотчуждаемая и т. д.), порядок возникновения, изменения и прекращения права собственности и иных вещных прав, содержание вещных прав. Считается, что общепринятое применение закона местонахождения вещи к перечисленным вопросам обусловлено сложившимся международно-правовым обычаем. К этому закону прибегают даже тогда, когда он не зафиксирован в национальном законодательстве соответствующего государства. Применение закона местонахождения вещи предусмотрено и в разд. VI ГК РФ в статьях, определяющих право, подлежащее применению к вещным правам (ст. 1205, 1206, 1213).

В конструкции закона местонахождения вещи «местонахождения вещи» понимается как реальная, физическая категория, т. е. право того государства, на территории которого вещь реально находится. Есть три исключения: 1) если все фактические действия, необходимые для возникновения какого-либо вещного права, полностью совершились на территории того государства, где вещь находится, а затем она будет перемещена на территорию другого государства, то возникшие вещные права будут обсуждаться по праву государства, где соответствующие действия совершались, а не по праву государства, где вещь реально находится; 2) правовое положение вещей, занесенных в государственный реестр, независимо от того, где вещь реально находится, определяется правом страны, где она внесена в реестр; 3) место нахождения вещи, находящейся в пути (*res in transitu*), постоянно меняется, и поэтому для определения ее правового режима в случае необходимости используется искусственная привязка: или закон места отправки вещи, или закон места назначения (в России — закон места отправки, п. 2 ст. 1206 ГК РФ).

4. Закон, избранный сторонами гражданского правоотношения (*lex voluntatis*), означает применение права того государства, которое выберут сами стороны — участники частного правоотношения. Такой способ выбора права используется преимущественно в одной группе частных правоотношений — в договорных обязательствах. Хотя эта формула прикрепления возникла относительно недавно (конец XIX в.), она в настоящее время является общепризнанной. Как национальное коллизионное право, так и международные договоры исходят из того, что при решении всех коллизионных вопросов в сфере договорных обязательств решающей является воля сторон. Данная формула прикрепления, называемая еще «автономией воли», в российском коллизионном праве

выражена в ст. 1210 ГК РФ, в п. 1 которой сказано: «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору». Из содержания статьи видно, что воля сторон договора в выборе права пользуется приоритетом, другие способы выбора права, предусмотренные в последующих статьях, применяются только при отсутствии соглашения сторон.

5. Закон места совершения акта (*lex loci actus*) — формула прикрепления, означающая применение права того государства, на территории которого совершен частноправовой акт (например, составлено завещание, выписана доверенность, заключен брак и т. д.). Это обобщенная формула прикрепления, и в таком виде она используется нечасто. Классический случай применения данной формулы в обобщенном виде — при разрешении коллизий законов, связанных с формой частноправового акта: форма акта подчиняется закону места совершения (*locus regit formam actus*). Частноправовой акт — это широкое понятие, охватывающее многообразные частноправовые действия. Поэтому данная формула конкретизируется в зависимости от того, о каком виде акта идет речь. Существует несколько наиболее часто встречаемых вариантов закона места совершения акта.

5.1. Закон места совершения договора (*lex loci contractus*) — наряду с законом местонахождения вещи является одной из первых привязок, исторически сложившихся в коллизионном праве, и означает применение права государства, где заключен договор. Используется данная привязка для регулирования обязательств, вытекающих из частноправовых договоров: купли-продажи, подряда, мены и пр. Несмотря на кажущуюся простоту закона места совершения договора, применяется он в международной практике все реже. Дело в том, что с появлением и совершенствованием современных средств связи договоры все чаще заключаются между отсутствующими сторонами путем переписки. В результате договор потерял реальную, физическую связь с территорией какого-либо государства.

Место заключения договора из физической, объективной категории превратилось в юридическую категорию, по-разному трактуемую в праве разных государств. Например, в англо-американском праве используют так называемую концепцию «почтового ящика», согласно которой договор считается заключенным в том месте, откуда отправлен акцепт.

В странах Европы, в том числе в России, напротив, считается, что договор заключен в том месте, где получен акцепт. В результате договор, заключенный по переписке между российским и английским контрагентами, в случае когда акцепт отправлен из Москвы и получен в Лондоне, юридически вообще не будет иметь своего места заключения. С другой стороны, когда акцепт отправлен из Лондона в Москву, договор будет иметь два юридических места заключения. Этот пример

достаточно ярко свидетельствует о юридических сложностях, которые могут возникнуть при обращении к закону места заключения договора, что привело к сужению сферы его действия.

Тем не менее в ряде стран (например, в Египте, Испании, Латвии, Литве и др.) традиционно применяется закон места заключения договора либо в качестве основной, либо дополнительной коллизионной привязки для решения коллизионных вопросов обязательств, вытекающих из договоров. К таким странам до 1991 г. относилась и Россия, Гражданский кодекс которой subsidiarily к воле сторон предусматривал применение закона места совершения внешнеторговой сделки (ч. 1 ст. 566 ГК РСФСР). С введением Основ гражданского законодательства 1991 г. эта статья перестала действовать. Не используется данная формула прикрепления и в новом Гражданском кодексе. Однако она используется в международных договорах с участием России. Например, в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., заключенном в рамках СНГ, закреплено, что «права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места совершения сделки, если иное не предусмотрено соглашением сторон» (п. «е» ст. 11).

5.2. Закон места исполнения договора (*lex loci solutionis*) означает применение права того государства, где обязательство, вытекающее из договора, подлежит исполнению. Как формула прикрепления закон места исполнения обязательства используется так же, как и предыдущий, для регулирования договорных частноправовых обязательств. В таком виде эта формула прикрепления сложилась и применялась в немецком праве. Обращается к этой привязке Закон о международном частном праве и процессе, принятый Турцией в 1982 г. Его ст. 24 устанавливает, что если стороны не выбрали право, то применяется «право места исполнения, а при нескольких местах исполнения — право исполнения того действия, которое образует центр тяжести обязательственного правоотношения».

Чаще же всего закон места исполнения используется в более узкой трактовке — как закон места фактической сдачи товара или места совершения платежа для регламентации такого комплекса вопросов, как порядок сдачи товаров (форма сдаточно-приемного акта, день и время дня, когда может состояться сдача-приемка и т. д.) и порядок осуществления платежа, в том числе форма и содержание соответствующих платежных документов. Применяется означенная формула прикрепления и при выборе компетентного правопорядка для отдельных договоров. Например, в подп. 1 п. 4 ст. 1211 ГК РФ предусмотрено, что если стороны не выбрали право, то в отношении договора строительного подряда и договора на выполнение проектных и изыскательских работ применяется право страны, где в основном создаются предусмотренные договором результаты.

5.3. Закон места совершения брака (*lex loci celebrationis*) означает применение права того государства, на территории которого заключен брак. Это очень распространенная формула прикрепления. Она используется, как правило, при регулировании вопросов, связанных с формой заключения брака. Однако некоторые страны используют эту привязку более широко, в том числе для определения условий вступления в брак, действительности заключенного брака и др. Такой подход был характерен для российского права. Однако Семейный кодекс РФ 1995 г. отказался от тотального применения этой формулы прикрепления, оставив для нее главным образом форму брака.

5.4. Закон места причинения вреда (*lex loci delicti commissi*) означает применение права того государства, на территории которого был причинен вред. Используется эта привязка для выбора права, компетентного регламентировать обязательства, возникающие вследствие причиненного вреда (деликтные обязательства). Рост международного туризма и международных транспортных операций увеличивает число деликтных обязательств, осложненных иностранным элементом, что расширяет сферу применения данной формулы прикрепления.

Принцип закона места причинения вреда выражен в п. 1 ст. 1219 ГК РФ, который устанавливает, что к обязательствам, возникающим вследствие причинения вреда, применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда.

5.5. Одним из признанных вариантов закона места совершения акта является его применение для разрешения коллизий законов, связанных с формой гражданско-правового акта. *Форма акта (сделки, договора) определяется по закону места его совершения (*locus regit actum*)*. Это правило используется и в российском международном частном праве. Например, вторая часть п. 1 ст. 1209 ГК РФ. Точно такое же правило применяется к форме доверенности (абз. 2 того же пункта).

6. Закон страны продавца (*lex venditoris*) означает применение права того государства, которому принадлежит продавец. Это относительно новая (нормативное закрепление получила во второй половине XX в.), но наиболее распространенная формула прикрепления, используемая для регулирования договорных обязательств. Она была положена в основу Гагской конвенции 1955 г. о праве, применимом к международной продаже товаров.

Первыми национально-правовыми актами, в которых закон страны продавца был применен для разрешения коллизий в сфере обязательственного права, были чехословацкий Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (§ 10) и польский Закон о международном частном праве 1965 г. (ст. 27). Впоследствии эта формула разрешения коллизий была применена в Законе о международном

частном праве Венгрии 1979 г. (§ 25), в Законе о разрешении коллизий между законом и нормами иностранного права в определенных правоотношениях Югославии 1982 г. (ст. 20), Законе о международном частном праве Австрии 1978 г. (§ 36), а также в Общих условиях поставок товаров 1968/1988 гг., в Гаагской конвенции о праве, применимом к международной купле-продаже, 1986 г. и в других актах.

Закон страны продавца используется в *двух значениях*. *Во-первых, он применяется в дословном его значении*: к договору купли-продажи, права и обязанности сторон которого регулируются правом страны продавца. В таком узком смысле он применен в обеих Гаагских конвенциях (1955 и 1986 гг.) и в Общих условиях поставок товаров 1968/1988 гг.

Во-вторых, он применяется в широком значении.

Принцип закона страны продавца, согласно которому к договору купли-продажи применяется право той стороны (продавца), чье обязательство составляет специфику этого договора, стал использоваться и для других частноправовых договоров. В результате сложилось *широкое понимание закона страны продавца как права того государства, которому принадлежит сторона в договоре, чье обязательство составляет специфику, главное содержание этого договора, или сторона, осуществляющая решающее исполнение*. В таком узком и широком понимании закон страны продавца закреплен во внутреннем праве разных государств, в том числе и в России.

В российском праве впервые закон страны продавца в узком и широком смысле был применен в Основах 1991 г. Согласно абз. 2 ст. 166 при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, являющаяся: продавцом — в договоре купли-продажи (узкое значение); наймодателем — в договоре имущественного найма; хранителем — в договоре хранения и т. д. (всего 12 договоров), что свидетельствует об использовании закона страны продавца в широком значении. Такой вывод подтверждается п. 5 ст. 166, который дополнительно указывает, что к неперечисленным договорам применяется право страны, где учреждена, имеет место жительства или основное место деятельности сторона, «которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания такого договора». Аналогичное положение закреплено в ст. 1211 ГК РФ.

7. Закон наиболее тесной связи (*Proper Law*) означает применение права того государства, с которым данное правоотношение наиболее тесно связано. Чаще всего эта формула прикрепления используется тогда же, когда и закон страны продавца, для решения коллизионных вопросов

в сфере договорных обязательств. Но иногда ее используют в качестве принципа регулирования всех частноправовых отношений с иностранным элементом. Примером такого подхода является Закон о международном частном праве Австрии 1978 г., первый параграф которого устанавливает общее правило, заключающееся в том, что правоотношения с иностранным элементом подчиняются правопорядку, с которым имеется наиболее тесная связь¹.

Сложилась эта формула прикрепления в теории и практике англо-американского международного частного права и применялась для выбора права к договорным обязательствам, поэтому ее принято обозначать как *Law of the Contract* или *Proper Law of the Contract*. Несмотря на неопределенность содержания и серьезные трудности фактического применения (правопорядок устанавливается путем толкования договора и всех относящихся к нему обстоятельств, что ведет к субъективизму правоприменительных органов), данная формула прикрепления не только сохраняет, но и расширяет свои позиции в международном частном праве. Обращается к ней и разд. VI ГК РФ, который закрепил данное правило в качестве основной субсидиарной формулы прикрепления к договорным обязательствам (п. 9 ст. 1211) и в качестве общего направления выбора компетентного правопорядка для всей совокупности гражданско-правовых отношений с иностранным элементом (п. 2 ст. 1186). Это новое для российского права коллизионное начало подробно рассмотрено в главе «Договорные обязательства в международном частном праве».

8. Закон суда (*lex fori*) — формула прикрепления, решающая коллизию права в пользу права того государства, где рассматривается частноправовой спор (в суде, арбитраже, третейском суде или в ином органе). Согласно этой формуле суд или иной правоприменительный орган должен руководствоваться правом своей страны, несмотря на наличие иностранного элемента в составе частноправового отношения.

Общепринятой сферой применения закона суда является международный гражданский процесс: суд, рассматривая гражданские дела с участием иностранного элемента, всегда руководствуется своим процессуальным правом (в порядке исключения он может применить нормы иностранного процессуального права, если это специально оговорено в законе или международном договоре). Однако в сфере международного гражданского процесса проблема выбора права отсутствует, поэтому закон суда здесь является не формулой прикрепления, а одним из принципов международного гражданского процесса.

¹ О принципах международного частного права см. гл. 1 настоящего учебника.

Как формула прикрепления закон суда находит свое применение в сфере любых видов частноправовых отношений и в этом качестве может подменить любую из существующих формул прикрепления. *Так, выражением закона суда являются односторонние коллизионные нормы.* Иногда закон суда встречается в качестве формулы прикрепления и используется в двусторонних коллизионных нормах.

Чаще закон суда в качестве привязки двусторонней коллизионной нормы использует международные договоры об оказании правовой помощи. По некоторым видам частноправовых отношений договоры прежде всего закрепляют правила подсудности (суды или иные правоприменительные органы какого государства вправе рассматривать споры, вытекающие из таких правоотношений), а затем устанавливается общее правило о применении права государства, органы которого рассматривают дело. Например, согласно ст. 25 Договора между Российской Федерацией и Эстонской Республикой о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 26 января 1993 г. по делам о признании безвестно отсутствующим и объявлении умершим или об установлении факта смерти компетентные учреждения Договаривающихся Сторон применяют законодательство своего государства.

Закон суда для решения коллизионных вопросов получил распространение в международных договорах по унификации морского частного права (например, в Конвенции ООН о морской перевозке грузов — Гамбургские правила)¹.

9. Закон места работы (*lex loci laboris*) — распространенная формула прикрепления, используемая для решения коллизий законов в сфере международных трудовых правоотношений. *Согласно этой формуле для регламентации всего комплекса трудовых правоотношений, осложненных иностранным элементом, применяется право страны, где осуществляется трудовая деятельность* (основным исключением из данного правила является форма трудового договора). Формула «закон места работы» закреплена в праве многих государств (например, Албании, Австрии, Венгрии, Испании, Словакии, ФРГ, Чехии, Швейцарии), в ряде международных договоров (например, в Римской конвенции о праве, применяемом к договорным обязательствам, 1980 г.). Правда, в практике нет единодушия, что понимать под местом работы. Чаще всего имеется в виду «обычное место работы» (например, п. 1–2 ст. 30 Вводного закона к ГГУ 1896 г. в ред. 1996 г.).

¹ См.: Иванов Г. Г., Маковский А. Л. Международное частное морское право. Л., 1984. С. 20–23.

В России *закон места труда* широко используется в международных договорах по различным аспектам экономического, научного и культурного сотрудничества или по привлечению и использованию иностранной рабочей силы¹.

10. Закон флага (*lex flagi*) означает право государства, флаг которого несет судно. Применяется он главным образом для решения коллизионных вопросов в сфере торгового мореплавания. Так, в Кодексе торгового мореплавания РФ 1999 г. значительная часть коллизионных норм построена на этой привязке. Законом государства флага судна должны регулироваться: право собственности и другие вещные права на судно (ст. 415), правовое положение членов экипажа (ст. 416), права на имущество, находящееся на затонувшем в открытом море судне (ст. 417), пределы ответственности судовладельца (ст. 426) и др.

Перечень рассмотренных формул прикрепления не является исчерпывающим — это наиболее типичные и обобщенные формулы, каждая из которых может проявляться в более конкретных вариантах.

Изложенное позволяет сделать общий вывод. Современные тенденции развития международного частного права нашли отражение в особенностях развития коллизионного права, что подтверждается новыми кодификационными актами в европейских странах и международными договорами, направленными на унификацию коллизионного права. Выше сформулированы по крайней мере четыре тенденции (перечень не является полным): 1) углубляющаяся дифференциация объемов коллизионных норм и соответственно резкое увеличение количества коллизионных норм; 2) отказ от использования односторонних коллизионных привязок в качестве базовых правил выбора компетентного правопорядка; 3) усложнение коллизионных привязок; 4) переход к смешанной системе личного закона физического лица.

Обобщая эти тенденции, можно выделить две основные особенности современного коллизионного права. Первая — стремление к отказу от жестких привязок, основанных на одном определенном критерии. Это не означает, что традиционные привязки, основанные на традиционных критериях, исчезают. Меняется их роль. Часто они используются в качестве дополнительных (субсидиарных) привязок (например, закон места совершения договора). В качестве же главного способа выбора права используются гибкие правила, дающие возможность учесть все конкретные обстоятельства дела, например выбор права, с которым данное правоотношение наиболее тесно связано (*Proper Law*).

Вторая особенность развития коллизионных привязок заключается в том, что для выбора права по одному вопросу используется не одна, а целая система взаимосвязанных привязок с целью обеспечить адекватное и справедливое регулирование всего многообразия международных

¹ См. гл. 17 настоящего учебника.

частноправовых отношений. В результате возникают целые цепи из генеральной и дополнительных коллизионных привязок, внутренне связанных.

Дополнительная литература

Звеков В. П. Гражданский кодекс РФ и некоторые проблемы коллизионного права // Проблемы международного частного права. Сборник статей. М., 2000.

Дмитриева Г. К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». М., 2002.

Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. М., 2002.

Толстых В. Л. Коллизионное регулирование в международном частном праве: проблемы толкования и применения раздела VI ч. 3 ГК РФ. М., 2002.

Глава 6

ОСОБЕННОСТИ ПРАВОПРИМЕНЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации 2001 г.; Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г.; Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г.; Гражданский кодекс Греции 1940 г.; Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (Чехия); Закон о международном частном праве 1965 г. (Польша); Федеральный закон «О международном частном праве» 1978 г. (Австрия); Указ № 13 о международном частном праве 1979 г. (Венгрия); Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ред. 2000 г.; Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г.; Закон об общих принципах Гражданского кодекса 1994 г. (Эстония); Гражданский кодекс Вьетнама 1995 г.; Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995 г.; Закон Украины о международном частном праве 2005 г.; Кодекс международного частного права — Кодекс Бустаманте 1928 г.; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ, Россия участвует)

Процесс регулирования гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, *состоит из двух взаимосвязанных стадий: первая* — разрешение коллизии права и выбор с помощью коллизионных норм компетентного правопорядка; *вторая* — применение норм избранного правопорядка. На каждой из этих стадий возникают специфические, требующие рассмотрения проблемы. На первой стадии возникают проблемы, связанные с применением коллизионных норм, т. е. проблемы, связанные непосредственно с процессом выбора права. Среди них: *проблема квалификации, обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства, выбор права и обход закона, множественность коллизионных привязок и др.*

На второй стадии специфические проблемы возникают тогда, когда в качестве применимого права избрано иностранное право. Иными словами, на второй стадии возникают *проблемы, связанные с применением иностранного права*. Если коллизия решена в пользу отечественного

права, то никаких специфических вопросов, как правило, не возникает. Несмотря на наличие иностранного элемента, в этом случае отечественное право будет применяться на основе общих правил правоприменительного процесса, установленных своим же правом.

Другое дело, когда коллизия решена в пользу иностранного права. В процессе применения иностранного права отечественные суды и другие правоприменительные органы неизбежно столкнутся с рядом специфических проблем. Среди них: *общий подход к пониманию иностранного права, установление содержания и толкование иностранного права, ограничения применения иностранного права и др.* Конечно, и при применении отечественного права к отношениям, осложненным иностранным элементом, также могут возникнуть какие-то дополнительные проблемы, например когда отношение окажется подчиненным праву разных государств: сделка в целом подчинена российскому праву на основе закона страны продавца, а последствия неуплаты долга должны определяться по швейцарскому праву, применение которого предусмотрели стороны на основе «автономии воли», исходя из того что платеж должен быть осуществлен в швейцарском банке. В этом случае возникает проблема адаптации российского и швейцарского права при совместном их применении. Но в конечном итоге и здесь дополнительная проблема возникла в связи с применением иностранного права.

Для решения обозначенных проблем в доктрине и практике международного частного права сложились определенные правила. В нынешнем российском праве *подобные правила в той или иной мере закреплены нормативно*. Прежде всего это ст. 1187–1194 ГК РФ. Предусмотренные данными статьями нормы не являются коллизионными. Но они тесно связаны с ними, так как сопровождают процесс выбора и применения компетентного права. И в этом плане они могут быть рассмотрены как общие начала правоприменения в международном частном праве.

6.1. Проблемы, связанные с применением коллизионных норм

6.1.1. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства

Проблема обратной отсылки (собираемый термин, включающий и отсылку к праву третьего государства) стала обсуждаться в доктрине международного частного права с XIX в.¹ Но до сих пор проблема не решена однозначно. Не существует единого подхода в законодательстве и судебной практике разных государств. В российской практике впервые проблема обратной отсылки решена законодательно в разд. VI ГК РФ (ст. 1190).

¹ См.: *Вольф М.* Международное частное право: пер. с англ. С. М. Рапопорт. М., 1948. С. 208 и след.

Возникновение проблемы обратной отсылки является следствием национальной природы коллизионного права: *различное содержание национальных коллизионных норм приводит к тому, что иностранное право, избранное на основании отечественной коллизионной нормы, отсылает обратно или к праву третьего государства*. В таком общем виде можно дать определение института обратной отсылки.

Например, после смерти российского гражданина, постоянно проживавшего в последние годы в Германии, возникли спорные наследственные отношения, которые стали предметом рассмотрения в российском суде. Российский суд, руководствуясь п. 1 ст. 1224 ГК РФ: «Отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства», — выбирает немецкое право, на основании которого он должен решить все спорные вопросы. Но иностранное право — это система права в целом, частью которого является и коллизионное право, в том числе и коллизионная норма по наследованию. Статья 25 п. 1 Вводного закона к ГГУ предписывает применять к наследственным отношениям «право государства, гражданином которого является наследодатель в момент смерти». Поскольку умерший был российским гражданином, то в соответствии с немецкой коллизионной нормой следует применить российское право для урегулирования спорных вопросов наследственных отношений.

Российская коллизионная норма отослала к немецкому праву, суд применил его, так как оно должно применяться «у себя дома» немецким судьей, а немецкий судья, руководствуясь немецкой коллизионной нормой, применил бы российское право. Произошла обратная отсылка.

Таков же механизм и отсылки к праву третьего государства. Например, у супругов — немецкого гражданина и российской гражданки, проживавших в Москве, родился ребенок, который по соглашению между родителями стал немецким гражданином. Брак был расторгнут, и по устной договоренности между родителями ребенок остался с отцом. Через какое-то время немецкий гражданин, получив новое назначение в своей фирме, переехал на место жительства в Алжир. Мать, потеряв возможность видеться с ребенком и не сумев договориться с отцом о возвращении ей ребенка, обратилась в российский суд по своему месту жительства с иском о возврате ребенка и об установлении его места жительства с матерью. Так как родители и ребенок не имеют общего места жительства, то суд, руководствуясь ст. 163 СК РФ: «При отсутствии совместного места жительства родителей и детей права и обязанности родителей и детей определяются законодательством государства, гражданином которого является

ребенок», — выбирает немецкое право, на основании которого он должен решить все спорные вопросы. Но так же, как и в первом рассмотренном примере, в систему избранного немецкого права входит и коллизийная норма касательно отношений между родителями и детьми. Статья 19 п. 2 Вводного закона к ГГУ предписывает в случае, если брак прекращен, применять к правоотношениям между родителями и детьми «право государства, в котором ребенок имеет свое постоянное место жительства». Ребенок проживает вместе с отцом в Алжире, и, следовательно, следует применить алжирское право.

Российская коллизийная норма отсылала к немецкому праву (отсылка к праву второго государства), российский суд применил немецкое право так, как его должен применить немецкий судья, а немецкий судья, руководствуясь немецкой коллизийной нормой, применил бы алжирское право. Произошла отсылка к праву третьего государства. Может произойти отсылка к праву и четвертого, и пятого и т. д. государства.

Существует два выхода из ситуации: 1) не обращать внимания на данную проблему и решать возникающие вопросы строго в соответствии со своими коллизийными нормами: раз коллизийная норма предписывает применение иностранного права, то и следует применить его материальные нормы; 2) найти какие-то возможности учитывать иностранные коллизийные нормы и стремиться к более гармоничному регулированию отношений, находящихся в правовом поле разных государств.

Гипотетически существует и третий выход: создание одинакового коллизийного права для всех государств — Международного коллизийного кодекса, о чем мечтали универсалисты еще в XIX в. На это направлена унификация коллизийных норм. Хотя результаты унификации уже значительны, но они явно недостаточны для того, чтобы разрешить проблемы, связанные с коллизией коллизийных норм.

Законодательство государств по-разному решает эту проблему, и в зависимости от особенностей ее решения можно выделить несколько групп.

1. Страны, законы которых предусматривают применение обратной отсылки в полном объеме (Австрия, Польша, Финляндия, Югославия). Наиболее показателен австрийский Закон о международном частном праве 1978 г., § 5 которого предусматривает: отсылка к чужому правопорядку охватывает и его коллизийные нормы; если чужой правопорядок отправляет назад, применяются австрийские материальные нормы; в случае отсылки к закону третьего государства применяются с учетом дальнейшего отсылок материальные нормы правопорядка, которые, со своей

стороны, уже никуда не отсылают или к которым было впервые отослано¹. Как видим, австрийский Закон предусматривает применение не только обратной отсылки к австрийскому праву, но и отсылки к праву третьего государства, четвертого и т. д. до тех пор, когда будет избрано право, которое, признав себя компетентным, никуда далее не отсылает. В случае возникновения замкнутого круга отсылок компетентным будет право, к которому произошла первая отсылка.

2. Страны, законы которых предусматривают применение только обратной отсылки — отсылки к своему собственному праву (Венгрия, Вьетнам, Испания, Иран, Лихтенштейн, Румыния, Япония и др.). Например, § 4 венгерского Закона о международном частном праве устанавливает: «Если согласно настоящему указу необходимо применить иностранный закон, то руководящими являются нормы применимого иностранного закона, непосредственно регулирующие данный вопрос. Однако если иностранный закон в данном вопросе отсылает к венгерскому закону, то с учетом этой нормы — следует применять венгерский закон»².

3. Страны, законы которых целиком отвергают всю проблему (Бразилия, Греция, Египет, Перу и др.). При этом либо указывается, что «применяются материальные нормы» избранного права, либо исключается применение норм международного частного права, т. е. коллизионных, избранного права. Например, согласно ст. 27 Гражданского кодекса Египта 1948 г. в случае отсылки к иностранному праву подлежат применению нормы внутреннего права соответствующего государства, «за исключением положений международного частного права»; согласно ст. 16 Вводного закона к Гражданскому кодексу Бразилии 1942 г., если подлежит применению иностранный закон, то применяются его положения «без учета какой-либо отсылки, сделанной им к другому закону»³.

Кроме того, есть какие-то промежуточные варианты; наконец, законы многих государств вообще эту проблему не решают.

Российский вариант решения обратной отсылки, предусмотренный в ст. 1190 ГК РФ, относится к одному из промежуточных вариантов: в качестве исключения возможно применение только обратной отсылки, т. е. отсылки к российскому праву, и только по ограниченному кругу гражданско-правовых отношений. Прежде всего Гражданский кодекс

¹ См.: *Марышева Н. И.* Новые иностранные законы о международном частном праве // ВНИИ советского законодательства. Законодательство зарубежных стран. Обзорная информация. М., 1987. Вып. 1. С. 12.

² *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 9.

³ Международное частное право. Иностранное законодательство / сост. А. Н. Жильцов, А. И. Муранов. М., 2001 (далее: *Жильцов А. Н., Муранов А. И.* Указ. соч.). С. 183, 298.

РФ в п. 1 ст. 1190 устанавливает общий принцип отрицательного отношения к институту обратной отсылки: «Любая отсылка к иностранному праву в соответствии с правилами настоящего раздела должна рассматриваться как *отсылка к материальному, а не коллизионному праву соответствующей страны* (выделено мною. — Г. Д.), кроме случаев, предусмотренных пунктом 2 настоящей статьи». Указание законодателя, что отсылка к иностранному праву должна пониматься как отсылка к материальному, а не коллизионному праву, исключает саму возможность возникновения проблемы обратной отсылки, включая отсылку к праву третьего государства.

Исключения из данного правила предусмотрены в п. 2, согласно которому «обратная отсылка иностранного права может приниматься в случаях отсылки к российскому праву, определяющему правовое положение физического лица (статьи 1195–1200 настоящего Кодекса)». Как видим, исключение касается только обратной отсылки в узком понимании — к российскому праву. В свою очередь, *отсылка к российскому праву ограничена двумя факторами. Во-первых*, она применима в ограниченной сфере гражданско-правовых отношений, а именно связанных с правовым положением физического лица. Причем эти отношения не только названы, но и перечислены указанием на определенные статьи. Поэтому данный перечень не может толковаться расширительно — он исчерпывающий.

Обратная отсылка к российскому праву применима при выборе компетентного права по следующим вопросам: 1) при определении правоспособности физического лица (ст. 1196); 2) при определении дееспособности физического лица (ст. 1197); 3) при определении прав физического лица на имя (ст. 1198); 4) при установлении опеки и попечительства (ст. 1199); 5) при признании физического лица безвестно отсутствующим и объявлении умершим (ст. 1200).

Во-вторых, применение обратной отсылки даже в этих ограниченных случаях не является императивным. Как сказано в п. 2 ст. 1190 ГК РФ, она *может приниматься*. Следовательно, в конечном итоге ее применение будет зависеть от воли правоприменительного органа.

Россия является участницей международных договоров, в которых содержатся правила об обратной отсылке. Так, Женевская конвенция о разрешении некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г., устанавливая, что применимым законом для определения способности лица обязываться по векселю является национальный закон лица, добавляет: если национальный закон отсылает к закону другой страны, то применяется этот последний закон (ст. 2). Следовательно, предписывается применение как обратной отсылки, так и отсылки к праву третьей страны. Поскольку нормы международного договора имеют преимущественное применение, то при выборе права, компетентного решить вопрос о способности лица обязываться

по векселю, российский суд обязан применять как обратную отсылку, так и отсылку к праву третьего государства.

Российская (советская) доктрина одобрительно относилась к применению обратной отсылки в целом и особенно отсылки к отечественному праву. Эта позиция была сформулирована уже в ранних работах наших наиболее известных специалистов по международному частному праву¹ и в последующем принципиально не менялась. Так, авторы учебника «Международное частное право», изданного в 1940 г., — И. С. Перетерский и С. Б. Крылов — сформулировали свою позицию следующим образом: если советская коллизионная норма отсылает к праву иностранному, то мы должны применить это право, применить точно и лояльно. Но там, где само иностранное право отказывается от регулирования, нет оснований расширять сферу его применения. Если наше право делает отсылку к иностранному закону, а последний содержит отсылку к нашему праву, то наше право и подлежит применению².

Таким образом, решение проблемы обратной отсылки ГК РФ в целом соответствует традициям российской школы, представители которой всегда ратовали за применение обратной отсылки к отечественному праву. При этом преобладают не теоретические, формально логические обоснования, а соображения целесообразности. Если отечественная коллизионная норма выбрала иностранное право, а оно отсылает назад, то такую отсылку нужно рассматривать как подарок и безусловно ее принять. Тем самым суд избавляется от проблем, связанных с применением иностранного права. Обратная отсылка — это юридико-техническая возможность отказа от применения иностранного права. Отсылка к праву третьего государства такого результата не дает, напротив, дополнительно осложняет процесс выбора компетентного правопорядка, поэтому лучше к ней не обращаться.

Институт международного права на сессии, состоявшейся в ноябре 1998 г., в своей резолюции «О применении иностранных норм международного частного права» подчеркнул особую роль, которую может

¹ См.: *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Международное частное право. М., 1940. С. 42; *Луц Л. А.* Международное частное право. М., 1949. С. 319 («Если советская коллизионная норма отсылает к иностранному праву, а это последнее содержит обратную отсылку к советскому праву, то подлежит применению советское право»). Эта идея повторилась во всех последующих изданиях); *Корецкий В. М.* Избранные труды. Кн. 1. Киев, 1989. С. 306 («Обратная отсылка должна занять надлежащее место в деле согласования конфликтных норм двух государств при выявлении несогласованности конфликтных принципов и норм этих государств», — писал он в работе 1948 г.); *Богуславский М. М.* Международное частное право. М., 1974 и последующие издания.

² См.: *Перетерский И. С., Крылов С. Б.* Указ. соч. С. 42.

сыграть обратная отсылка, во-первых, в обеспечении большей гармонизации права разных государств, во-вторых, в поисках правовой системы, наиболее тесно связанной с конкретным правоотношением с иностранным элементом, в-третьих, в обеспечении признания и исполнения судебного решения за рубежом¹. Институт высказался за унификацию правил ее применения на международной основе².

Последнее, на что нужно обратить внимание: право, но главным образом международная деловая практика придерживаются одного общего исключения — *обратная отсылка не применяется в сфере договорных обязательств международного характера*. Объясняется исключение господством в сфере этих отношений принципа автономии воли: стороны, выбирая право, имеют в виду применение норм материального права соответствующего государства; обращение к обратной отсылке может привести к выбору права иного государства, что исказит волю сторон. Это правило было распространено на все случаи выбора права по договорным обязательствам независимо от того, избрано право сторонами либо на основе других коллизионных норм.

В России еще с советских времен также сформировалось отрицательное отношение к обратной отсылке в сфере внешнеэкономических обязательств. Вопрос о применении обратной отсылки к советскому праву возникал в практике Внешнеторговой арбитражной комиссии при Торгово-промышленной палате СССР и решался отрицательно³. Сложившаяся практика о неприменении обратной отсылки при рассмотрении международных коммерческих споров в настоящее время закреплена в *Законе о международном коммерческом арбитраже 1993 г.*, согласно которому указание сторон на выбор права «должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам» (ст. 28).

6.1.2. Квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению

Применение коллизионной нормы, как и любой другой правовой нормы, немислимо без ее толкования. Толкование коллизионной нор-

¹ См.: *Annuaire de L'Institut de Droit International*. Vol. 68-1. Paris, 1999. P. 54–56.

² Попытка добиться единообразного разрешения вопроса об обратной отсылке уже была предпринята, но в очень узких рамках разрешения коллизии между коллизионными нормами, основанными на домицилии, и коллизионными нормами, основанными на признаке гражданства, в пользу закона домицилия. В 1995 г. Гагская конференция по международному частному праву приняла соглашение «О регулировании коллизий между национальным законом и законом домицилия», которое не оказало реального влияния на решение проблемы.

³ См.: Торгово-промышленная палата СССР: сб. информационных материалов. 1969. Вып. 22. С. 38.

мы осложнено проблемой, называемой *конфликтом квалификаций или скрытыми коллизиями*. Ее можно проиллюстрировать на следующем примере.

Российская гражданка, проживая в России, оформила завещание. Позднее, будучи в Англии, она вступила в брак с англичанином и прожила в Англии все оставшиеся годы. После ее смерти супруг претендовал на имущество своей умершей жены, находившееся в России. Российская нотариальная контора отказала ему в выдаче свидетельства на наследование, сославшись на наличие завещания, согласно которому все имущество умершей российской гражданки переходило сыну от первого брака. Тогда супруг обратился в российский суд с иском о признании своего права на наследование, обосновывая его тем, что по английскому праву последующий брак отменяет предыдущее завещание, сделанное лицом, вступившим в брак. Итак, суд должен выбрать подлежащее применению право (российское или английское) и определить действительность завещания.

Действительность завещания оспорена фактом вступления завещателя в брак, т. е. фактические обстоятельства включают в себя и наследственные, и семейные обстоятельства. Какую коллизионную норму применить: норму, предусматривающую выбор права по наследственным отношениям или по семейным? Прежде чем ответить на этот вопрос, необходимо дать юридическую оценку данным фактическим обстоятельствам, т. е. дать им юридическую квалификацию: относится ли возможность отмены завещания вступлением в брак к наследственному статусу или к семейному статусу. Но дать юридическую оценку или дать юридическую квалификацию можно только на основе права. И здесь неизбежно возникает вопрос: по праву какого государства такую квалификацию следует делать?

Российское гражданское право, так же как и семейное право, не знает отмены завещания фактом вступления в брак. Если квалифицировать данные фактические обстоятельства по российскому праву, то они могут быть отнесены только к наследственному статусу, а следовательно, для выбора права следует применить коллизионную норму по наследственным отношениям. В соответствии с п. 2 ст. 1225 ГК РФ: «Способность лица к составлению и отмене завещания, определяется по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления завещания или акта», — будет применено российское право, согласно которому завещание действительно и супруг по второму браку не имеет права на спорное имущество.

Если квалифицировать те же фактические обстоятельства по английскому праву, то отмена завещания относится к последствиям

вступления в брак, т. е. к семейному статусу. Поэтому для выбора права, регулирующего спорное отношение, российский суд должен обратиться к коллизионным нормам семейного права. Согласно п. 1 ст. 161 СК РФ — взаимоотношения между супругами определяются правом государства, на территории которого супруги имеют совместное место жительства, — компетентным является английское право, согласно которому завещание недействительно.

Из рассмотренного примера можно сделать несколько выводов.

1. Коллизионная норма, как и любая другая правовая норма, состоит из различных юридических терминов и терминологических конструкций, или правовых понятий. Объем коллизионных норм содержит такие правовые понятия, как «форма завещания», «форма сделок», «недвижимость», «исковая давность», «дееспособность» и т. д. Юридические понятия составляют основу и привязок коллизионных норм: «место совершения сделки», «закон местожительства», «закон постоянного местожительства», «закон суда» и т. д. Чтобы применить коллизионную норму и выбрать применимое право, необходимо ее толковать: во-первых, *уяснить (понять)* — значит раскрыть содержание этих юридических понятий, а во-вторых, *соотнести их с фактическими обстоятельствами*, при которых эта норма должна быть применена, с тем чтобы убедиться, что фактические обстоятельства соответствуют объему и привязке коллизионной нормы. Иначе говоря, необходимо дать толкование коллизионной норме в неразрывной связи с фактическими обстоятельствами, при которых она должна быть применена, или дать *юридическую квалификацию*.

2. Однако толкование или юридическая квалификация коллизионных норм серьезно отличается от толкования других правовых норм. Особенности порождаются тем, что *фактические обстоятельства, при которых коллизионная норма должна быть применена, связаны с разными государствами* и соответственно находятся в правовом поле разных государств. Право разных государств по-разному регулирует одинаковые отношения, а значит, придает одним и тем же фактическим обстоятельствам разную правовую окраску, *дает разную юридическую квалификацию*.

3. *Юридические понятия*, из которых состоят объем и привязка коллизионных норм разных государств, *могут словесно, по форме совпадать, но иметь разное содержание*. Выше подробно было рассмотрено одинаковое по форме юридическое понятие «способность лица к составлению завещания», но имеющее разное содержание в английском и российском праве.

Примеров подобного расхождения множество. «Исковая давность» в англо-американском праве является институтом процессуального

права, а в континентальном праве, включая Россию, — институтом материального права; «согласие родителей на заключение брака несовершеннолетних детей» в Англии относится к форме брака, а во Франции — к материальным условиям брака; «место заключения договора» в англо-американском и японском праве понимается как место отправления акцепта, а в континентальном праве, включая Россию, — место получения акцепта.

Такое часто встречаемое понятие, как «место жительства», имеет разное содержание не только в праве разных государств, но и в пределах одного государства. Так, по законам штата Невада (США) лицо имеет место жительства в этом штате, если находилось на его территории 24 часа, в округе Колумбия — если проживало в течение шести месяцев; по английскому праву лицо может иметь английский домицилий по происхождению, даже если вообще не проживало в Англии (в этом случае домицилий имеет то же значение, что в других странах гражданство); по российскому праву это понятие не имеет формальных признаков — под ним понимается место, где лицо постоянно или преимущественно проживает (ст. 20 ГК РФ).

В результате *одни и те же факты, лежащие в основании данного трансграничного правоотношения, могут получить разную правовую квалификацию* в зависимости от того, с точки зрения права какого государства они будут рассмотрены. В приведенном выше примере спорный вопрос с точки зрения английских правовых установок относится к семейному праву, а с точки зрения российского права — к наследственному праву.

4. Расхождения в содержании словесно одинаковых правовых понятий в праве разных государств порождают еще одну коллизию — коллизию между правовыми понятиями. Это *более глубинная коллизия, она возникает между юридическими понятиями, лежащими в основе коллизионных норм каждого государства, которые словесно (по форме) одинаковы, но имеют разное содержание в праве разных государств*. Поэтому данную коллизию называют **конфликтом квалификаций**.

5. Из этого следует, что *наличие во внутреннем праве разных государств одинаковых коллизионных норм — еще не гарантия одинакового выбора подлежащего применению права*. Даже если представить гипотетически, что все государства имеют одинаковые коллизионные нормы, применение их судами разных государств, которые основывались бы на своих собственных юридических понятиях, приводило бы к разным решениям по однородным делам. Известно достаточно много примеров, когда в коллизионном праве разных государств сложились одинаковые коллизионные нормы.

В рассмотренном выше примере изучалась возможность применения двух коллизионных норм, которые по форме одинаковы: способность лица составлять завещание определяется по закону места жительства

и в России, и в Англии; отношения между супругами определяются по закону их совместного места жительства и в России, и в Англии. Но это не гарантирует одинакового решения спорного вопроса. Российский суд может дать квалификацию вопроса об отмене завещания последующим браком с точки зрения российского права и отнесет его к способности лица составлять завещания, поэтому выберет российское право (завещание составлено в России) и признает его действительным. Английский суд отнесет этот вопрос к семейным отношениям, выберет английское право (супруги проживали в Англии) и признает завещание недействительным.

Таким образом, наличие одинаковых коллизионных норм в праве разных государств не гарантирует одинаковый выбор права. Он будет зависеть от того, по правовым понятиям какого государства будет толковаться коллизионная норма на предмет соотнесения ее с фактическими обстоятельствами. Поэтому проблема «конфликта квалификаций» носит еще одно название — «скрытые коллизии». Коллизии не видны, их как бы нет, так как государства имеют по конкретному правоотношению одинаковые по форме коллизионные нормы.

7. Причем *от того, с точки зрения какого права будет осуществлена квалификация, прямо зависит выбор права, компетентного регулировать соответствующие отношения*, а от этого в конечном итоге зависит решение вопроса по существу. Так, в рассмотренном примере при толковании по английскому праву российская коллизионная норма предписала применить английское право, по которому завещание недействительно. Напротив, при толковании тех же обстоятельств с точки зрения российского права российская коллизионная норма предписала применить российское право, по которому завещание действительно. Вот почему проблему квалификации иногда называют *предварительным вопросом*, так как он возникает до того, как избран компетентный правопрядок, и прямо влияет на его избрание¹.

Таким образом, проблема квалификации сводится к тому, с точки зрения права какого государства осуществлять толкование коллизионных норм. Она возникает из особенностей коллизионной нормы, которая, являясь национально-правовой нормой, может предписать применение не только своего, отечественного, права, но и иностранного. *В этом специфика коллизионной нормы: она как бы связана с правом разных государств. Коллизионное право — это как бы мост, связывающий отечественное право с иностранным. В этих условиях и возникает вопрос: по праву какого государства нужно квалифицировать коллизионную норму,*

¹ В международном частном праве предварительный вопрос встречается в другом варианте. Например, при рассмотрении дела о наследовании возник вопрос о действительности брака между наследодателем и пережившим супругом. От его решения будет зависеть право последнего на имущество. Но подобный вопрос не является вопросом коллизионного права, это вопрос материального права.

в соответствии с правом какого государства раскрывать те юридические понятия, из которых она состоит.

Существует три возможных способа решения конфликта квалификаций.

Первый способ — квалификация по своему отечественному праву, — квалификация по *lex fori*. Это наиболее распространенный способ разрешения конфликта квалификаций. Коллизионная норма является нормой внутреннего права, и поэтому она пользуется понятиями своей правовой системы. Все те правовые термины, конструкции, из которых состоит коллизионная норма («правоспособность» и «дееспособность», «способность к составлению завещания», «место жительства», «место совершения договора» и пр.), имеют то же содержание, какое они имеют в материальном гражданском праве своего государства. Суд, применяя коллизионную норму, использует правовые понятия своего права, а не иностранного.

Квалификация по закону суда часто является единственно возможной, так как потребность в ней возникает тогда, когда еще не известно, какому праву будет подчинено спорное правоотношение. Однако такая квалификация становится почти невозможной, когда нужно дать толкование институту иностранного права, который вообще отсутствует в отечественном праве. Пример с институтом отмены завещания последующим браком достаточно показателен. Российское право, не знающее этого института, не дает правовых точек опоры при его толковании¹.

Второй способ — квалификация по иностранному праву, с которым связано правоотношение.

Этот способ возник в ответ на основной недостаток квалификации по закону суда, которая может извратить содержание иностранного закона, избранного на основе собственной коллизионной нормы. Автор этого способа М. Вольф подчеркивает, что исследовать иностранное право, подлежащее применению, без обращения к его квалификациям — значит не рассматривать его таким, как оно есть, значит закрыть глаза «перед подлинными портретами и удовлетвориться коллекцией карикатур»².

Данный способ квалификации представляется достаточно ценным и разумным. По крайней мере, можно указать *три ситуации, когда квалификация по иностранному праву вполне осуществима. Первая* — когда все или большая часть фактических обстоятельств спорного правоотношения связаны с правом одного государства, а спор по каким-либо

¹ Американский юрист Матиас Рейманн считает, что в подобном случае необходимо искать во внутреннем праве наиболее близкий аналог понятию иностранного права. См.: *Reimann M. Conflict of Laws in Western Europe*. N. Y., 1995. P. 26.

² См.: *Вольф М. Международное частное право: пер. с англ.* М., 1948. С. 174.

причинам рассматривается в суде другого государства. Ничто не мешает суду при выборе права воспользоваться понятиями, свойственными иностранному праву, с которым правоотношение наиболее тесно связано, — квалификация по *Proper Law*. *Вторая ситуация* — когда известно право, которому подчинено отношение в целом, а из всего комплекса отношений выделился вопрос, по отношению к которому возникла необходимость выбора права, а значит, и необходимость в квалификации соответствующих фактов, — квалификация по *lex causae*. *Третья ситуация* — когда иностранное право содержит юридические понятия, которые неизвестны отечественному праву.

3. Третий способ — «автономная квалификация». Он основан на том, что коллизионная норма, будучи национально-правовой по природе, связывает отечественное право с иностранным и не может игнорировать это обстоятельство. Для того чтобы выполнять роль связующего звена между правом разных государств, *коллизионная норма должна пользоваться некими общими для права разных государств понятиями*, которые выводятся путем сравнительного изучения и обобщения однородных цивилистических понятий права разных государств¹. Идея «автономной квалификации» пользуется поддержкой в доктрине международного частного права, в том числе в российской².

В третьей редакции своего учебника М. М. Богуславский утверждал, что объем коллизионной нормы (сфера ее действия) должен быть выражен посредством обобщенных юридических понятий — общих для различных правовых систем; привязки должны пользоваться понятиями своего собственного права (гражданского, семейного, трудового), т. е. должны квалифицироваться по закону суда. Более того, по его мнению, это общий подход нашей доктрины к проблеме квалификации³. Представляется, что это достаточно спорное утверждение с точки зрения нашей доктрины не соответствует и нашей практике.

Сама идея создать коллизионные нормы, состоящие из юридических понятий, общих для права разных государств, не вызывает никаких воз-

¹ См.: *Rabel E.* The Conflict of Laws: A Comparative Study. Vol. 1. Chicago, 1945. P. 47–60.

² В статье, опубликованной посмертно, Л. А. Луцк окончательного пришел к выводу о том, что коллизионная норма (по крайней мере ее объем) «должна быть выражена посредством «обобщенных» юридических понятий — общих для различных правовых систем». См.: *Луцк Л. А.* Квалификация в международном частном праве // Советский ежегодник международного права, 1979. С. 215. Известный болгарский юрист Ж. Сталев для обоснования такого же вывода прибегает к образному выражению: чтобы построить мост (применить коллизионную норму — Г. Д.), «надо изучить оба берега и на обоих берегах поставить опоры». См.: *Сталев Ж.* Сущность и функция на международном частном праве. София, 1982. С. 153–154.

³ См.: *Богуславский М. М.* Международное частное право. 3-е изд. М., 1998. С. 90. В последующих изданиях автор отказался от этого утверждения.

ражений. Но где взять такие *общие, обобщенные* юридические понятия? Формулирование *общих* для права разных государств понятий — задача сравнительного правоведения. Результаты сравнительного правоведения могут послужить основой для унификации права, материального и коллизионного, в процессе которого неизбежно возникает вопрос и о создании унифицированных, одинаковых юридических понятий. *Унификация права должна сопровождаться унификацией правовых понятий.* Только при унификации правовых понятий, из которых правовые нормы состоят, возможно достичь единообразия в правовом регулировании трансграничных частноправовых отношений. Это более сложный процесс, так как он касается глубинных основ права разных государств.

Международные договоры, унифицирующие как коллизионные, так и материальные частноправовые нормы, либо содержат в тексте правила, раскрывающие юридические понятия (например, Венская конвенция 1980 г. раскрывает понятие договора международной купли-продажи), либо содержат отдельную статью, которая «для целей настоящего договора» дает толкование терминов и терминологических конструкций, используемых в договоре. Понятно, что такие общие понятия имеют юридическую силу только в пределах сферы действия договора.

Таким образом, автономная квалификация как способ толкования коллизионных норм юридически возможна только в рамках международных договоров, направленных на унификацию материального и коллизионного права. Из всех трех рассмотренных способов разрешения конфликта квалификаций *наиболее реальным и чаще всего используемым в практике является квалификация по закону суда.*

По этому пути идет и законодательная практика государств. По этому пути пошел и Гражданский кодекс РФ. В разд. VI включена отдельная ст. 1187 «Квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению». Уже в самом названии отражено весьма важное положение, характеризующее проблему квалификации: *проблема возникает на стадии выбора права, когда нужно применить свою собственную коллизионную норму.* Это положение повторяется и в тексте статьи. С того момента, когда коллизионный вопрос решен и избрано компетентное право, квалификация, толкование любых юридических понятий и фактических обстоятельств должны осуществляться на основе избранного права.

Рассматриваемая статья содержит два правила. **Одно общее** — при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий *осуществляется в соответствии с российским правом*, если иное не предусмотрено законом. Как видим, ГК РФ решает конфликт квалификаций юридических понятий наиболее реальным и доступным приемом — по закону суда. *Коллизионная норма — часть российского права и должна говорить на российском юридическом языке.* Отдельные

исключения могут быть предусмотрены законом. Как исключение из общего правила сформулировано **второе правило** разрешения конфликта квалификаций, касающееся случаев, *когда с помощью российского права невозможно установить содержание юридических понятий*. Пункт 2 ст. 1187 указывает на *два подобных случая*: если юридические понятия, требующие правовой квалификации, неизвестны российскому праву и если они известны под другим названием или с другим содержанием, в результате чего они не могут быть определены путем толкования в соответствии с российским правом. В этих случаях *«при их квалификации может применяться иностранное право»*. Нельзя не отметить, что обращение к квалификации по иностранному праву сформулировано диспозитивно и такое обращение ставится в зависимость от воли правоприменительного органа. Правда, законодатель не уточняет, какое иностранное право может быть применено. На наш взгляд, возможны два варианта, рассмотренные выше: *право, с которым отношение более тесно связано (Proper Law)*, или *право, которое регулирует отношение в целом (lex causae)*.

Кроме того, исключения из общего правила квалификации по закону суда можно найти и непосредственно в разд. VI ГК РФ. Так, п. 1 ст. 1205.1 устанавливает, что принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится. Если имущество находится на территории иностранного государства, то и отнесение его к движимому или недвижимому будет осуществляться по этому иностранному праву. С учетом ст. 12.05, согласно которой вещные права определяются по праву страны, где имущество находится, следует признать, что п. 1 ст. 1205.1 предусматривает квалификацию по *lex causae*, т. е. по праву страны, которому подчинено само правоотношение.

6.2. Проблемы, связанные с применением иностранного права

6.2.1. Общий подход к пониманию иностранного права

Национальное (внутреннее) право государств в отличие от международного публичного права *обладает территориальным характером*, т. е. действует в пределах территории своего государства. Однако интересы международного общения требуют признания и применения в определенных пределах иностранного права. В этих случаях говорят об *экстратерриториальном действии права*¹. При перемещении человека из одного государства в другое за ним сохраняются имущественные и лич-

1 См.: Лукашук И. И. Экстратерриториальное действие национального закона и международное право // Функционирование международного права. М., 1992. С. 154 и след.; Усенко Е. Т. Проблема экстратерриториального действия национального закона // Московский журнал международного права. 1996. № 2.

ные неимущественные права, приобретенные на основе права первого государства. Например, право собственности на автомобиль, состояние в браке, право на имя и пр. признаются на территории иностранного государства, тем самым признается действие норм иностранного права, на основе которых эти права возникли. Экстратерриториальное действие иностранного права, в том числе и норм публичного права, приобретает все более широкий характер.

Экстратерриториальное действие права — явление многоаспектное, охватывающее как частное, так и публичное право. Особое место в нем занимает *экстратерриториальное применение иностранного права*. Здесь уже речь идет о правоприменительном процессе, осуществляемом судом и другими правоприменительными органами. Если экстратерриториальное действие права в целом — это преимущественно пассивное признание иностранного права (точнее, субъективных прав, возникших под действием иностранного права), то применение иностранного права — это активная деятельность правоприменительных органов по разрешению каких-либо вопросов на основе норм иностранного права. Последнее характерно для частного права.

Три принципиальных положения, определяющих основы применения иностранного права.

1. На территории данного государства иностранное право может применяться лишь при наличии прямых предписаний об этом национального права. Такие предписания устанавливаются национальными коллизионными нормами, причем не любыми, а двусторонними. Благодаря двусторонним коллизионным нормам коллизия права может быть решена в пользу как отечественного права, так и иностранного. Коллизионная норма юридически обязательна для всех органов и должностных лиц государства, и если она отсылает к иностранному праву, то оно должно применяться всеми органами и должностными лицами в силу юридически обязательного предписания коллизионной нормы. *Коллизионная норма — это юридическое основание применения иностранного права на территории данного государства*. Коллизионное право в целом — это мост, связывающий национальную правовую систему с иностранным правом.

2. Национальное право предусматривает общие принципы, на которых строится применение иностранного права, способы установления его содержания, порядок применения иностранного права, а также пределы его применения.

3. Применение иностранного права осуществляется также в соответствии с общепризнанными принципами международного права. Основы применения иностранного права определяются такими принципами международного права, как суверенное равенство государств, самоопределение, невмешательство во внутренние дела. В соответствии с этими принципами государства обязаны уважать право друг друга

свободно определять свою правовую систему и не препятствовать ее функционированию. *Следовательно, иностранное право применяется на основе и в рамках национального права и в соответствии с общепризнанными принципами международного права.*

Общие начала применения иностранного гражданского права в России сформулированы в разд. VI ГК РФ. Применению иностранного права посвящены пять статей: 1188 «Применение права страны с множественностью правовых систем», 1189 «Взаимность», 1191 «Установление содержания норм иностранного права», 1192 «Применение императивных норм», 1193 «Оговорка о публичном порядке».

Применение иностранного права предусмотрено также в ст. 11 ГПК РФ, согласно которой суд при разрешении гражданских дел в соответствии с федеральным законом или международным договором РФ *«применяет нормы иностранного права»* (п. 5). В этой норме закреплено несколько положений, имеющих принципиальное положение для *российской концепции применения иностранного права*: 1 — иностранное право *применяется судом*, а значит, и другими правоприменительными органами; 2 — применение иностранного права при наличии отсылки к нему в российском законе или международном договоре, в котором участвует Россия, *является юридической обязанностью суда*; 3 — иностранное право понимается *как система правовых норм* («применяет нормы иностранного права»), *т. е. как юридическая субстанция.*

Положение ст. 11 ГПК РФ получили развитие в ст. 1191 ГК РФ, значение которой шире ее официального названия — *«Установление содержания иностранного права»*. Именно она определяет общие концептуальные начала применения иностранного права в России, частично заложенные в ст. 11 ГПК РФ: во-первых, в ее первой части подтверждены положения, сформулированные в ст. 11 ГПК РФ, — иностранное право применяется судом; во-вторых, сформулирован общий подход к пониманию иностранного права. Общий подход имеет столь важное значение, что заслуживает того, чтобы ч. 1 ст. 1191 воспроизвести полностью: *«При применении иностранного права суд устанавливает содержание его норм в соответствии с их официальным толкованием, практикой применения и доктриной в соответствующем иностранном государстве».*

Согласно этой норме *подлежащее применению иностранное право рассматривается как «живой» правовой организм, функционирующий в единстве и взаимодействии со всеми элементами правовой действительности, особенно с юридической практикой и правосознанием, соответствующего иностранного государства, составляющими его единую правовую систему*¹. Подобный подход к пониманию подлежащего применению иностран-

¹ См.: Алексеев С. С. Указ. соч. Т. 1. С. 86–88.

ного права всегда обосновывала российская наука международного частного права¹.

Устанавливая содержание норм иностранного права, подлежащего применению по предписанию российской коллизионной нормы, судья, разумеется, прежде всего *обращается к официальным текстам законодательных актов соответствующего государства*, так как суд должен применить *нормы иностранного права*. Но сами по себе тексты недостаточны. Чтобы правильно применить правовые нормы для разрешения конкретного дела, *их надо правильно осознать в контексте всей правовой системы этого иностранного государства*. При этом судья не должен руководствоваться своим правосознанием, которое вытекает из российского права и является его продолжением и которое ведет к ложному осознанию нормы иностранного права, а должен *руководствоваться господствующим в данном иностранном государстве правосознанием*. Вот почему суд, как предписывается ст. 1191 ГК РФ, *должен обратиться к официальному толкованию норм иностранного права, которое разъясняет содержание правовой нормы исходя из господствующего правосознания*.

Суд также *может обратиться к доктрине иностранного государства*. Доктрина — это частное мнение и частное правосознание автора. Однако в учебниках, в научных работах неизбежно отражаются и господствующее правосознание, и общепринятое толкование правовых норм. Очень часто учебники являются тем первичным материалом, с помощью которого судья знакомится с иностранным правом. И наконец, суд *должен обратиться к практике применения норм права в соответствующем государстве*. Значение практики для понимания права трудно переоценить: судебные решения раскрывают право «реальное», «живое», приспособленное к конкретным фактическим обстоятельствам.

Исходя из изложенного можно сделать вывод, что задача суда заключается в том, чтобы применить иностранное право так, как оно применяется у себя на родине. Понятно, что это крайне трудная задача, тем более что и практикой применения иностранного права наши суды не богаты. Такая практика существует при рассмотрении внешнеэкономических споров².

Нельзя не отметить, что и в западных странах, где дела международного характера рассматриваются довольно часто, к применению иностранного права относятся настороженно. По признанию

¹ Подобный подход к пониманию подлежащего применению иностранного права всегда обосновывала российская наука международного частного права. См., напр.: Луиц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 340–342; Богуславский М. М. Порядок применения и установления содержания иностранного права // Международное частное право. Современные проблемы. Кн. 2. М., 1993. С. 209.

² См.: Розенберг М. Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. 2-е изд. М., 2000.

известного коллизιονиста Е. Рабеля, «даже суды, известные своим уважением к иностранному праву в принципе, часто делают это от случая к случаю, в силу вежливости, а не подчиняясь юридической обязанности, нанося таким образом ущерб подлинному применению права, открывая простор непредсказуемой местной политике»¹.

6.2.2. Установление содержания иностранного права

Данная проблема предполагает ответы на *три вопроса*: кто должен устанавливать содержание иностранного права, как установить его содержание и какие юридические последствия возникнут, если содержание иностранного права не будет установлено?

Правоприменительный процесс построен на постулате, что судья и другой правоприменительный орган знают свое право и его применяют. Но *иностранное право судья не знает, не обязан знать и не может знать*. Вот почему при применении иностранного права приобретает столь большое значение установление его содержания. *Кто обязан это делать?* Ответ предопределяется общей концепцией понимания иностранного права. Из рассмотренного выше концептуального подхода к пониманию иностранного права следует: 1) *суд по должности — ex officio — обязан применить иностранное право*; 2) *суд применяет иностранное право как систему юридически обязательных предписаний (норм права)*; 3) *из первых двух положений логически следует, что суд по должности обязан установить содержание применяемого права*. Эти положения прямо закреплены в ч. 1 ст. 1191 ГК РФ.

Страны англо-американского права исходят из принципиально иного отношения к иностранному праву и по-иному решают вопрос, кто обязан устанавливать его содержание.

Согласно англо-американской доктрине и практике суд применяет только свое собственное право, но суд может признать субъективные права, возникшие под действием иностранного права. При этом иностранное право рассматривается как фактическое обстоятельство, которое наряду с другими фактическими обстоятельствами выступает доказательством по делу. Представить суду доказательства обязаны стороны, отсюда все доказательства, связанные с содержанием норм иностранного права, под действием которых возникло спорное субъективное право, обязана представить заинтересованная сторона. Суд лишь оценивает представленные сторонами доказательства, в том числе и по поводу содержания конкретного правила иностранного права и обоснованности притязания.

¹ См.: *Rabel E. International Tribunals for Private Matters // Rabels Zeitschrift. 1986. Bd. 50. P. 324.*

ний на основе этого правила. Следовательно, суд не применяет иностранное право как юридически обязательные предписания, а оперирует им как фактом по делу. Согласно классической английской доктрине «единственным законом, применяемым судьей, является закон места рассмотрения дела (*ex fori*)... Но ввиду наличия в деле иностранного элемента иностранный закон — это факт, который должен быть принят во внимание.»¹. Если вопрос об иностранном праве не поднимается заинтересованной стороной, то суд решает дело на основе английского права, даже «когда дело связано исключительно с каким-либо иностранным государством». Бремя доказывания содержания иностранного права лежит на той стороне, которая ссылается на иностранное право. «Таким образом, иностранное право считается вопросом факта, но это вопрос факта особого рода»².

В российском праве суд по должности применяет иностранное право и по должности устанавливает его содержание. Вместе с тем *закон разрешает лицам, участвующим в деле, представить документы, подтверждающие содержание соответствующих норм иностранного права*. Но, во-первых, стороны не обязаны это делать, во-вторых, конечная оценка и осознание содержания норм иностранного права является обязанностью суда (абз. 2 п. 2 ст. 1191 ГК РФ).

Несколько иной подход к установлению содержания иностранного права предусмотрен в абз. 3 этого же пункта. *Этот особый подход может применяться лишь к определенной категории дел, а именно по требованиям, связанным с осуществлением предпринимательской деятельности*. По таким делам обязанность по предоставлению сведений о содержании норм иностранного права может быть возложена судом на стороны». Если суд своим определением обяжет стороны представить доказательства содержания норм иностранного права, то это уже будет юридической обязанностью сторон. Суд перекладывает свою обязанность на стороны. Суд сохраняет за собой право оценить представленные доказательства.

Установление содержания иностранного права — исключительно трудное дело, поэтому ГК РФ в п. 2 ст. 1191 *дает примерный перечень организаций, которые могут оказать содействие суду*. Это Министерство юстиции РФ, иные компетентные органы или организации в России и за границей. Кроме того, суд может привлечь экспертов. Суд может, например, воспользоваться помощью научно-исследовательских учреждений, дипломатических и консульских представительств за рубежом.

Еще в советское время существовала практика обращения судов и нотариальных контор для получения сведений об иностранном

¹ См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 24–25.

² Там же. С. 149–150.

праве в Министерство юстиции. В свою очередь, Минюст может в установленном порядке запросить такие сведения от учреждений юстиции иностранного государства. В Положении о Министерстве юстиции Российской Федерации, утвержденном Указом Президента РФ от 2 августа 1999 г., осуществление обмена правовой информацией с иностранными государствами отнесено к его основным функциям (подп. 20 п. 6)¹.

Значительную роль в решении этой проблемы играют договоры об оказании правовой помощи, в которые часто включают правила о предоставлении информации о действующем праве. Так, *Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам*, заключенная между государствами СНГ в 1993 г., предусматривает, что *центральные учреждения юстиции Договаривающихся Сторон по просьбе представляют друг другу сведения о действующем или действовавшем на их территориях внутреннем законодательстве и о практике его применения учреждениями юстиции* (ст. 15)². Аналогичные положения есть в договорах о правовой помощи с Албанией (ст. 15), Болгарией (ст. 15), Венгрией (ст. 12), Италией (ст. 15), Польшей (ст. 14), Финляндией (ст. 15), Югославией (ст. 14) и др.³

В 1968 г. под эгидой Совета Европы была заключена *Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства*. Она предусматривает специальный механизм, призванный облегчить процесс установления содержания иностранного права. Каждое договаривающееся государство создает на своей территории специальный орган (его обязанности могут быть возложены на любую существующую организацию). В случае необходимости суды одного государства обращаются в специальный орган другого государства за информацией о его праве. Специальный орган либо сам готовит ответ, либо передает запрос в другой официальный орган, компетентный ответить на поставленные вопросы. Информация передается безвозмездно. Россия участвует в Конвенции с 13 мая 1991 г. (функции специального органа возложены на Минюст России)⁴.

Последний вопрос, связанный с установлением содержания иностранного права: какие юридические последствия могут возникнуть, если содержание иностранного права не будет установлено? Если содержание

¹ См.: РГ. 1999. 5 авг.

² См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 508.

³ См.: Сборник международных договоров Российской Федерации по оказанию правовой помощи. М., 1996.

⁴ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 546 и след.

норм иностранного права, несмотря на предпринятые меры, в разумные сроки не установлено, применяется российское право (п. 3 ст. 1191 ГК РФ).

Практически все государства, законодательно решающие рассматриваемый вопрос, в этой ситуации предписывают применение своего собственного права — *lex fori* (ст. 7 Закона о международном частном праве Польши; п. 3 § 5 Закона о международном частном праве Венгрии; § 4 Закона о международном частном праве Австрии; п. 2 ст. 16 Закона о международном частном праве Швейцарии и др.).

6.2.3. Применение и толкование иностранного права

Общий ответ на эти вопросы прямо вытекает из концептуального подхода к пониманию иностранного права, из порядка установления его содержания: *нормы иностранного права должны применяться так же, как они применяются в стране своего происхождения, у себя на родине. Поэтому толковаться эти нормы должны так, как они толкуются у себя на родине.* Судья, перед которым стоит задача решить дело на основе норм иностранного права, должен как бы встать на место иностранного судьи и решить дело так, как решил бы его иностранный судья, применяющий родные для него нормы права.

Так как последний вывод прямо следует из концептуального подхода к иностранному праву, то законы государств редко содержат специальные нормы о порядке применения и толкования норм иностранного права. В качестве примера можно сослаться на Закон о международном частном праве Австрии 1978 г., согласно которому иностранное право подлежит применению так, как оно применяется в сфере действия страны происхождения (§ 3)¹. Пожалуй, наиболее точную формулировку содержит Гражданский кодекс Мексики 1988 г.: иностранное право «применяется так, как его применял бы соответствующий иностранный судья.» (п. 1 ст. 14).

Следовательно, иностранное право должно применяться и толковаться так, как оно применяется и толкуется в стране своего происхождения. Любой вопрос, который может возникнуть в процессе применения иностранного права, должен решаться в соответствии с этим правом. Однако существует несколько вопросов, связанных с применением иностранного права, которые требуют специального рассмотрения. Среди них применение права с множественностью правовых систем и взаимность.

¹ См.: *Марышева Н. И.* Указ. соч. С. 17.

Применение права государства с множественностью правовых систем. Эта проблема в процессе правовой регламентации частноправовых отношений международного характера возникает тогда, когда при разрешении коллизии между правом разных государств избрано право государства, в котором существуют отличающиеся по содержанию различные подсистемы права. Выбор права такого государства порождает еще один дополнительный вопрос: какую подсистему права нужно применить? Эта проблема известна под названием «*интерлокальные коллизии*». Существует два варианта подобных коллизий.

Первый вариант — *интертерриториальные коллизии*. Они связаны с наличием государств, в которых существуют административно-территориальные единицы с самостоятельными подсистемами права. Это государства с федеративным устройством, субъекты которого имеют свои, отличающиеся по содержанию системы частного права. Например, право США, каждый штат которых имеет свое право, сложившееся из собственных судебных прецедентов и принимаемых им законов. В результате возникают коллизии между правом разных штатов, именуемые *межштатными коллизиями*.

Второй вариант — *интерперсональные коллизии*, который встречается значительно реже. Существуют государства, в которых действуют достаточно обособленные подсистемы права для определенного круга лиц, объединенных либо по критерию принадлежности к той или иной религии (например, мусульманской, индуистской, иуда-истской в странах Востока), либо по критерию принадлежности к той или иной цивилизации (например, кодифицированное право для европейцев — чаще всего право бывшей метрополии — и обычное право разных племен для туземцев в странах Экваториальной Африки) и т. д.¹ Между подобными подсистемами права также возникают коллизии. По мере развития и совершенствования права стран Азии и Африки острота интерперсональных коллизий уменьшается, но они продолжают существовать.

Оба варианта коллизий, возникающих в системе избранного иностранного права, несмотря на принципиальные различия между ними, с точки зрения международного частного права имеют одно общее характерное последствие: при избрании права такого государства возникает *дополнительный вопрос: какую правовую подсистему избранного права следует применить?* Современная практика и доктрина дает однозначный ответ: *поставленный вопрос может решить только право того государства, которое избрано.*

Например, § 5 Закона о международном частном праве Австрии 1978 г.: «Если иностранный порядок состоит из нескольких

¹ См.: *Иссад М.* Международное частное право: пер. с франц. М., 1989. С. 7577; *Давид Р., Жоффре-Спинози К.* Указ. соч. С. 25–28.

отдельных правопорядков, применяется тот из них, на который указывают содержащиеся в иностранном правопорядке правила. При отсутствии таких правил применяется тот правопорядок, с которым имеется наиболее тесная связь»¹. В данной норме австрийского Закона представляет интерес последнее положение, предусмотренное на тот случай, если не удалось установить, какая из подсистем иностранного права должна быть применена. Этот случай решается в плане общей тенденции развития международного частного права в конце XX в., связанной с применением коллизионного принципа наиболее тесной связи (*Proper Law*). Аналогично этот вопрос решен во Вводном законе ГГУ (п. 3 ст. 4)².

С таких же позиций впервые в российской практике решает данную проблему Гражданский кодекс. Ранее возможность ее разрешения рассматривалась только доктринально. Статья 1188 «Применение права с множественностью правовых систем» устанавливает *два правила*: 1) в случае когда подлежит применению право страны, в которой действует несколько правовых систем, *применяется правовая система, определяемая в соответствии с правом этой страны*; 2) если невозможно определить в соответствии с правом этой страны, какая из правовых систем подлежит применению, *применяется правовая система, с которой отношение наиболее тесно связано*. Как видим, Гражданский кодекс учел тенденции современного международного частного права, предусмотрев применение закона наиболее тесной связи.

Обращает на себя внимание, что ст. 1188 ГК РФ предусматривает общий порядок применения иностранного права с множественностью правовых систем независимо от того, являются ли такие подсистемы территориальными или персональными. Для решения интерперсональных коллизий особо важное значение имеет предусмотренная данной статьей дополнительная возможность выбрать соответствующую систему по принципу наиболее тесной связи, так как на практике далеко не всегда можно с достоверностью разобраться в особенностях права государств, где существуют персональные системы права.

Интертемпоральные коллизии означают коллизии, возникающие из наличия *разновременно принятых в одном государстве правовых норм, предусматривающих регулирование одних и тех же частноправовых отношений*. Эта проблема внутреннего права каждого государства и в общей теории права называется *действием закона во времени*.

В международном частном праве проблема действия законов во времени возникает тогда, когда отечественная коллизионная норма отсылает для правовой регламентации конкретного частноправового

¹ См.: *Марышева Н. И.* Указ. соч. С. 13.

² См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 33.

отношения к иностранному праву, в котором по данному отношению существуют два одновременно изданных закона (например, в момент возникновения отношения действовал один закон, а в момент рассмотрения дела действует другой закон). Эта проблема разрешается на тех же началах, которые используются при решении интерлокальных коллизий. Коллизионная норма, отсылающая к иностранному праву, отсылает к системе этого права в целом, включая и те специальные правовые установления, которые указывают, какой из одновременно изданных законов подлежит применению.

Так, если российская коллизионная норма о применении к наследственным отношениям права последнего постоянного места жительства наследодателя, который проживал на территории ГДР, отошлет к немецкому праву, то неизбежно возникнет вопрос о применении к этим отношениям либо ранее действующих законов ГДР, либо Германского гражданского уложения. Отсылка к немецкому праву будет означать и отсылку к Вводному закону к ГГУ, содержащему специальную главу (ч. 6 Вводного закона), которая устанавливает переходное право в связи с введением Гражданского уложения на территории бывшей ГДР. Только правила, предусмотренные в этой главе, компетентны ответить на возникший вопрос. Согласно ч. 1 § 1 ст. 235 прежнее право, т. е. право ГДР, продолжает применяться только тогда, когда наследодатель умер до вступления в силу Акта присоединения.

Взаимность. Категория взаимности играет заметную роль в международном частном праве. Особенно велика ее роль при определении правового положения иностранных физических и юридических лиц, при правовом регулировании иностранных инвестиций, отношений, связанных с интеллектуальной собственностью, а также в сфере международного гражданского и арбитражного процесса.

Вместе с тем взаимность играет и более общую, принципиальную роль в международном частном праве, связанную с признанием и применением иностранного права. Вопрос стоит так: *должны ли российские суды признавать и применять иностранное право, если в этом иностранном государстве не признается и не применяется российское право?* Иначе говоря, является ли наличие взаимности обязательным условием применения иностранного права или иностранное право применяется в силу юридически обязательного предписания отечественной коллизионной нормы?

Уважительное отношение к иностранному праву, его признание и применение бесспорно способствуют обеспечению применения собственных законов иностранными судами. И в этом плане взаимность играет важную роль в стимулировании государства к применению иностранного права. Но это реальное, фактическое положение дел. *С точки*

же зрения права юридическая обязательность применения иностранных законов не должна зависеть от взаимности. Такая позиция преобладает в теории и практике международного частного права¹.

Впервые Гражданским кодексом в российское международное частное право была включена специальная норма (ст. 1189 «Взаимность»), регламентирующая действие взаимности в качестве общего начала нашего права, которое должно соблюдаться при разрешении любой коллизии права в сфере гражданско-правовых отношений международного характера. В этой статье *сформулированы три взаимосвязанных правила*, определяющие принципиальное отношение российского международного частного права к взаимности: 1) применение иностранного права не зависит от взаимности (это правило можно рассматривать как принцип международного частного права); 2) соблюдение взаимности может быть *предусмотрено отдельными законами*, и тогда иностранное право должно применяться только при наличии взаимности; 3) если применение иностранного права поставлено в зависимость от взаимности, то считается, что *взаимность существует до тех пор, пока не будет доказано обратное* (презумпция наличия взаимности).

Нельзя не отметить, что не решен вопрос, кто будет доказывать отсутствие взаимности в иностранном государстве.

Обратимся для сравнения к венгерскому Закону о международном частном праве 1979 г., в котором тоже презумируется наличие взаимности, пока не будет доказано обратное. При этом содержится правило, имеющее серьезное практическое значение: если требуется взаимность, то о существовании или об отсутствии взаимности министр юстиции выдает обязательную для правоприменительного органа справку.

Видимо, этот вопрос в нашей практике следует решать через ст. 1191 ГК РФ. Поскольку для установления содержания иностранного права суду следует обращаться к Министерству юстиции, постольку в этот же орган следует обратиться за подтверждением взаимности.

6.2.4. Пределы применения иностранного права

До сих пор речь шла о юридической обязательности в предусмотренных законом случаях применить иностранное право, причем так, как оно применяется в своей собственной стране. Но это только одна сторона. Иностранное право применяется не в правовом вакууме, а в государстве, где существует собственный правопорядок, что неизбежно влияет на результат. *Применяемые нормы иностранного права не должны нарушать основополагающие принципы местного правопоряд-*

¹ См.: Международное частное право. Современные проблемы. Кн. 2. М., 1993. С. 181.

ка — это твердо установившийся принцип международного частного права. Национальное право допускает применение иностранного права, устанавливает порядок его применения и одновременно очерчивает допустимые границы его применения на своей территории. Этой цели служит особый институт международного частного права, называемый *оговоркой о публичном порядке* (*ordrepublic* или *publicpolicy*).

Оговорка о публичном порядке. Оговорка о публичном порядке является общепризнанным институтом международного частного права. Она играет важную роль в механизме регулирования частноправовых отношений международного характера. Коллизионная норма сформулирована таким образом, что она может выбрать право любого существующего в мире государства, и потому невозможно предусмотреть все последствия такого выбора.

При этом обычно вспоминают мусульманское право, многие нормы которого, являясь выражением религиозных догм шариата, противостоят европейским правовым традициям, и российским в том числе. Но проблемы могут возникнуть и при отсылке российских коллизионных норм к другим правовым системам.

Примером может служить дело об оформлении наследства в нотариальной конторе Санкт-Петербурга. Российская гражданка, имеющая несовершеннолетнюю дочь, вышла замуж за гражданина Канады (провинция Онтарио), получила вид на жительство на себя и дочь в Канаде. Приехав в Санкт-Петербург, она продала свою квартиру (деньги от продажи находились в ячейке банка на ее имя), в которой была зарегистрирована вместе с дочерью, выписалась из нее в связи с переездом вместе с дочерью на постоянное место жительства в Канаду и в этот день умерла. На этот момент дочь умершей, оставаясь гражданкой России, не имела в России ни имущества, ни регистрации в квартире. Согласно ст. 1224 ГК РФ отношения по наследованию определяются по праву страны, где наследодатель имел последнее место жительства. Таковым является Канада. По законам Канады, в частности провинции Онтарио, первые 200 000 канадских долларов наследственной массы переходят в собственность пережившего супруга, а остальное наследуется им в равных долях с другими наследниками. В результате несовершеннолетняя российская гражданка не получает ничего¹.

Для того чтобы предотвратить наступление возможных негативных последствий применения избранного на основании собственной коллизионной нормы иностранного права, применяется оговорка о публич-

¹ Подробнее об этом деле см.: Зуев А. Е. Некоторые проблемы взаимодействия национальных правовых систем на примере наследственного дела // Журнал международного частного права. 2005. № 2 (48).

ном порядке. В самом общем виде оговорка о публичном порядке означает: *избранное на основе отечественной коллизионной нормы иностранное право не применяется, и субъективные права, возникшие под действием иностранного права, не получают защиты, если такое применение или такая защита противоречат публичному порядку своего государства.* Всеобщее признание оговорки о публичном порядке объясняется ее необходимостью для защиты основ правовой системы, интересов общества и государства. «Публичный порядок» — это устои правовой системы и коренные интересы общества и государства, основы морали.

Мировой практике известны два вида оговорки о публичном порядке: *позитивная и негативная.* Позитивная оговорка сложилась во Франции, где ее понимают как определенную совокупность норм французского права, в которых заинтересованы «публичный порядок и добрые нравы» (ст. 6 Гражданского кодекса Франции) и которые устраняют применение норм иностранного права (такая же формулировка закреплена в ст. 24 Гражданского кодекса Алжира). Исходя из французской практики сложилась *общая концепция позитивной оговорки о публичном порядке как некоторой совокупности внутренних норм права, которые в силу особой, принципиальной важности (иногда говорят о высшей степени когентности) для защиты общественных и моральных устоев данного государства должны применяться всегда, даже если отечественная коллизионная норма отошлет к иностранному праву.* Отсюда название «позитивная»: она исходит из того, что какие-то нормы национального права имеют особое, позитивное значение для государства.

Правда, ни французское право, ни французская доктрина, ни французская практика, которая обращалась к оговорке очень широко, не сформулировали перечень законов или отдельных норм, которые составляют публичный порядок. Чаще всего к оговорке обращались при рассмотрении вопросов, связанных с защитой частной собственности (особенно по отношению к советским законам и законам других государств о национализации частной собственности), с гражданским состоянием лица (правовое положение внебрачных детей, усыновленных, замужних женщин), с ответственностью за умышленное причинение вреда и др.¹ Практика свидетельствует, что позиция французского суда в аналогичных обстоятельствах может меняться в зависимости от конкретных условий и интересов. В этом плане представляет интерес дело, рассмотренное в 1954 г. парижским судом о виндикации нескольких картин Пикассо, вывезенных из СССР для экспозиции во французских музеях, по иску дочери С. Щукина, которому принадлежала известная Художественная галерея

¹ Подробнее об этом см.: Луниц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 270–274.

рея и которая была национализирована советским правительством. Семья Щукиных эмигрировала и проживала во Франции. К этому времени сам С. И. Щукин умер, и его дочь Екатерина Щукина-Келлер как наследница обратилась с иском об истребовании картин, принадлежавших ее отцу. Рассматривая судебную практику ряда стран по делам, связанным с советской национализацией, Л. А. Лунц отмечает, что иногда в судах признавались советские декреты о национализации. Позиция же французских судов была однозначной — со ссылкой на публичный порядок они не признавались. Лишь в судебном решении 1954 г. суд отошел от своей практики и признал советский закон о национализации и в иске Е. Щукиной отказал¹. Объясняется это наметившимся улучшением советско-французских отношений, в чем были заинтересованы обе стороны. Учитывая это, французский суд не применил оговорку, указав, что французский публичный порядок не был задет в такой мере, чтобы требовалось принятие срочных мер, ибо картины были приобретены долгое время тому назад иностранным сувереном от его собственных граждан на его собственной территории и в соответствии с законами страны². Данное решение не помешало впоследствии французскому суду вновь обратиться к оговорке о публичном порядке при применении законов о национализации других стран³.

Негативная оговорка, *в отличие от позитивной, исходит из содержания иностранного права: иностранное право, которое следует применить по предписанию национальной коллизионной нормы, не должно применяться, так как оно или его отдельные нормы несовместимы с публичным порядком этого государства*. Негативная форма оговорки преобладает в международном частном праве, она закреплена в законах многих государств⁴. При этом используются похожие формулировки публичного порядка.

Чаще всего используется формулировка «*основы правопорядка*». Например, согласно § 6 австрийского Закона о международном частном праве 1978 г. «норма иностранного права не подлежит применению, если ее применение привело бы к результату, несовместимому с основами австрийского правопорядка». Аналогичные формулировки закреплены в ст. 5 турецкого Закона о международном частном праве 1982 г., в ст. 17 швейцарского Закона о международном част-

¹ См.: Лунц Л. А. Международное частное право. М., 1970. С. 279 и след.

² Там же. С. 274.

³ Там же. С. 287.

⁴ В англо-американской практике применяется оговорка о публичном порядке в негативной форме. Она играет заметную роль при разрешении дел, осложненных иностранным элементом. См.: Корецкий В. М. Избранные труды. Т. 1. Киев, 1989. С. 236 и след.; Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 117 и след.

ном праве 1987 г. Используется формулировка «*основные принципы*» *правопорядка, или права, или законодательства*: «основные принципы правопорядка» — ст. 6 польского Закона о международном частном праве 1965 г., «*основные принципы германского права*» — ст. 6 Вводного закона к Германскому гражданскому уложению в ред. 1994 г., «*основные принципы законодательства*» — ст. 828 вьетнамского Гражданского кодекса 1995 г. В Китае под публичным порядком понимают «*публичные интересы КНР*» (ст. 150 Общих положений гражданского права 1986 г., ст. 5 Закона о международных хозяйственных договорах 1985 г.); в венгерском Законе о международном частном праве 1979 г. используется формула «*венгерский публичный порядок*» (§ 7).

Приведенные формулировки свидетельствуют, что ни в одной стране, где законодательно предусмотрено применение оговорки о публичном порядке, *не дается детальное определение публичного порядка*: либо используется формулировка «публичный порядок» без каких-либо разъяснений, либо даются самые общие ориентиры в виде указания на основные принципы права, на основы правопорядка, на публичные интересы.

Негативная оговорка о публичном порядке, несмотря на свою распространенность, так же, как и позитивная, *не имеет четко очерченного содержания*. Видимо, законодатель самых разных стран не без оснований исходит из того, что *детальное определение в праве понятия «публичный порядок» едва ли возможно*. Слишком оно многогранно и зависит от конкретных условий. В результате *центр тяжести переносится на правоприменительную деятельность судов*, справиться с которой помогают накопленный мировой опыт применения оговорки и высокая квалификация судей.

Оговорка закреплена в ст. 1193 ГК РФ: «Норма иностранного права, подлежащая применению в соответствии с правилами настоящего раздела, в исключительных случаях не применяется, когда последствия ее применения явно противоречили бы основам правопорядка (публичному порядку) Российской Федерации».

Как видим, Гражданский кодекс *не раскрывает понятие публичного порядка*, а использует лишь ориентировочную формулировку «*основы правопорядка*», которая сама нуждается в расшифровке. Основные элементы понятия «публичного порядка» раскрываются в литературе с учетом судебной практики разных государств. *Понятие «основы правопорядка (публичный порядок) Российской Федерации» включает четыре взаимосвязанных основных элемента*: 1) *основополагающие, фундаментальные принципы российского права, прежде всего конституционные, а также частноправовые*; 2) *общепринятые принципы морали, на которые опирается российский правопорядок*; 3) *законные интересы россий-*

ских граждан и юридических лиц, российского общества и государства, защита которых является основной задачей правовой системы страны; 4) общепризнанные принципы и нормы международного права, являющиеся частью российской правовой системы, включая международно-правовые стандарты прав человека.

Таким образом, опыт разных государств, в том числе нашего государства, свидетельствует, что законодатель, отдавая должное значению норме о публичном порядке, ограничивается самым общим определением публичного порядка. Вместе с тем современное законодательство стремится *сформулировать ряд ограничителей применения оговорки о публичном порядке.*

Во-первых, обращение к оговорке о публичном порядке обуславливается не противоречием самих иностранных норм права основам отечественного правопорядка, а *последствием их применения*: суд вправе применить оговорку только тогда, когда применение норм иностранного права может привести к результату, нарушающему публичный порядок. Этот аспект присутствует в законах многих государств.

Например, § 6 австрийского Закона о международном частном праве: положение иностранного права не подлежит применению, «если бы его применение привело к результату, несовместимому с основными ценностями австрийского правопорядка». Здесь четко зафиксировано, что оговорка о публичном порядке обращена не к самой норме иностранного права, а к последствиям ее применения, к результату.

Объективное содержание нормы иностранного права и результат ее применения в конкретных условиях могут не совпадать. Приведенный выше пример из российской практики показывает, что сама норма канадского законодательства о преимущественном праве пережившего супруга на наследственное имущество является нейтральной к нашему публичному порядку. А применение ее к конкретному случаю, касающемуся несовершеннолетнего ребенка умершей, приведет к результату (ребенок остается без содержания), несовместимому с основами российского правопорядка. Так же как и законы многих государств, Гражданский кодекс РФ делает акцент на результатах, последствиях применения иностранного права, которые несовместимы с нашим правопорядком: норма иностранного права не применяется, «когда *последствия ее применения*» несовместимы с российским правопорядком.

Во-вторых, суд вправе обратиться к оговорке о публичном порядке, если применение иностранного права *явно несовместимо* с национальным правопорядком. Это новый ограничитель.

Впервые такая формула была закреплена в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., затем была использована в универсальной Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1986 г. (ст. 18). Она была воспринята внутренним правом. Характерна ст. 6 Вводного закона к ГГУ в ред. 1994 г., так как в ней подчеркиваются и «результат применения», и «явная несовместимость»: норма иностранного права не применяется, «если ее применение ведет к результату, который явно несовместим с основными принципами германского права».

Требование явной несовместимости обязывает суд доказать, что существует несовместимость без всяких сомнений, и тем самым исключает широкое применение оговорки о публичном порядке. Складывающийся новый мировой опыт нашел отражение в Гражданском кодексе РФ. Сформулированное в нем положение оговорки о публичном порядке также делает акцент на явной несовместимости: норма иностранного права не применяется, «когда последствия ее применения *явно противоречили бы*» основам российского правового порядка.

В-третьих, законы ряда государств, в том числе России, дополнительно содержат указание на то, что отказ в применении нормы иностранного права не может быть основан лишь на отличии правовой, политической или экономической системы иностранного государства от собственной системы (ч. 2 ст. 1193 ГК РФ).

Впервые данный ограничитель применения оговорки о публичном порядке был введен в § 7 венгерского Закона о международном частном праве 1979 г.: «В применении иностранного права не может быть отказано только на том основании, что общественно-экономический строй иностранного государства отличается от венгерского». Появление такого указания было связано с распространенной в прошлом практикой многих государств, направленной на неприменение основанного на чуждом им социально-экономическом строе советского права, а затем и права других социалистических государств. Закрепление такого указания было направлено прежде всего на защиту своего права.

Однако если отбросить политический фон, то следует признать, что закрепление рассматриваемого правила имеет серьезное значение для ограничения случаев применения оговорки о публичном порядке. Пока существует множество национальных государств с различными политическими, экономическими и правовыми системами, недопустимо применять оговорку при одной лишь констатации различия в си-

стемах, ибо это способно привести к полному отрицанию применения иностранного права вообще и отрицанию международного частного права в частности.

Нормы непосредственного применения. Необходимо отметить еще одну современную тенденцию в развитии института оговорки о публичном порядке. Выше отмечалось, что в большинстве государств сложилась и применяется негативная форма оговорки. Позитивную оговорку связывают с французским правом, положения которого восприняты некоторыми другими странами. Однако в настоящее время ряд государств, которые традиционно применяли негативную оговорку, стали параллельно применять и позитивную.

Примером является швейцарский Закон о международном частном праве 1987 г. Наряду со ст. 17, предусматривающей применение оговорки о публичном порядке в традиционной негативной форме, в него включены еще две статьи, направленные на ограничение применения избранного иностранного права. Согласно ст. 18 независимо от определяемого настоящим Законом права, т. е. права, избираемого на основании швейцарских коллизионных норм, применяются «императивные нормы швейцарского права в силу особого их назначения». Отсюда следует, что существует некая совокупность норм швейцарского права, которые в силу особого, принципиального значения для швейцарского общества «особого назначения» должны применяться всегда, даже если швейцарская коллизионная норма отошлет к иностранному праву. Это не что иное, как позитивная оговорка о публичном порядке.

Швейцарский закон пошел еще дальше и предусмотрел защиту публичного порядка иностранного государства. Эта новация связана с общей концепцией Закона о применении «права наибольшей связи» (*Proper Law*). Защита публичного порядка этого другого права предполагается в ст. 19: при применении избранного права могут быть приняты во внимание императивные положения другого права, с которым существование находится в тесной взаимосвязи, если это требуют «законные интересы, имеющие с точки зрения общих начал швейцарского права бесспорно решающее значение». Разумеется, речь не идет о всех императивных нормах иностранного права, с которым существование отношения наиболее тесно связано, а только о тех из них, которые согласно швейцарским представлениям имеют особое, решающее значение для интересов (в п. 2 ст. 19 прямо подчеркивается их особая цель), т. е. о позитивном публичном порядке государства, с которым отношение наиболее тесно связано. Дополнительно подчеркнем, что ст. 19 носит диспозитивный характер: «могут быть приняты во внимание».

Подобные законодательные нововведения породили в доктрине представления о существовании *особых сверхимперативных норм*, которые не являются частью публичного порядка и которые действуют независимо от собственных коллизионных норм¹. Однако как общие подходы, так и конкретное содержание данных представлений серьезно расходятся в разных странах и у разных авторов. *Различия главным образом сосредоточены на следующих моментах*: а) круг таких императивных норм; б) взаимоотношения этих норм с публичным порядком; в) нужно ли защищать императивные нормы только своего права или можно защищать и императивные нормы иностранного права, с которым отношение наиболее тесно связано; г) следует ли ограничить применение правила об императивных нормах только договорным правом или применять его ко всей сфере частноправовых отношений².

Нет никаких оснований считать, что особые императивные нормы действуют отдельно от публичного порядка. Они выражают позитивную оговорку о публичном порядке, которая, как рассматривалось выше, является зеркальным отражением негативной оговорки. Первая означает, что некоторые императивные нормы внутреннего права в силу их особой значимости должны применяться в любых обстоятельствах, а вторая означает, что некоторые нормы иностранного права столь несовместимы, что они не должны применяться. Обе они выражают концепцию публичного порядка. Через призму единого содержания публичного порядка, состоящего, как было показано выше, из четырех основных взаимосвязанных элементов, которые нашли широкое признание, можно понять природу сверхимперативных норм. В противном случае эта категория теряет смысл.

Для подтверждения обратимся к ст. 17 Гагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г.: «Конвенция не препятствует применению тех положений закона суда, которые должны применяться независимо от права, регулирующего договор». Едва ли можно найти какие-либо крите-

¹ Считается, что начало этой доктрине положила Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., включившая положения об императивных нормах в ст. 7. Затем аналогичные положения вошли в Гагскую конвенцию о праве, применимом к отношениям по доверительной собственности, 1985 г., Гагскую конвенцию о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. См.: *Lando O. The Conflict of Laws of Contracts. General Principles // Recueil des curs. 1984 — IV. P. 394—407; Dicey A. V. & Morris J. Conflict of Laws. 1 vol. 12th ed. L., 1993. P. 21—25.* В российской доктрине первым на это явление обратил внимание О. Н. Садилов. См.: *Садилов О. Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. № 2.* См. также: *Звеков В. П. Международное частное право. М., 1999. С. 143—150.*

² О различных подходах к пониманию особо императивных норм см.: *Visher Sh. General Course on Private International Law // Recueil des cours. 1992-I. P. 153—178.*

рии толкования этой нормы. Обращение к оговорке о публичном порядке наполняет понятным содержанием эту статью: существует определенная совокупность положений права государства, суд которого рассматривает дело, которые в силу их особого значения для этого государства должны применяться всегда, даже если согласно коллизионным нормам Конвенции избрано иностранное право.

Новые тенденции в теории и практике международного частного права европейских государств, связанные с сверхимперативными нормами, восприняты Гражданским кодексом РФ (ст. 1192), причем в наиболее широком подходе, характерном для швейцарского права. И хотя сама статья называлась «Применение императивных норм», из смысла правил, предусмотренных в ней, ясно, что речь идет не обо всех, а об особых императивных нормах. В действующей редакции эта статья называется «Нормы непосредственного применения».

Так, в ч. 1 ст. 1192 *предписывается применять императивные нормы российского права независимо «от подлежащего применению права», т. е. независимо от того, что на основании российских коллизионных норм избрано иностранное право.* Законодатель выделяет две группы таких императивных норм: *во-первых*, нормы, в которых прямо об этом указано, и, *во-вторых*, нормы, имеющие особое значение, в том числе для обеспечения прав и охраняемых законом интересов участников гражданского оборота. В отношении второй группы сомнений никаких нет — это позитивная оговорка о публичном порядке. Но и первая группа относится к этой же категории: в особо значимых случаях законодатель считает необходимым в самой норме указать, что она должна применяться всегда, даже при отсылке к иностранному праву.

Так как законодатель устанавливает лишь критерии сверхимперативных норм (норм непосредственного применения), то их перечень может быть установлен правоприменительной практикой, опирающейся в определенной степени на доктрину. Пока четкого перечня не существует¹. Из правовых норм, в которых прямо указано о применении сверхимперативной нормы, можно назвать п. 2 ст. 156 СК РФ, указывающей на императивное применение ст. 14 этого же Кодекса.

Следовательно, п. 1 ст. 1192 ГК закрепляет позитивную оговорку о публичном порядке, которая совместно с негативной оговоркой должна защищать наш правопорядок и законные интересы.

Часть 2 этой статьи, подобно швейцарскому закону, предусматривает *возможность защиты публичного порядка иностранного государ-*

¹ См., например: Жильцов А. Н. Императивные нормы в международном коммерческом арбитраже // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 2. С. 38.

ства: при применении избранного на основе российских коллизионных норм права «суд может принять во внимание императивные нормы права другой страны, имеющей тесную связь с отношением, если согласно праву этой страны такие нормы должны регулировать соответствующие отношения независимо от подлежащего применению права. При этом суд должен учитывать назначение и характер таких норм, а также последствия их применения или неприменения». Как видим, суд «может принять во внимание» (не императивно, а диспозитивно) не любые императивные нормы права страны, с которым отношение тесно связано, а имеющие особый характер, особое назначение для иностранного правопорядка, в результате чего они должны применяться в этом иностранном государстве независимо от избранного права. Здесь также выражена позитивная оговорка о публичном порядке, направленная на защиту иностранного правопорядка, с которым отношение тесно связано.

Применение императивных норм иностранного права предписывается и в п. 5 ст. 1210 ГК РФ в качестве ограничителя автономии воли сторон, предусмотренной в этой же статье. *Это специальная норма, касающаяся только договорных обязательств и только случаев, когда применимое право избрано соглашением сторон.* Специальная норма сформулирована более жестко. Если в общей норме указывается, что суд «может принять во внимание императивные нормы права другой страны», то в специальной, напротив, выбор права «не может затрагивать действия императивных норм» права другой страны, с которой договор реально связан. Если в общей норме говорится о «тесной связи», то в специальной требуется наличие «реальной связи лишь с одной страной», т. е. когда все обстоятельства договора связаны с правом одного государства, а стороны избрали право другого.

Например, российский предприниматель, проведя переговоры на территории ОАЭ с предпринимателем из Эмиратов (ОАЭ не являются участником Венской конвенции 1980 г.), заключил с ним там же договор купли-продажи, по которому поставил товары со склада готовой продукции, находящегося в Эмиратах, и получил платеж в местном банке. Договор реально связан с одним государством — ОАЭ, а стороны при заключении договора выбрали английское право. При таких обстоятельствах законодатель предписывает применить действие императивных норм ОАЭ.

Исходя из вышеизложенного можно сделать общий вывод. Опыт государств свидетельствует, что законодатель, отдавая должное значение оговорке о публичном порядке, ограничивается самым общим его определением. Объясняется это среди прочих причин необходимостью применения данного института в конкретных динамично ме-

няющихся условиях. Показательно, что, привлекая в последнее время дополнительную категорию императивных норм для защиты своего правопорядка, законодатель также не раскрывает ее содержание. Поэтому главная ответственность за применение норм о публичном порядке и, следовательно, за защиту своего правопорядка ложится на суд и другие правоприменительные органы. Осталось рассмотреть *два небольших вопроса*.

1. *Входят ли в концепцию публичного порядка, позитивного и негативного, включая категорию сверхимперативных норм, нормы публичного права (конституционного, административного, финансового, налогового и пр.) либо она охватывает лишь частноправовые нормы?* Обязательное применение норм публичного права не вызывает никаких сомнений. Они имеют строго территориальный характер. И если в последнее время и говорят об экстратерриториальности публично-правовых норм, то в ограниченном виде: суды в отдельных случаях *принимают во внимание* иностранные нормы публично-правовых законов, *а не применяют их*. Применяться могут лишь иностранные нормы частного права. *Поэтому никакая коллизионная норма не может отменить действие конституционных и других норм публичного права.*

Проблема публичного порядка в международном частном праве связана с частноправовыми нормами, которые в силу различных характеристик, что рассматривалось выше, имеют особое значение для собственного правопорядка и должны дополнительно защищаться. Нельзя не отметить, что некоторые публично-правовые нормы особенно тесно взаимодействуют с частноправовыми отношениями. Например, внешнеэкономическая сделка, совершенная с нарушением валютно-экспортного контроля, будет признана недействительной как не соответствующая требованиям закона. Однако в таком случае *иностраный суд будет применять не саму публично-правовую норму, а обсуждать частноправовые последствия этой нормы*, что предусмотрено гражданско-правовой нормой о недействительности сделки.

2. Если в результате применения оговорки о публичном порядке в любом варианте отказано в применении нормы иностранного права, то какими нормами заполняется вакуум? Как правило, своим собственным правом. Так, в п. 1 ст. 1193 ГК РФ сказано, что при отказе в применении нормы иностранного права «при необходимости применяется соответствующая норма российского права». Однако исходя из предусмотренной в Гражданском кодексе возможности применения в качестве общего субсидиарного правила закона наиболее тесной связи (*Proper Law*) можно предположить, что если спорное отношение теснее связано не с российским, а с другим иностранным правом, то будет применено другое иностранное право.

Дополнительная литература

Борисова А. Н. Зарубежная доктрина и законодательство об обратной отсылке // Актуальные проблемы российского права. МГЮА. М., 2007. № 2(5).

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

Луниц Л. А. К вопросу о «квалификации» в международном частном праве // Советский ежегодник международного права. 1979.

Морозова Ю. Г. Оговорка о публичном порядке: причины возникновения // Законодательство. 2000. № 6.

Мотрич М. И. Некоторые проблемы применения российскими судами иностранного права // Московский журнал международного права. 2003. № 2.

Муранов А. И. К вопросу об «обходе закона» // Московский журнал международного права. 1997. № 3.

Розенберг М. Г. Международный договор и иностранное право в практике Международного коммерческого арбитражного суда. 2-е изд. М., 2000.

Садиков О. Н. Императивные нормы в международном частном праве // Московский журнал международного права. 1992. № 2.

Часть вторая

СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 7

ФИЗИЧЕСКИЕ ЛИЦА КАК СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса РФ 2001 г.; Федеральный закон «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» 2002 г.; Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (Чехия); Закон о международном частном праве 1965 г. (Польша); Федеральный закон «О международном частном праве 1978 г. (Авария); Указ № 13 о международном частном праве 1979 г. (Венгрия); Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ред. 2000 г.; Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г.; Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995г.; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ, Россия участвует)

7.1. Особенности правового положения физических лиц как субъектов международного частного права

Участниками гражданских правоотношений, именуемыми субъектами, выступают прежде всего физические лица или их объединения. В равной степени физические лица и их объединения являются основными субъектами гражданско-правовых отношений международного характера. Если гражданское право регламентирует правовое положение, статус физического лица в гражданско-правовой сфере, то международное частное право обращается к вопросам правового статуса физического лица в трансграничной гражданско-правовой сфере. Выделим несколько общих положений, характеризующих *особенности правового статуса физических лиц в международном частном праве.*

1. Гражданский кодекс использует два термина: «физическое лицо» и «иностранный гражданин и лицо без гражданства». «*Физическое лицо*» — широкое понятие, охватывающее различные варианты: российский гражданин; российский гражданин, имеющий одновременно иностранное гражданство; иностранный гражданин; иностранный гражданин, имеющий гражданство двух или более иностранных государств (бипатрид); лицо без гражданства (апатрид); беженец. Термин «*иностранный гражданин и лицо без гражданства*» может быть объединен термином «*иностранец*», если лицо без гражданства проживает за рубежом (например, согласно Федеральному закону «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» понятие «иностранный гражданин» включает в себя понятие «лицо без гражданства» — п. 2 ст. 2). При дальнейшем изложении будем обращаться к правовому термину «физическое лицо» в случаях, когда речь идет о любых категориях физических лиц, либо к термину «иностранец», когда речь идет о лицах, не являющихся российскими гражданами.

2. Международное частное право регулирует положение физических лиц преимущественно в двух взаимосвязанных аспектах: правовое положение иностранцев в Российской Федерации и правовое положение российских граждан за рубежом, которые там выступают в качестве иностранцев. Причем для российского международного частного права главным является первый аспект, поскольку правовое положение иностранцев в России лежит в сфере компетенции российского права, как материального, так и коллизионного, включая международные договоры с участием Российской Федерации. И напротив, правовое положение российских граждан за рубежом определяется иностранным правом соответствующего государства.

3. Международное частное право регламентирует также правовое положение российского гражданина на территории России при участии его в гражданско-правовом отношении, осложненном иностранным элементом. Например, российский гражданин, одновременно имеющий гражданство иностранного государства (например, Израиля), заключает в России договор с иностранной фирмой. Может возникнуть вопрос, по законам какого государства — России или Израиля — будет определяться его право- и дееспособность. Ответить на этот вопрос может международное частное право.

4. Отличительной особенностью правового положения иностранцев является их *двойное правовое подчинение* — *праву своего государства и праву страны пребывания*. Нахождение за границами своего государства не прекращает правовой связи гражданина со своим государством. Например, российские граждане за рубежом могут оформить брак у российского консула по российским законам, зарегистрировать родившегося ребенка, принять участие в выборах представительных органов Российской Федерации и т. д.

Связь российского гражданина с российским правом проявляется и в институте дипломатической защиты государством своих граждан, находящихся за рубежом. Это важный общепризнанный институт международного публичного права. Одновременно это и важный институт нашего конституционного права, закрепленного в ч. 2 ст. 61 Конституции РФ.

Не прекращая правовой связи со своим государством, российский гражданин одновременно подчиняется праву страны пребывания. Данное положение в равной степени относится и к иностранцам, находящимся в России. Двойное правовое подчинение иностранцев — праву своего государства и праву страны пребывания — общая характеристика правового положения иностранцев в целом.

5. Правовое положение физических лиц в международном частном праве ограничивается частноправовой сферой — «имущественные и личные неимущественные отношения, основанные на равенстве, автономии воли и имущественной самостоятельности их участников» (п. 1 ст. 2 ГК РФ). За пределами настоящего учебника остается множество вопросов, связанных с правовым положением иностранцев в России: порядок въезда и выезда, право избирать и быть избранным, налоговые, финансовые, валютные вопросы и др. Это вопросы публичного права, основанные на принципе власти и подчинения. Они не решаются в международном частном праве. Однако иногда публично-правовые вопросы настолько тесно связаны с имущественными и личными неимущественными правами иностранцев, что приходится обращаться к публичному праву, например определение места жительства иностранца в России, которое часто выступает в качестве главного критерия для решения имущественных прав иностранца.

Правовой статус иностранцев в России в целом, включая частноправовые и публично-правовые аспекты, регулируются специальным правовым актом — Федеральным законом от 25 июля 2002г. «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» (в ред. Федерального закона от 30 июня 2003 г.) (далее — Закон об иностранцах).

6. Основопологающим началом в правовом положении физических лиц, как собственных граждан, так и иностранцев, является неукоснительное соблюдение международно-правовых стандартов прав и свобод человека и соответствующих им конституционных предписаний. Основы правового положения физических лиц заложены во Всеобщей декларации прав человека 1948 г., в Международном пакте о гражданских и политических правах 1966 г. и Факультативных протоколах к нему, в Международном пакте об экономических, социальных и культурных правах 1966 г., в Европейской конвенции о защите прав человека и основных свобод 1950 г. и Протоколах к ней¹, в Конвенции СНГ о правах

¹ Российская Федерация ратифицировала Конвенцию 30 марта 1998 г. // СЗ РФ. 1998. № 14. Ст. 1514.

и основных свободах человека 1995 г.¹ Согласно ст. 17 Конституции РФ: «в Российской Федерации признаются и гарантируются права и свободы человека и гражданина согласно общепризнанным принципам и нормам международного права.».

7.2. Личный закон физического лица

Личный закон — *lex personalis*, как было рассмотрено в главе, посвященной коллизионным нормам, является одним из давно сложившихся, но широко применяемым и в современном международном частном праве коллизионным принципом. *В самом общем виде личный закон означает право того государства, которому принадлежит физическое лицо.* Разумеется, принадлежность следует понимать условно как наличие устойчивой правовой связи физического лица с государством.

Основная сфера применения личного закона связана с правовым положением физического лица или его правовым статусом. Все главные вопросы, составляющие правовой статус физического лица, решаются его личным законом: правоспособность и дееспособность, ограничение и лишение дееспособности, признание лица умершим, личные неимущественные права (право на имя, честь, достоинство, деловую репутацию) и др. Отнесение этих вопросов к личному закону является общепризнанным в мировой практике. Часто личный закон применяется к брачно-семейным отношениям, к наследственным отношениям. Все это свидетельствует о том, какое важное место занимает личный закон в системе правового регулирования трансграничных частноправовых отношений.

Исторически личный закон сложился и применяется *в двух видах в зависимости от формы правовой связи физического лица с государством:* закон местожительства — *lex domicilii*, означающий применение права страны, на территории которой лицо проживает, и закон гражданства — *lex nationalis (lex patriae)*, означающий применение права страны, гражданином которого является лицо. В основе такого деления лежат *два критерия: территориальный*, подчиняющий всех, кто находится на территории данного государства, праву этого государства, и *экстерриториальный*, подчиняющий праву данного государства всех своих граждан независимо от места их нахождения.

Общей тенденцией развития международного частного права к концу XX в. стало обращение к смешанной системе личного закона. Многие кодификации международного частного права (в Австрии, Венгрии, Лихтенштейне, ФРГ, Румынии, Швейцарии и др.) включают

¹ Российская Федерация ратифицировала Конвенцию 4 ноября 1995 г. // СЗ РФ. 1995. № 45. Ст. 4239.

специальные статьи о личном законе физического лица, которые предусматривают многовариантное решение личного закона на базе двух означенных критериев, что способно обеспечить гибкое, многовариантное, справедливое регулирование всего многообразия частноправовых отношений международного характера.

Новый подход к определению личного закона закреплен в разд. VI ГК РФ. Впервые в наше законодательство включена *статья под названием «Личный закон физического лица»* — ст. 1195 ГК РФ. В зависимости от фактических обстоятельств она предусматривает *шесть вариантов* личного закона.

Первый вариант — закон гражданства. Главным критерием определения личного закона является гражданство физического лица, под которым понимается устойчивая правовая связь лица с государством, выражающаяся в совокупности их взаимных прав и обязанностей. Устойчивость связи обуславливает обращение к гражданству физического лица как первоосновному варианту личного закона: «Личным законом физического лица считается право страны, гражданство которой это лицо имеет» (п. 1 ст. 1195). *Если лицо является российским гражданином, то его личным законом будет российское право.* Так как в соответствии со ст. 4 Закона РФ «О гражданстве Российской Федерации» проживание российского гражданина за пределами России не прекращает его гражданства, то российское право как личный закон российского гражданина следует за ним и воздействует на его правовой статус за рубежом. Роль российского права как регулятора правового положения российского гражданина особенно велика в тех странах, где личным законом признается закон гражданства (например, Австрия, Венгрия, Польша, Италия, ФРГ и др.).

Личным законом иностранного гражданина также будет право страны, гражданином которой он является. Под иностранным гражданином согласно Закону об иностранцах понимается «физическое лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и имеющее доказательство наличия гражданства (подданства) иностранного государства» (п. 1 ст. 2). В случае представления физическим лицом доказательства принадлежности иностранному гражданству и отсутствия российского гражданства его личным законом будет право соответствующего иностранного государства.

Второй вариант построен на том, что российский гражданин может одновременно иметь гражданство иностранного государства (двойное гражданство) в соответствии с федеральным законом или международным договором (ч. 1 ст. 2 Конституции РФ). Формально российский гражданин может приобрести гражданство иностранного государства (если соответствующее иностранное право разрешает), не выходя из российского гражданства. Российское право запретов таких

действий не содержит. Однако в пределах юрисдикции Российской Федерации такое лицо будет рассматриваться только как российский гражданин. В соответствии с этими принципиальными началами определяется и личный закон российского гражданина в данной ситуации: решающее значение будет иметь только принадлежность к Российскому государству, и *его личным законом будет российское право* (п. 2 ст. 1195). При этом не важно, признает ли Российская Федерация правомочность приобретения российским гражданином гражданства иностранного государства или нет. Для решения коллизии проблемы в пользу выбора российского права достаточно подтверждения только российского гражданства.

Третий вариант основан на факте проживания иностранного гражданина в России. Если иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, то его личным законом будет российское право (п. 3 ст. 1195).

Четвертый вариант основан на ситуации, когда лицо имеет несколько иностранных гражданств. Эта ситуация предполагает наличие у лица гражданства двух иностранных государств (двойное гражданство) или гражданства большего числа иностранных государств (множественное гражданство). В обоих случаях личным законом лица является *право страны, в которой лицо имеет место жительства* (п. 4).

Пятый вариант основан на факте отсутствия у лица какого-либо гражданства. По Закону об иностранцах под лицом без гражданства понимается «физическое лицо, не являющееся гражданином Российской Федерации и не имеющее доказательств наличия гражданства (подданства) иностранного государства». При таких обстоятельствах *обращение к праву страны, где лицо имеет место жительства*, является единственным надежным основанием выбора права, с которым лицо имеет достаточно устойчивую связь.

Обращение ГК РФ в качестве трех вариантов личного закона к праву страны, в которой лицо имеет место жительства, требует раскрытия содержания, *юридической квалификации понятия «место жительства»*. В гл. 4 настоящего раздела было рассмотрено, что при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий должно осуществляться в соответствии с российским правом, если иное не установлено законом (п. 1 ст. 1187). Гражданский кодекс РФ не дает точных ориентиров для понимания места жительства, а ограничивается общим определением: *местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает* (ст. 20). Только таким образом российский суд должен квалифицировать место жительства при установлении права страны, в которой лицо имеет место жительства. Временное место пребывания иностранца в гостинице или санатории на территории России не может рассматриваться как его место жительства.

Формальным юридическим основанием определения места жительства иностранца (лица без гражданства) в России является вид на жительство. Этот документ в соответствии с Законом об иностранцах (ст. 2, 8, 9) является подтверждением права на постоянное проживание; выдается территориальным органом внутренних дел сроком на 5 лет (срок может быть продлен на 5 лет неограниченное число раз); может быть аннулирован по основаниям, предусмотренным в Законе (ст. 9). Поскольку вид на жительство является лишь подтверждением «права иностранца на постоянное проживание», которым он может не воспользоваться (тем более, что, имея вид на жительство, иностранец вправе свободно выезжать и въезжать в Россию), может возникнуть вопрос о реальном, фактическом месте жительства. В таком случае ключевым инструментом определения места жительства иностранца в России может стать установление его намерения рассматривать свое место нахождения как постоянное, а не временное. Данное намерение иностранца может быть выражено последующей после получения вида на жительство регистрацией его на территории России по месту жительства.

В случае невозможности установления намерения иностранца рассматривать свое пребывание в России как постоянное проживание российский суд не должен руководствоваться одним фактом наличия или отсутствия постоянной регистрации иностранца, а самостоятельно оценить все фактические обстоятельства дела и принять решение.

На это указывает Конституционный Суд РФ в своем постановлении от 15 января 1998 г. № 2-П «По делу о проверке конституционности положений частей первой и третьей статьи 8 Федерального закона от 15 августа 1996 г. “О порядке выезда из Российской Федерации и въезда в Российскую Федерацию” в связи с жалобой гражданина А. Я. Аванова». Суд признал противоречащей Конституции РФ правоприменительную практику органов внутренних дел и судов рассмотрения места жительства как факта, подтвержденного регистрацией.

Шестой вариант связан с особой категорией физических лиц — беженцами. Согласно Федеральному закону «О беженцах» под беженцем понимается лицо, которое не является гражданином Российской Федерации и которое в силу вполне обоснованных опасений стать жертвой преследований по признаку расы, вероисповедания, гражданства, национальности, принадлежности к определенной социальной группе или политических убеждений находится вне страны своей гражданской принадлежности и не может пользоваться защитой вследствие таких опасений. Не имея российского гражданства и находясь вне страны своего прежнего, обычного места жительства в результате означенных событий, беженец не может или не желает вернуться в нее вследствие таких опасений. Для такой категории населения закономерно *возника-*

ет новая правовая связь с тем государством, которое предоставило ему убежище. Этим объясняется обращение ГК РФ (п. 6 ст. 1195) к *праву государства, которое предоставило убежище, в качестве личного закона беженца.* Удостоверение, выданное компетентным органом соответствующего государства о признании лица беженцем, служит доказательством возникновения правовой связи с таким государством.

Таким образом, установленный Гражданским кодексом обобщенный личный закон физического лица как основополагающий подход к выбору права, подлежащего применению к правовому статусу лица, включает в себя шесть вариантов, два из которых выражают закон гражданства (*lex nationalis* или *lex patriae*), три — закон места жительства (*lex domicilii*) и шестой — право страны, предоставившей лицу убежище.

7.3. Сфера применения личного закона физического лица

Общепризнанной сферой применения личного закона является правовое положение физического лица как субъекта гражданско-правовых отношений международного характера. Дополнительно личный закон используется и для решения брачно-семейных и наследственных вопросов. Гражданский кодекс РФ предусматривает *пять случаев применения личного закона в его обобщенном виде, прямо связанных с правосубъектностью физического лица:* правоспособность и дееспособность физического лица, право физического лица на имя, опека и попечительство, а также признание физического лица безвестно отсутствующим или объявление лица умершим. В других случаях, например при регулировании наследственных отношений, ГК РФ не обращается к личному закону как обобщенной формуле, а к одному из конкретных вариантов: к праву места жительства наследодателя.

1. Право, подлежащее применению при определении гражданской правоспособности физического лица. В международном частном праве решается только один вопрос: по гражданскому законодательству какого государства должна определяться правоспособность физического лица при участии его в трансграничных гражданско-правовых отношениях?

В соответствии со ст. 1196 «гражданская правоспособность физического лица определяется его личным законом». Отсылка к личному закону должна трактоваться через призму ст. 1195, т. е. как отсылка к любому из шести вариантов личного закона. Способность лица иметь права и нести обязанности будет определяться либо в соответствии с правом государства, гражданином которого является лицо, либо правом государства, в котором лицо проживает, либо правом государства, предоставившего лицу убежище.

Однако в этой статье есть еще одно важное положение: «При этом иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Россий-

ской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами, кроме случаев, установленных законами». В данной статье *отражена главная особенность правового статуса иностранцев — их двойное правовое подчинение: праву своего государства (по признаку гражданства или места жительства) и праву государства пребывания.* С одной стороны, в статье закреплён в качестве общего начала определения права, применимого к правоспособности физического лица, его личный закон, а с другой стороны, статья распространяет на иностранных граждан и лиц без гражданства в Российской Федерации действие российского права.

2. Право, подлежащее применению при определении гражданской дееспособности физического лица. Если при регламентации правоспособности иностранцев в Российской Федерации основным регулятором является российское гражданское право (материальные нормы, определяющие национальный правовой режим), то решение вопросов дееспособности лежит целиком в плоскости коллизионного права.

По общему правилу гражданская дееспособность физического лица определяется его личным законом (п. 1 ст. 1197), под которым понимается система из шести вариантов личного закона, построенных как на критерии гражданства лица, так и на критерии места жительства.

Под общее правило определения дееспособности по личному закону в любом его варианте *не подпадают вопросы дееспособности, связанной с некоторыми видами гражданско-правовых отношений.* Они решаются в специальных статьях ГК РФ, предусматривающих выбор применимого права по соответствующим видам отношений: 1) способность нести ответственность за причиненный вред определяется статутом обязательства из причинения вреда (ст. 1219 и 1220 ГК РФ); 2) способность лица к составлению и отмене завещания определяется по праву, регулирующему завещательные отношения (ст. 1224 ГК РФ).

Кроме того, ГК РФ закрепил *специальное правило, направленное на защиту добросовестных участников гражданского международного оборота, с использованием закона совершения сделки:* «Физическое лицо, не обладающее гражданской дееспособностью по своему личному закону (т. е. по любому из шести вариантов личного закона. — Г. Д.), не вправе ссылаться на отсутствие у него дееспособности, если оно является дееспособным по праву места совершения сделки, за исключением случаев, когда будет доказано, что другая сторона знала или заведомо должна была знать об отсутствии дееспособности» (п. 2 ст. 1197 ГК РФ). Данная статья предусматривает применение закона места совершения сделки для определения дееспособности *при одновременном соблюдении двух условий:* 1) лицо не обладает дееспособностью по личному закону; 2) вторая сторона действовала добросовестно. Статья не содержит никаких исключений, следовательно, она применяется не только по отношению к иностранцам, но и по отношению к российским гражд-

дана, которые недееспособны по российскому праву, но дееспособны по праву страны, где они совершают сделку.

К важному аспекту дееспособности относится возможность ограничения дееспособности совершеннолетнего лица и даже полного лишения дееспособности в силу нарушения способности лица совершать самостоятельные волевые действия. Этой цели служит *институт признания лица недееспособным или ограниченно дееспособным*. В материальном праве разных государств существует множество расхождений по основаниям признания лица недееспособным или ограниченно дееспособным, по последствиям такого признания, различен и порядок такого признания. Поэтому установление права, применимого при подобной процедуре, имеет немаловажное практическое значение.

Институт признания лица недееспособным или ограниченно дееспособным в трансграничной среде *самым тесным образом связан с процессуальными вопросами*: суд какого государства компетентен объявить лицо недееспособным или ограниченно дееспособным, будет ли признано такое решение суда на территории иностранного государства и т. д. Понятно, что процессуальные вопросы в ст. 1197 не рассмотрены. *В ней решается только один аспект: по законам какого государства будет осуществляться признание лица недееспособным или ограниченно дееспособным, когда такое признание будет рассматриваться российским судом?* «Признание в Российской Федерации физического лица недееспособным или ограниченно дееспособным подчиняется российскому праву» (п. 3). Таким образом, основания для подобного признания, юридические последствия признания, основания и последствия отмены ограничения дееспособности определяются российским судом по российскому праву.

3. Право, подлежащее применению к опеке и попечительству. Опека и попечительство — это институты, связанные с дееспособностью физического лица, а именно с отсутствием дееспособности, ограничением или лишением дееспособности. Как правило, опека или попечительство устанавливается над несовершеннолетними в зависимости от их возраста либо над совершеннолетними, признанными недееспособными в силу их психического состояния или ограниченно дееспособными вследствие их антисоциального поведения, которое может нанести ущерб его интересам или интересам общества.

В различных государствах по-разному определяется возраст наступления полной или частичной дееспособности. Основаниями ограничения или лишения дееспособности, как правило, выступают слабоумие или различные психические заболевания, иногда даже физические недостатки (например, глухонемой, не умеющий писать, может действовать только через попечителя — ст. 936 Гражданского кодекса Франции). По-разному определяются критерии

антисоциального поведения, дающего основания для учреждения опеки или попечительства. В России над лицом, злоупотребляющим спиртными напитками или наркотическими средствами, что ставит семью в тяжелое материальное положение, может быть установлено попечительство (ст. 30 ГК РФ); в Германии над лицом, кто вследствие пьянства не может заботиться о своих делах и подвергает себя и свою семью опасности оказаться в состоянии крайней нужды, может быть учреждена опека (§ 6 ГГУ). Встречаются такие основания, как расточительство (Франция, Италия), привлечение к уголовной ответственности в виде лишения свободы и др. Все это делает вопрос о праве, применимом к опеке и попечительству, практически значимым.

Поскольку опека (попечительство) связана с личным статусом физического лица, в частности его дееспособности, то в целом этот институт подчинен личному закону лица, в отношении которого учреждается или отменяется опека или попечительство. Статья 1199 ГК РФ, устанавливающая право, подлежащее применению к опеке и попечительству, выделяет *три группы вопросов, для каждой из которых предусматриваются собственные привязки.*

Первая группа вопросов — это собственно само установление или отмена опеки или попечительства: «Опека или попечительство над несовершеннолетними, недееспособными или ограниченными в дееспособности совершеннолетними лицами устанавливается и отменяется *по личному закону лица, в отношении которого устанавливается или отменяется опека или попечительство*» (п. 1 ст. 1199 ГК РФ). Личным законом лица определяются основания для учреждения или отмены опеки (попечительства), выбор самой формы контроля над подобными лицами (опека или попечительство), порядок учреждения или отмены опеки (попечительства), требования к личным качествам опекуна (попечителя).

Подобно институту лишения или ограничения дееспособности, институт опеки (попечительства) тесно связан с процессуальными вопросами, прежде всего с компетенцией судов или иных органов того или иного государства, с возможностью признания и исполнения решений компетентных органов иностранного государства и др. Поэтому могут возникнуть практические трудности с применением института опеки (попечительства) в отношении иностранцев или российских граждан, дееспособность которых ограничена решением иностранного суда. В определенной степени проблему снимают международные договоры с участием России о правовой помощи.

Например, в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях 1993 г. в рамках СНГ установление компетенции органов кон-

кретного государства по учреждению опеки (попечительства) и выбор применимого права совпадают. Статья 34 предусматривает, что по делам об установлении опеки (попечительства) компетентны органы государства, гражданином которого является лицо, в отношении которого устанавливается опека (попечительство). Одновременно ст. 33 подчиняет все вопросы установления опеки (попечительства) праву страны, гражданином которого является соответствующее лицо. Если российский гражданин проживает в Украине, то установить опеку в отношении его могут только российские органы опеки и попечительства, и устанавливать опеку они будут в соответствии с российским законодательством.

Вторая группа вопросов связана с обязанностью опекуна (попечителя) принять опеку. Этот аспект в учреждении опеки (попечительства) связан с правоспособностью опекуна (попечителя), поэтому он *подчинен личному закону опекуна (попечителя)*. Имеет ли право лицо, назначенное компетентным органом, отказаться от опеки (попечительства), в каких случаях может отказаться, в каких нельзя; в каких случаях опекун (попечитель) освобождается от своих обязанностей — ответы на эти и другие аналогичные вопросы нужно искать в праве государства, которое является личным законом опекуна (попечителя).

Третья группа вопросов связана с правоотношениями, которые возникают между опекуном (попечителем) и его подопечным в результате учреждения или отмены опеки (попечительства). Эти отношения регулируются *правом страны, учреждение которой назначило опекуна (попечителя)* (п. 3 ст. 1199).

Например, немецкие компетентные органы установили попечительство в отношении несовершеннолетнего немецкого гражданина, проживавшего в Германии, и назначили в качестве попечителя его ближайшего родственника — российского гражданина, проживающего в России; затем подопечный уехал на жительство в Россию к своему попечителю. Весь комплекс отношений между попечителем — российским гражданином и подопечным — немецким гражданином — как личных, так и имущественных — должен подчиняться немецкому праву.

Однако рассматриваемая статья *предусматривает возможность в данном случае применить российское право* для регулирования отношений между попечителем и подопечным. Российское право применяется при следующих условиях: 1) лицо, находящееся под опекой (попечительством), имеет место жительства в России; 2) если российское право более благоприятно для этого лица. При определении благоприятности для опекаемого лица необходимо исходить из норм российского права,

защищающего его интересы: обязанность опекунов (попечителей) несовершеннолетних лиц проживать совместно со своими подопечными, заботиться о содержании, обучении, воспитании своих несовершеннолетних подопечных (ст. 36 ГК РФ); порядок распоряжения имуществом подопечного (ст. 37 ГК РФ) и др.

4. Право, подлежащее применению при определении прав физического лица на имя. Для российского законодательства это новая коллизийная норма. Право на имя, направленное на индивидуализацию личности в обществе, является одним из качеств, характеризующих правосубъектность физического лица. Без индивидуализации невозможны обладание и осуществление гражданских прав и несение обязанностей личностью. Следуя общей концепции решения всех вопросов правосубъектности физического лица по личному закону этого лица, *право на имя также подчиняется личному закону*. В соответствии со ст. 1198 ГК РФ «права физического лица на имя, его использование и защиту определяются его личным законом, если иное не предусмотрено настоящим Кодексом или другими законами». Исходя из особенностей различных правовых систем, а также культурных традиций и особенностей квалификация понятия имени, полноты его обозначения, достаточной для идентификации физического лица, должна осуществляться в соответствии с личным законом этого лица.

Вместе с тем Кодекс предусматривает возможность и иного решения, если оно будет предусмотрено иными законами. *Примером иного решения может служить порядок пользования именем при создании произведений науки, литературы, искусства* путем использования вымышленного имени (псевдонима) либо путем отказа от использования подлинного или вымышленного имени вообще, который регулируется законодательством об авторском праве и смежных правах (ст. 1265 ГК РФ «Права авторства и право автора на имя»). Будет ли этот особый порядок применен к иностранцу, хотя он не относится к его личному закону? *Вопрос этот решается в рамках международных договоров по авторскому праву, в которых участвует Россия*. Как Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г., так и Всемирная конвенция об авторском праве 1952 г. отсылают решение этого вопроса к праву государства, где испрашивается защита прав автора, т. е. к российскому праву, и, следовательно, к указанной статье части четвертой ГК РФ.

Защита права на имя от его искажения либо от использования его способами или в форме, которые затрагивают честь, достоинство или деловую репутацию носителя имени, является одним из способов защиты нематериальных благ. Основания для защиты доброго имени, материальные последствия нарушения доброго имени также определяются личным законом носителя имени.

5. Право, подлежащее применению при признании физического лица безвестно отсутствующим и при объявлении физического лица умершим. Гражданский кодекс РФ (ст. 1200) *подчиняет весь комплекс вопросов, связанных с безвестным отсутствием лица, российскому праву.* По российскому праву российский суд будет рассматривать следующие вопросы, в том числе по отношению к иностранцам: основания признания лица безвестно отсутствующим, включая срок его отсутствия и отсутствия в месте его жительства сведений о месте его пребывания (ст. 42 ГК РФ); основания объявления физического лица умершим, включая срок его отсутствия и отсутствия в месте жительства сведений о месте его пребывания, а также обстоятельства, с которыми суд может связывать сокращение данного срока (ст. 45 ГК РФ).

Так как институт признания физического лица безвестно отсутствующим и объявления физического лица умершим существует не во всех государствах, то решение российского суда может быть исполнимо только в России и в тех странах, в которых этот институт существует и в которых допускается исполнение решений иностранных судов, в частности российских. Особенно это касается последствий признания лица отсутствующим или умершим. На применение последствий признания лица отсутствующим или умершим российским судом реально можно рассчитывать, если существует международный договор между заинтересованными государствами и само признание российским судом рассматривалось в соответствии с правилами такого договора. Международный договор придает реальный смысл признания российским судом лица отсутствующим или умершим не только в стране суда, но и за рубежом, где может находиться имущество данного лица. Таковыми договорами являются договоры о правовой помощи.

Так, в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях 1993 г. рассматриваемая проблема решается прежде всего через установление компетенции учреждений юстиции по данной категории дел конкретного государства. Согласно п. 1 ст. 25 по данной категории дел компетентны учреждения юстиции того государства, гражданином которого было лицо в то время, когда оно по последним данным было в живых, а в отношении других лиц (например, лицо не имело гражданства ни одного договаривающегося государства, или вообще не имело гражданства, или гражданство его неизвестно и пр.) — учреждения юстиции по месту жительства. В порядке исключения дело может быть рассмотрено учреждениями юстиции любого договаривающегося государства в отношении гражданина другого государства при наличии двух условий: 1) проживающие на территории этого государства лица ходатайствуют о признании этого гражданина отсутствующим или умершим и 2) интересы ходатайствующих лиц основаны на законодательстве данного государства.

Положения о компетенции дополнены коллизией нормой о применении закона суда — *lex fori*: компетентные учреждения юстиции при рассмотрении дел о признании лица безвестно отсутствующим или объявлении умершими или дел об установлении факта смерти применяют законодательство своего государства.

7.4. Личный закон физического лица и национальный режим

Как было рассмотрено выше, гражданская правоспособность физического лица в трансграничных отношениях определяется двумя началами: с одной стороны, личным законом физического лица, который может быть иностранным, с другой стороны, российским правом, «ибо иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами». Выражение «пользуются в Российской Федерации гражданской правоспособностью наравне с российскими гражданами» означает, что *иностранцы обладают тем же объемом прав и несут те же обязанности, вытекающие из российского гражданского права, какие имеют российские граждане. Это и есть понятие национального режима*. Отдельные исключения из национального режима могут быть предусмотрены законами.

Национальный режим для иностранцев в России относится к конституционному режиму. Он сформулирован в ст. 62 Конституции РФ как общий принцип, относящийся ко всем сферам правовых отношений: иностранные граждане и лица без гражданства пользуются в Российской Федерации правами и несут обязанности наравне с российскими гражданами. Закон об иностранцах дословно повторяет это правило в ст. 4. Статья 1196 ГК РФ подтверждает и конкретизирует принцип национального режима к одному институту гражданского права — к правоспособности иностранцев.

Национальный режим может быть условным и безусловным. Условный режим связан с наличием взаимности: граждане государства А будут пользоваться правами на территории государства Б наравне с местными гражданами, но при условии, что гражданам государства Б также предоставлен национальный режим на территории государства А. *Безусловный национальный режим не связан с фактом предоставления национального режима собственным гражданам на территории соответствующего иностранного государства*. Формулировки всех рассмотренных статей свидетельствуют о том, что *наше законодательство предусматривает безусловный национальный режим. Дополнительная защита наших граждан предусмотрена положениями о реторсиях* (ст. 1194), согласно которым Правительство РФ может установить ответные ограничения в отно-

шении имущественных или личных неимущественных прав граждан и юридических лиц тех государств, в которых имеются специальные ограничения прав российских граждан и юридических лиц. Реторсии носят ответный адресный характер, они предназначены не для всех иностранцев, а только для граждан тех государств, где нарушаются права российских граждан.

Предоставление российским гражданам в иностранном государстве на основе законов этого государства национального режима на условиях взаимности, как и любым другим иностранцам, не является тем специальным ограничением прав российских граждан, которое дает право на применение реторсий.

Национальный режим несет всегда в себе качество относительности: ни в одной стране нет полного уравнивания прав и обязанностей иностранцев с местными гражданами. Важно, чтобы любые изъятия из национального режима были предусмотрены законами, носили общий характер, а не дискриминационный, т. е. чтобы они не были направлены на граждан определенного государства. Последний случай создает основания для реторсий. Законный характер изъятий из национального режима предусмотрен во всех рассмотренных статьях, начиная с п. 3 ст. 62 Конституции, где закрепляется предоставление национального режима «кроме случаев, предусмотренных федеральным законом».

Изъятия из национального режима возможны в любых сферах общественных отношений. В гражданско-правовой сфере ограничения прав иностранцев касаются *запретов на некоторые виды деятельности и на занятие должностей*, представляющих важность для защиты интересов общества и государства. В общем виде они сформулированы в ст. 14 Закона об иностранцах, в соответствии с которой иностранцы *не имеют права*: 1) находиться на государственной или муниципальной службе; 2) замещать должности капитана морского судна, старшего помощника капитана судна, старшего механика и радиоспециалиста¹ в составе экипажа судна, плавающего под государственным флагом РФ; 3) быть членами экипажа военного корабля; 4) замещать должность командира воздушного судна гражданской авиации и др.

В законодательстве установлены также *запреты на приобретение* иностранцами в пользование участков континентального шельфа, недр, лесного фонда, на приобретение в собственность некоторых видов земельных угодий; *запреты или ограничения на осуществление некоторых видов профессиональной деятельности*, например архитектурной, сельскохозяйственной, врачебной и др.

Необходимо дополнительно остановиться на таком элементе содержания правоспособности, как *возможность физического лица, в том*

¹ Статья 56 КТМ РФ.

числе иностранца, заниматься предпринимательской деятельностью. Эта возможность, в отличие от общей гражданской правоспособности, не подчиняется ни личному закону лица, ни национальному режиму. Статья 1201 ГК РФ предусматривает два варианта определения права, которое должно применяться для решения этого вопроса. Прежде всего это право государства, где физическое лицо зарегистрировано в качестве индивидуального предпринимателя. Второе правило носит субсидиарный характер: оно применяется только тогда, когда первое правило не может быть применено ввиду отсутствия обязательной регистрации. В таком случае применяется право страны основного места осуществления предпринимательской деятельности.

Таким образом, гражданская правоспособность физического лица в Российской Федерации определяется двумя взаимоисключающими правилами: личным законом, который в качестве применимого может отослать к иностранному праву, и национальным режимом, который означает применение российского права. При решении этого конфликта нужно исходить из следующего:

1) *национальный режим имеет преимущественное значение*, ибо всегда, когда действия совершаются на территории России, права, которые могут приобрести физические лица, и обязанности, которые они должны нести, будут определяться российским правом;

2) для применения личного закона физического лица можно указать на две ситуации: первая — когда правовые действия совершены за рубежом, а последствия этих действий обсуждаются в российском суде, правомерность приобретения прав должна рассматриваться по личному закону соответствующего лица; вторая — при рассмотрении вопроса о начале и конце правоспособности иностранного лица.

Дополнительная литература

Аксенчук Л. А. Правоспособность иностранного гражданина в сфере предпринимательской деятельности // Законодательство. 2001. № 2.

Марышева Н. И., Звекоев В. П. Новая кодификация норм международного частного права // Хозяйство и право. 2002. № 4.

Романов С. В. О теоретических аспектах правового регулирования статуса иностранцев в Российской Федерации // Московский журнал международного права. 1996. № 2.

Глава 8. ЮРИДИЧЕСКИЕ ЛИЦА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации 2001 г.; Гражданский кодекс Греции 1940 г.; Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (Чехия); Закон о международном частном праве 1965 г. (Польша); Федеральный закон «О международном частном праве» 1978 г. (Австрия); Указ № 13 о международном частном праве 1979 г. (Венгрия); Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ред. 2000 г.; Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г.; Закон об общих принципах Гражданского кодекса 1994 г. (Эстония); Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995 г.; Закон Украины о международном частном праве 2005 г.; Гагская конвенция о признании правосубъектности обществ, ассоциаций, учреждений 1956 г.; Конвенция о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций 1946 г.; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ, Россия участвует); Российско-итальянское соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1996 г.; Конвенция Европейского союза о трансграничной несостоятельности 1995 г.; Типовой закон (ЮНСИТРАЛ) о трансграничной несостоятельности 1997г.

8.1. Основные правовые категории, определяющие правовое положение иностранных юридических лиц

Наряду с физическими лицами субъектами гражданского права являются юридические лица как особые образования, которые характеризуются набором определенных признаков, подтверждающих их правосубъектность, и которые создаются и прекращаются в специальном порядке. Хозяйственная деятельность юридических лиц все чаще выходит за пределы одного государства и часто охватывает своей деятельностью многие государства, что порождает множество спорных ситуаций, разрешаемых с помощью международного частного права.

Правовое положение юридических лиц в трансграничной хозяйственной деятельности выражается в четырех правовых категориях: *национальность, личный закон, допуск к хозяйственной деятельности, правовые режимы.*

Национальность и личный закон (статут) юридического лица. Участие юридических лиц в трансграничных гражданско-правовых отношениях порождает целый ряд правовых вопросов, прежде всего связанных с правовым статусом иностранного юридического лица: является ли юридическое лицо, созданное по законам одного государства, юридическим лицом и в другом государстве, где оно осуществляет свою деятельность? По законам какого государства определяется правоспособность юридического лица? По законам какого государства определяется ответственность ликвидированного юридического лица по обязательствам, возникшим в другом государстве? — и т. д.

Ответы на эти и другие вопросы классическая доктрина международного частного права связывала с *категорией национальности юридического лица, под которой понимается принадлежность юридического лица определенному государству.* Право этого государства компетентно ответить на весь круг вопросов, связанных с *правосубъектностью* юридического лица. Такое право получило название *личный закон или статут юридического лица — lex societatis.*

Для определения национальности в международном частном праве было разработано несколько доктрин: 1) *доктрина оседлости*, по которой юридическое лицо принадлежит тому государству, где находится его правление, административный центр (применяется преимущественно в странах континентальной Европы); 2) *доктрина инкорпорации*, по которой юридическое лицо принадлежит тому государству, где оно создано (преимущественно страны англо-американского права, но распространена и в континентальных странах); 3) *доктрина центра эксплуатации*, по которой юридическое лицо принадлежит тому государству, где осуществляется его основная хозяйственная деятельность (ее восприняли развивающиеся страны).

Таким образом, классическая схема определения правового положения иностранного юридического лица выглядит следующим образом: 1) личный закон (статут) юридического лица является правом, компетентным решать вопросы, связанные с его правосубъектностью; 2) личный закон определяется национальностью юридического лица; 3) национальность определяется либо по месту оседлости, либо по месту учреждения, либо по месту основной хозяйственной деятельности.

Как видим, в основе доктрин национальности лежит определенный формальный критерий, который очень часто не в состоянии раскрыть действительную принадлежность юридического лица конкретному государству. Какова национальность юридического лица, которое зарегистрировано в одном государстве, административный центр кото-

рого находится в другом государстве, а хозяйственная деятельность осуществляется на территории ряда других государств? Ясно, что ни одна указанная доктрина не в состоянии ответить на этот вопрос.

Современная законодательная практика государств пошла по пути отделения личного закона (статута) юридического лица от его национальности. Критерии, обоснованные доктриной с целью определения национальности юридического лица, превратились в привязки коллизионных норм, объем которых формируется вопросами правового положения юридического лица. Как любые привязки коллизионных норм, они основаны на формальных критериях (*коллизионных принципах*). Как любые коллизионные нормы, они решают только один *коллизионный вопрос*: право какого государства подлежит применению для определения правового положения юридического лица? Это право и будет статутом юридического лица.

8.2. Личный закон (статут) юридического лица

В настоящее время личный закон (статут) юридического лица является основной правовой категорией, используемой для определения правового положения юридического лица в трансграничной частноправовой сфере. Статут юридического лица: а) не связывается с его национальностью; б) обладает экстерриториальностью; в) определяется на основе одного из трех коллизионных принципов: корпорации, оседлости и центра эксплуатации. Это подтверждается текстами законов многих государств, в том числе России: «Личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо» (п. 1 ст. 1202 ГК РФ). Как видно, обращаясь к коллизионному принципу инкорпорации (места учреждения) для определения личного закона, законодатель никоим образом не обуславливает его национальностью юридического лица. Не используют категорию национальности и законы других государств.

Закон инкорпорации (места учреждения) означает применение права того государства, где и по законам которого учреждено юридическое лицо (Багамские Острова, Бразилия, Великобритания, Виргинские острова, Италия, Канада (Квебек), Кипр, Мексика, Нидерланды, Россия, Сербия, Сингапур, Словакия, США, Чехия, Швейцария и др.).

Например, отсылка к праву государства по месту учреждения предусмотрена в ст. 154 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г.: «К товариществам (под товариществом понимаются любые юридические лица. — Г. Д.) применяется право государства, в котором они учреждены.»¹ Аналогичные правила закреплены:

¹ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 659.

в ст. 3083 Гражданского кодекса Канады (Квебек) 1991 г.: «Статус и дееспособность юридического лица регулируются правом страны, в соответствии с которым это юридическое лицо было учреждено.»; в ст. 25 Закона «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995 г.: «Общества. регулируются правом страны, на территории которой был завершен процесс их учреждения»¹.

Данный коллизионный принцип сравнительно прост. Так как последним актом, с которым связывается учреждение юридического лица, является его регистрация в предусмотренном законами регистрирующем органе, то *фактически под местом учреждения понимается государство, в котором зарегистрировано юридическое лицо*. Место регистрации подтверждается выпиской из реестра соответствующего государства либо свидетельством, выдаваемым юридическому лицу при его регистрации. Некоторые страны, например скандинавские, легально конкретизируют закон инкорпорации как закон места регистрации, подчиняя компании праву того государства, в котором сделана первая запись о ее регистрации, т. е. где компания внесена в реестр². Недостаток (в современной доктрине международного частного права он часто рассматривается как достоинство) рассматриваемого подхода заключается в том, что компании легко могут переносить свою деятельность или органы управления в другие страны, где условия хозяйствования более предпочтительны, не теряя своего статуса, приобретенного в стране регистрации³.

Закон оседлости (местонахождения) юридического лица означает применение права того государства, где находятся его управляющий (центральный) орган или органы (Австрия, Грузия, Греция, Египет, Латвия, Литва, Польша, Турция, Франция, Эстония и др.).

Примером отсылки к праву государства по местонахождению административного центра может служить ст. 10 Гражданского кодекса Греции 1940 г. («Право- и дееспособность юридического лица определяется по праву государства, в котором это лицо имеет свой главный орган управления») или ст. 11 Гражданского кодекса Египта 1948 г.⁴

Своеобразно закон местонахождения понимается в Законе Украины о международном частном праве 2005 г.: личным законом юридического лица считается право государства его местонахождения. Однако местонахождение понимается, во-первых, как «государство, в котором юридическое лицо зарегистрировано или иным образом

¹ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 329, 348.

² См.: Право Европейского союза / под ред. проф. С. Ю. Кашкина. М., 2004. С. 480.

³ См., напр.: *Damman J. Freedom of Choice in European Corporate Law // Yale Journal of International Law. 29. 2004.*

⁴ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 289, 295.

создано», и, во-вторых, как государство, «в котором находится исполнительный орган управления юридического лица», если первые условия отсутствуют или их невозможно установить (ст. 25)¹. Как видно, коллизионный принцип местонахождения включает в себя субсидиарно и закон инкорпорации, и закон оседлости.

Хотя многие государства применяют данный коллизионный принцип, но единодушия в понимании местонахождения не существует: либо применяется уставная оседлость — местонахождение, указанное в уставе юридического лица, либо реальное, фактическое местонахождение.

Закон центра эксплуатации (места деятельности) юридического лица означает применение права страны, где осуществляется его основная хозяйственная деятельность. Часто хозяйственная деятельность осуществляется на территории ряда или многих государств, и едва ли возможно с достаточной степенью объективности определить, где деятельность основная. Это главный недостаток данного подхода. Поэтому он применяется либо, что бывает чаще всего, в качестве односторонней коллизионной нормы для ограничения применения иностранного права в пользу национального, либо в качестве альтернативных, субсидиарных привязок.

Примером, когда коллизионный критерий инкорпорации или оседлости, который может привести к применению иностранного права, ограничивается в пользу своего собственного права по признаку места деятельности, могут служить египетские и итальянские нормы права. Статья 11 Гражданского кодекса Египта, устанавливая применение права, где находится основной орган управления, добавляет, что «если это лицо осуществляет свою основную деятельность в Египте, то применимым является египетский закон». Статья 25 итальянского Закона, в целом предусматривая применение права государства по месту учреждения, ограничивает его в пользу итальянского права в двух случаях: если орган управления находится в Италии или если основная деятельность осуществляется на территории Италии. В обоих примерах место основной хозяйственной деятельности применяется субсидиарно в качестве односторонней коллизионной привязки.

Примером обращения к закону центра эксплуатации в качестве субсидиарной двусторонней привязки может быть законодательство Эстонии: «К правоспособности и дееспособности иностранного юридического лица применяется закон страны, где расположен орган управления иностранного юридического лица. Если основная деятельность иностранного юридического лица не ведется в стране,

¹ Ведомости Верховной рады Украины. 2005. № 32. Ст. 422.

где расположен его орган управления, применяется закон страны, где ведется основная деятельность юридического лица» (п.1 и 2 ст. 134 Закона об общих принципах Гражданского кодекса от 28 июня 1994 г.)¹.

Рассмотренные примеры подтверждают, что, как правило, коллизионные нормы, определяя право, применимое к правовому положению юридического лица, не обращаются к категории национальности юридического лица: они либо прямо используют термин «личный закон», либо словосочетания «правоспособность и дееспособность юридического лица», «к юридическим лицам применяется...», «общества регулируются...» и др.

Однако нельзя не отметить, что встречаются законы, в которых статус юридического лица определяется через его национальность. Преимущественно такой подход сохраняется в давно принятых законах. Например, Закон о конфликте законов Таиланда 1938 г. устанавливает, что «в случае коллизии в отношении национальности юридического лица ею является национальность государства, где оно имеет свой главный офис или обзаведение» (ст. 7)². Среди законов «новой волны», начавшейся с последней четверти XX в., которые используют аналогичный подход, можно отметить румынский Закон «Применительно к регулированию отношений международного частного права» 1992 г.: «Юридическое лицо имеет национальность того государства, на территории которого в соответствии с учредительными документами юридического лица расположен его орган управления» (ст. 40)³; последующие статьи формулируют перечень вопросов, решаемых по национальному закону юридического лица³.

Обращение государств к разным коллизионным принципам при установлении права, применимого к юридическим лицам, может привести к множественности статутов одного юридического лица либо к коллизии коллизионных норм, рассмотренной в разд. 6.1.1 настоящего учебника, в частности обратной отсылки и отсылки к праву третьего государства.

Например, зарегистрированная на Кипре компания, имея основную хозяйственную деятельность в Эстонии, участвует в коммерческих операциях в России: в качестве личного закона этой компании в Эстонии будет признано эстонское право, а в России — право Кипра.

¹ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 676.

² Там же. С. 553.

³ Там же. С. 450–499.

Или зарегистрированная в Австрии компания имеет административный центр в Эстонии, основную хозяйственную деятельность ведет в Греции, участвует в коммерческих операциях в России. По российской коллизийной норме по критерию инкорпорации личным законом этой компании будет австрийское право; австрийская коллизийная норма как часть австрийского права выбирает по критерию оседлости в качестве личного закона эстонское право (происходит отсылка к праву третьего государства); эстонская коллизийная норма по критерию центра эксплуатации выбирает в качестве личного статута все той же компании греческое право (происходит отсылка к праву четвертого государства).

Унификация, которая могла бы нивелировать проблемы, возникающие в процессе применения государствами столь разных критериев для установления личного статута юридических лиц, не получила развития в этой сфере. Единственная универсальная Конвенция «О признании правосубъектности иностранных обществ, ассоциаций и учреждений», разработанная в рамках Гаагской конференции по международному частному праву и принятая в 1956 г., не вступила в силу. Она пыталась примирить два коллизийных подхода, основанных на критерии инкорпорации и уставной оседлости. Она исходит из того, что правосубъектность юридического лица, созданного по законам одного договаривающегося государства и при условии, что управление по уставу находится на территории этого же государства, должна признаваться всеми другими договаривающимися государствами.

Более удачна унификация между латиноамериканскими странами и между странами СНГ, отдавшими предпочтение критерию учреждения юридического лица, т. е. критерию инкорпорации: Конвенция о коллизийных вопросах в отношении коммерческих компаний (Монтевидео, 1979 г.), Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности (Киев, 1992 г.) и Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (Минск, 1993 г.). Критерий инкорпорации закреплен и в Модельном гражданском кодексе для государств СНГ (ст. 1211), откуда он перешел в гражданские кодексы, созданные по этой модели (Армения, Белоруссия, Казахстан, Узбекистан).

По статуту юридического лица решаются такие важные вопросы, как: признается ли юридическое лицо, созданное по законам одного государства, в качестве такового в другом государстве; объем правоспособности юридического лица; объем полномочий органов юридического лица на совершение сделок; создание, реорганизация и ликвидация юридического лица, в том числе судьба имущества ликвидированного юридического лица, и некоторые другие. В комплексе они раскрывают характеристику юридического лица как субъекта частноправовых

отношений, который может приобретать права и нести обязанности, вытекающие из частного права, — иначе говоря, они связаны с его *правосубъектностью* в частноправовой сфере.

8.3. Национальность юридического лица

Проблема национальности юридических лиц в международном частном праве не перестала существовать. Можно выделить несколько ситуаций, требующих обращения к национальности юридического лица.

1. Чаще всего возникает необходимость отграничения «своих», отечественных, юридических лиц от «чужих», иностранных. Последние, как и физические лица, находятся под двойным правовым подчинением: праву государства, которое является личным законом юридического лица, и праву государства, на территории которого они осуществляют хозяйственную деятельность в качестве иностранного юридического лица. При этом иностранным юридическим лицам, как и физическим, предоставляется национальный режим. Но, предоставляя национальный режим, государства предусматривают либо определенные ограничения, либо определенные льготы для иностранных юридических лиц (в области инвестирования, приватизации, землепользования, налогообложения и т. д.). В таких случаях необходимо четко отграничивать «свои», отечественные, юридические лица от «чужих», иностранных, для чего используется категория национальности, т. е. государственной принадлежности юридического лица.

Правда, о национальности в данной ситуации следует говорить условно, так как здесь речь не идет о принадлежности юридического лица определенному государству; здесь решается более узкий вопрос — *это юридическое лицо не отечественное, а значит, иностранное, независимо от того, какому государству оно принадлежит.*

Подобная ситуация возникает в некоторых сферах общественных отношений, которые, как правило, пересекаются с публично-правовыми отношениями, прежде всего с осуществлением государственного контроля: например, инвестиционные, внешнеэкономические, налоговые, валютные, банковские отношения. Для выяснения качества «иностранности» юридического лица следует обращаться к специальным законам, регулирующим соответствующие отношения. Причем такие законы оперируют либо термином «иностранные юридические лица», либо «нерезиденты», которому соответствует антонимичный термин «резидент» для обозначения своих, отечественных, физических и юридических лиц.

Так, по Федеральному закону от 9 июля 1999 г. № 160-ФЗ «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» *иностран-*

ный инвестор — это иностранное юридическое лицо, гражданская правоспособность которого определяется в соответствии с законодательством государства, в котором оно учреждено, и которое вправе по законам этого государства осуществлять инвестиции на территории РФ.

По закону о валютном регулировании и валютном контроле *не-резидент* — это юридическое лицо, созданное в соответствии с законодательством иностранных государств и с местонахождением за пределами Российской Федерации; соответственно *резидент* — лицо, созданное по российскому праву и имеющее местонахождение в России.

Аналогичным образом в приведенных законах определяется иностранное объединение, не являющееся юридическим лицом.

По Федеральному закону «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» 2003 г. *иностранные лица* — это любые лица, «которые не являются российскими лицами» (п. 11 ст. 2). Здесь формальный подход в определении иностранного лица выражен в абсолютной степени: любое лицо, не являющееся российским, признается иностранным без каких-либо критериев, что соответствует свободному допуску к внешнеторговой деятельности в России любого иностранного лица.

2. Вторая ситуация связана с обязательствами государства по международным договорам. В межгосударственной практике широко распространены двусторонние договоры, затрагивающие права юридических лиц (торговые договоры, соглашения о защите капиталовложений, об избежании двойного налогообложения и др.). Если, например, Российско-итальянское соглашение о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1996 г. предоставляет режим наибольшего благоприятствования или определенные льготы инвесторам, то необходимо четко знать, какие юридические лица являются итальянскими, чтобы им были предоставлены предусмотренные Соглашением права в России, и наоборот, какие юридические лица являются российскими, чтобы они могли пользоваться соответствующими правами в Италии.

При наличии подобных международных договоров следует обращаться для установления национальности юридических лиц к соответствующему договору.

В обозначенном Российско-итальянском соглашении под юридическим лицом Договаривающейся Стороны понимается любая организация, отвечающая двум критериям: 1) она имеет местонахождение на территории Договаривающейся Стороны и 2) она признается юридическим лицом в соответствии с законодательством этой Договари-

вающейся Стороны¹. Два критерия, несколько в иной формулировке, но по существу совпадающие с критериями Российско-итальянского соглашения, предусмотрены в Российско-японском соглашении о поощрении и защите капиталовложений 1998 г.: «Компании, образованные в соответствии с действующим законодательством одной Договаривающейся Стороны и имеющие местонахождение на ее территории, считаются компаниями этой Договаривающейся Стороны»². В других соглашениях с участием России для определения государственной принадлежности юридического лица часто используется только один критерий: «юридическое лицо, созданное в соответствии с действующим на территории этой Договаривающейся Стороны законодательством»³.

Из приведенных примеров видно, что национальные законы обращаются к национальности юридического лица только для того, чтобы отграничить свои, т. е. национальные юридические лица от чужих, т. е. иностранных, которым предоставляется определенный правовой режим. Договоры преследуют более глубокую цель, а именно определить, какие юридические лица относятся к одному из двух договаривающихся государств. Но и те и другие используют все те же вышеназванные формальные критерии: либо один из них, либо, что бывает чаще, два критерия кумулятивно или альтернативно.

3. Однако бывают ситуации, когда необходимо выявить действительную, истинную принадлежность юридического лица конкретному государству. Такую потребность связывают с дипломатической защитой государством национальных, своих, юридических лиц, с участием государства в вооруженных конфликтах либо с введением Советом Безопасности экономических санкций против государства, нарушающего своими действиями мир или создающего угрозу такого нарушения, и с другими подобными ситуациями, как правило, относящихся к публично-правовым отношениям⁴.

Эти ситуации вызывают потребность выявления истинной национальности юридического лица, в частности так называемых враждебных иностранцев. При введении экономических санкций против какого-либо государства (например, резолюции Совета Безопасности ООН, запрещающие в течение более десяти лет экономические связи

¹ Бюллетень международных договоров. 1999. № 3. С. 55.

² Бюллетень международных договоров. 2000. № 10. С. 27. Аналогично в Российско-чешском соглашении 1994 г. // Там же. 2001. № 10. С. 7.

³ Соглашение между Правительством Российской Федерации и Правительством Королевства Норвегия о поощрении и взаимной защите капиталовложений 1995 г. // Там же. 2001. № 9. С. 11.

⁴ О влиянии экономических санкций Совета Безопасности ООН на внешнеэкономическую деятельность частноправовых субъектов см. гл. 12 настоящего учебника.

с Ираком) нужно точно знать круг юридических лиц, принадлежащих государству, в отношении которых введены санкции. Начало военных действий сопровождается запретом взаимоотношений с «враждебными» юридическими лицами.

В Первую мировую войну возник новый подход к определению национальности юридических лиц, который получил название «*теория контроля*».

Согласно этой теории определение национальности юридического лица требует учета всех многочисленных обстоятельств и факторов, характеризующих деятельность лица. Помимо известных, рассмотренных выше критериев, следует обращаться и к таким обстоятельствам, как: национальность акционеров, директоров, служащих; национальность патентов, товарных знаков, которые юридическое лицо использует по лицензии; место нахождения головного предприятия, где формируются стратегия и тактика деятельности юридического лица, в том числе и на территории иностранных государств, в каком государстве выплачиваются налоги¹ и др. Все эти обстоятельства согласно теории контроля должны выявить, *кем контролируется и в интересах какого государства осуществляется в целом деятельность такого объединения*. Понятно, что применять такой подход к выявлению национальности юридического лица для текущей гражданско-правовой практики нереально, поэтому он применяется в каких-либо чрезвычайных обстоятельствах.

8.4. Допуск иностранного юридического лица к хозяйственной деятельности и правовые режимы

Допуск. Для участия иностранного юридического лица в хозяйственной деятельности важное значение имеет признание его в качестве юридического лица, т. е. его правосубъектности, и допуск иностранца к хозяйственной деятельности. Эти вопросы решаются чаще всего международными договорами (особенно двусторонними о торговле, о защите инвестиций и пр.), а также национальным правом. Универсального подхода не существует.

В одних странах признание и допуск возможны без какого-либо административно-правового акта со стороны государственных органов. Например, в Англии суды признают существование любого юридического лица, созданного по законам иностранного государства, если

¹ Отвечая на вопрос корреспондента, не может ли сказаться на российской национальности Нефтяная компания ЛУКОЙЛ тот факт, что 70% акций компании выражено в американских депозитарных расписках, президент и совладелец компании ответил: «Но мы платим налоги здесь (в России. — Г. Д.). А это главный фактор, который определяет национальную принадлежность компании» (Коммерсант. 2008. 26 июня).

оно создано надлежащим образом и без нарушения иностранного права. Во Франции, напротив, признание и допуск иностранного юридического лица осуществляются в форме приказа компетентного государственного органа. В Германии для признания организаций неторгового характера требуется издание специального административного акта, но такой акт не требуется для организаций торгового характера.

В России нет общих правовых норм относительно признания и допуска иностранных юридических лиц к хозяйственной деятельности. Они могут быть в законах, регулирующих отдельные виды деятельности. Так, например, в соответствии с Федеральным законом «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» иностранные лица осуществляют внешнеторговую деятельность в России в соответствии с российским законодательством. Никаких специальных разрешений для такой деятельности Закон не требует (ст. 10).

Однако для осуществления постоянной деятельности через свои представительства нужно специальное разрешение. До сих пор открытие иностранными юридическими лицами представительств регулируется устаревшим советским Положением «О порядке открытия и деятельности представительств иностранных фирм, банков и организаций», утвержденным постановлением Совета Министров СССР от 30 ноября 1989 г. Разрешение на открытие представительств выдается министерствами и ведомствами в зависимости от характера деятельности иностранных юридических лиц и Торгово-промышленной палатой РФ. Иностранцы, получившие разрешение (аккредитацию) в любом ведомстве, регистрируются в Государственной регистрационной палате, которая вносит их в государственный реестр и выдает свидетельство. В разрешении указываются цель открытия представительства, срок действия разрешения (не более трех лет, но может быть продлен), условия деятельности представительства и количество сотрудников.

В 1997 г. Центральный банк России утвердил аналогичное Положение об открытии представительств иностранных кредитных учреждений. Разрешение выдается Центральным банком.

Допуск иностранных юридических лиц к инвестиционной деятельности решается Федеральным законом «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации». Для осуществления инвестиционной деятельности не требуется специальных разрешений. Особый порядок предусмотрен для создания коммерческой организации с иностранными инвестициями (они подлежат государственной регистрации в органах юстиции в течение одного месяца со дня подачи необходимых документов — ст. 20) и создания филиалов иностранного юридического лица (аккредитация его осуществляется в порядке, определяемом Пра-

вительством РФ — ст. 21 и 22). В аккредитации может быть отказано в целях защиты конституционного строя, нравственности, здоровья, прав и законных интересов других лиц, обеспечения обороны страны и безопасности государства.

Признание иностранного юридического лица не означает, что оно становится местным; в результате признания оно лишь рассматривается в принимающем государстве в качестве юридического лица, т. е. субъекта правовых отношений.

Правовые режимы иностранных юридических лиц. Признание и допуск означают также право иностранного юридического лица пользоваться правовым режимом, предусмотренным в законодательстве принимающего государства (или в международных договорах) в сфере экономической деятельности в целом или в отдельных видах деятельности. Наиболее распространенными правовыми режимами в сфере экономической деятельности для иностранных участников являются *национальный режим и режим наибольшего благоприятствования*¹.

8.5. Личный закон и правовые режимы иностранных юридических лиц в Российской Федерации

8.5.1. Личный закон юридического лица

Как и в других странах, в России для определения правового положения юридического лица как субъекта международного частного права используется категория *личного закона*, или *статута*, *юридического лица* — *lex societati*. Впервые в нашей практике разд. VI ГК РФ не только вводит правовую категорию «личный закон юридического лица», но и раскрывает ее содержание.

В соответствии с п. 1 ст. 1202 «*личным законом юридического лица считается право страны, где учреждено юридическое лицо*». Из трех известных мировой практике критериев, используемых для установления личного закона (инкорпорация, оседлость, центр эксплуатации), ГК РФ связывает личный закон юридического лица с местом его учреждения, т. е. использует критерий инкорпорации, применявшийся и в предшествовавшей правовой практике.

В качестве примера сошлемся на решение Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ (МКАС) от 5 февраля 1997 г. Ответчик — российское лицо заявил ходатайство о прекращении производства по делу в связи с отсутствием у истца — итальянской фирмы государственной регистрации в России в качестве юриди-

¹ Национальный режим подробно рассмотрен в предыдущей главе. Режим наибольшего благоприятствования рассматривается в параграфе 8.5.2 настоящей главы.

ческого лица. МКАС не удовлетворил это ходатайство. Ссылаясь на ст. 161 Основ 1991 г., МКАС подтвердил, что правоспособность, в том числе и юридическая личность иностранного юридического лица, определяется по праву, где оно учреждено, т. е. по итальянскому праву¹.

Таким образом, можно утверждать, что обращение к критерию инкорпорации для определения личного статуса юридического лица является традиционным для нашей правовой практики. Введение нового термина — явление прогрессивное, соответствующее сложившимся реалиям.

Главное значение ст. 1202 определяется п. 2, который *раскрывает сферу применения личного закона*, иными словами, устанавливает круг вопросов, решаемых по личному закону юридического лица. Раньше сфера применения личного закона определялась исключительно доктриной, что не способствовало единообразию в правовом регулировании. Впервые ГК РФ дает четкий перечень вопросов, решаемых по личному закону юридического лица.

Гражданский кодекс РФ закрепляет общую формулировку «личный закон юридического лица», которая охватывает как российские, так и иностранные юридические лица. Поэтому право страны, где учреждено юридическое лицо, всегда будет его личным законом независимо от его государственной принадлежности. Если компания учреждена в России, то ее личным законом будет российское право, даже если ее учредителями будут иностранцы и капитал ее будет полностью иностранным. И наоборот: если юридическое лицо, учрежденное российскими лицами со 100-процентным российским капиталом, зарегистрировано в офшорной зоне (например, на Кипре), то статутом компании будет право места учреждения, т. е. кипрское право.

Сфера применения личного закона юридического лица. Пункт 2 ст. 1202 ГК РФ устанавливал перечень из 8 вопросов, решаемых по личному статусу. Но перечень не исчерпывающий. Так, в действующей редакции добавлен еще один пункт: вопросы ответственности учредителей (участников) юридического лица по его обязательствам. *Все они в конечном счете связаны с гражданской правосубъектностью юридического лица.* В комплексе они раскрывают характеристику юридического лица как субъекта гражданско-правовых отношений, который может приобретать права и нести обязанности, вытекающие из гражданского права.

Статус организации в качестве юридического лица. Он особенно характерен для правосубъектности. Только личный закон юридического

¹ Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ. Арбитражная практика за 1996–1997 гг. / сост. М. Г. Розенберг. М., 1998. С. 161.

лица компетентен ответить на вопрос, является ли объединение лиц или капиталов юридическим лицом, т. е. обладает ли оно правосубъектностью юридического лица. Такое объединение будет признано юридическим лицом, в том числе и в России, если оно отвечает всем тем признакам юридического лица, позволяющим ему выражать самостоятельную волю в гражданском обороте и обладать самостоятельной правосубъектностью, которые установлены законами государства, где учреждено юридическое лицо.

Организационно-правовая форма юридического лица, которая также тесно связана с правосубъектностью. Организационно-правовая форма — это совокупность внутренних и внешних признаков, характеризующих взаимоотношения между участниками юридического лица, структуру органов и их соподчиненность, степень обособленности имущества, характер ответственности участников по обязательствам юридического лица. Весь этот взаимосвязанный блок вопросов в отношении юридического лица, учрежденного в иностранном государстве, будет определяться соответствующим иностранным правом. Даже если юридическое лицо учреждено в организационно-правовой форме, неизвестной российскому праву, но по законам места учреждения оно является юридическим лицом, то оно должно быть таковым и в России. Например, немецкие учреждения публичного права (транспортные предприятия, сберегательные кассы, предприятия связи и др.), которые по немецкому праву являются юридическими лицами публичного права, будут действовать в качестве юридических лиц и в пределах российской юрисдикции¹.

Внутренние отношения в рамках юридического лица, в том числе и отношения юридического лица с его участниками. Они в значительной степени определяются организационно-правовой формой. Однако этот частный вопрос вынесен в качестве отдельного элемента сферы применения личного закона (подп. 7 п. 2 ст. 1202). Объясняется такой подход практической значимостью данного вопроса. Если к организационно-правовой форме отношение в значительной мере формальное и, как правило, спорных ситуаций здесь не возникает, то споры по поводу отношений юридического лица с его участниками могут возникать достаточно часто. Российские лица, физические и юридические, вправе приобретать акции иностранных эмитентов, могут выступать учредителями юридического лица за рубежом, могут выступать в качестве органа такого лица. Все это может иметь юридические последствия в России. Можно указать еще на одну причину выделения данного вопроса в отдельный пункт. Термин «организационно-правовая форма юридического лица» не всегда известен иностранному праву (например,

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств. М., 1983. С. 97–100.

право Японии оперирует термином «внутренняя организация»¹). Но внутренние отношения юридического лица, как правило, регулируются весьма подробно.

Требования к наименованию юридического лица также прямо связаны с его правосубъектностью, ибо без индивидуализации немислимо участие любого субъекта в гражданско-правовых отношениях. Особенности наименования юридического лица также определяются по праву страны, где оно учреждено. Правда, такие категории, как фирменное наименование, товарный знак, знак обслуживания, также могут в той или иной мере входить в наименование юридического лица. Однако это самостоятельные правовые категории, относящиеся к объектам интеллектуальной собственности, и вопросы правомочности использования таких категорий в наименовании юридического лица не относятся к личному закону этого лица. Они рассматриваются по правилам, регулирующим интеллектуальную собственность. По личному закону юридического лица рассматриваются лишь *требования, предъявляемые к наименованию*, т. е. какие компоненты в соответствии с правом места учреждения должны обязательно присутствовать в наименовании. Например, обязательно ли должно присутствовать в наименовании указание на организационно-правовую форму юридического лица, должно ли быть указание на характер его деятельности: лизинговое, страховое, трастовое и пр.

Создание, реорганизация и ликвидация юридического лица, в том числе правопреемство, также самым тесным образом связаны с его правосубъектностью: началом и концом существования юридического лица как субъекта права или с изменением его правовой личности. Доктрина традиционно привязывала регламентацию всего круга многообразных отношений, возникающих в процессе создания, реорганизации и ликвидации с личным законом юридического лица и, если таковым является иностранное право, то они и должны рассматриваться по иностранному праву. Теперь это признанное положение нашло четкую фиксацию в ГК РФ. Если процесс создания юридического лица в каком-нибудь государстве не завершен, то объединение не может быть признано юридическим лицом и не может осуществлять в качестве такового хозяйственную деятельность в России. Прекращение иностранного юридического лица прекращает правовую возможность его деятельности в России (например, Положением «О порядке открытия и деятельности представительств иностранных фирм, банков и организаций» 1989 г. предусмотрено, что ликвидация юридического лица прекращает деятельность представительства этого юридического лица).

Наиболее практически значимым является вопрос о правопреемстве ликвидированного или реорганизованного юридического лица, которое

¹ См.: Вагацума С., Ариидзуми Т. Гражданское право Японии. Кн. 1: пер. с япон. М., 1983. С. 65.

также подчинено личному закону этого лица. Понятно, что российских предпринимателей, участвующих в совместных с иностранным юридическим лицом хозяйственных проектах, прежде всего интересует, какова судьба имущества ликвидированного или реорганизованного юридического лица, кому перешли активы, кому перешли невыполненные обязательства, кто будет нести ответственность за неисполненные обязательства и т. д. На все такие вопросы компетентно ответит соответствующее иностранное право, по нормам которого лицо создавалось и ликвидировалось.

Правоспособность и дееспособность юридического лица. Это центральные категории, определяющие гражданскую правосубъектность любого лица, физического и юридического. Несмотря на то, что в XX в. сложилась твердая тенденция наделения юридических лиц общей правоспособностью (юридические лица вправе приобретать любые права и должны нести любые обязанности, вытекающие из норм гражданского права), проблема не потеряла своей остроты в случае участия в гражданско-правовых отношениях иностранного юридического лица. Можно выделить несколько обоснований этому: 1) содержание правоспособности по-разному определяется гражданским правом разных государств; 2) право разных государств предусматривает многочисленные ограничения правоспособности либо для конкретных видов юридических лиц, либо в отдельных областях хозяйственной деятельности; 3) наконец, сами учредители в соглашении о создании юридического лица могут ограничить свою правоспособность, что фиксируется в уставе. Поэтому реально юридические лица чаще всего обладают специальной (ограниченной или целевой) правоспособностью. Дееспособность юридического лица осуществляется через деятельность физических лиц, составляющих объединение, которые выступают в качестве органов юридического лица. Именно через деятельность органов юридического лица приобретаются для него права и создаются обязанности. Поэтому дееспособность юридического лица сводится к компетенции органов юридического лица.

Весь этот сложный комплекс жизненно важных вопросов, связанных с правоспособностью и дееспособностью, должен решаться согласно ГК РФ по личному закону юридического лица — по праву страны, где учреждено юридическое лицо, в том числе когда таким правом является иностранное право. Причем формулировка дееспособности соответствует общему пониманию особенностей проявления этой категории в отношении юридических лиц. Как сказано в подп. 5 и 6 п. 2 рассматриваемой статьи, личным законом юридического лица определяются «содержание правоспособности юридического лица» и «порядок приобретения юридическим лицом гражданских прав и принятия на себя гражданских обязанностей».

Способность юридического лица отвечать по своим обязательствам также определяется его личным законом. Данное положение — логическое завершение вопросов, в комплексе раскрывающих все стороны правосубъектности юридического лица. Способность юридического лица отвечать по своим обязательствам: 1) является одним из элементов содержания правоспособности; 2) является выражением дееспособности как деятельности органов юридического лица по выполнению своих обязательств; 3) вытекает из одного из существенных признаков юридического лица как субъекта права — наличие обособленного имущества, степень обособленности которого определяется организационно-правовой формой юридического лица; 4) тесно связано с переходом активов и обязательств при реорганизации и ликвидации юридического лица; 5) является выражением еще одного признака юридического лица — самостоятельной юридической ответственности. Завершается сфера применения личного закона юридического лица *вопросами ответственности учредителей (участников) этого юридического лица по его обязательствам*, которая существенно дополняет институт общей ответственности юридического лица.

Таким образом, российское законодательство *при определении личного закона (статута) юридического лица использует критерий места его учреждения и закрепляет значительный, но не исчерпывающий круг вопросов, определяемых по личному закону. Благодаря этому не только формально введен личный закон юридического лица, но и легально закреплена сфера его применения.*

Из личного закона юридического лица установлено два исключения, направленные на стабилизацию внутреннего хозяйственно - го оборота. Иностранное юридическое лицо не вправе ссылаться на ограничение полномочий его органа или представителя на совершение сделки, неизвестное праву страны, в которой орган или представитель совершил сделку (п. 3 ст. 1202).

Например, ряд ограничений полномочий органа или представителя английского юридического лица, вытекающих из отношений доверительной собственности, не могут приниматься во внимание российскими правоприменительными органами, если сделка совершена в России, так как они неизвестны российскому праву.

Поскольку полномочия органа или представителя юридического лица связаны с дееспособностью, то можно провести аналогию с применением личного закона физического лица, что подробно рассмотрено в предыдущей главе. Дееспособность физического лица определяется личным законом, однако лицо, не обладающее дееспособностью по своему личному закону, не вправе ссылаться на это, если оно дееспособно по праву места совершения сделки. Так же как и в отношении к физическому лицу, рассматриваемое

ограничение личного закона юридического лица применимо лишь при добросовестности контрагента. Данное ограничение применимо, если другая сторона в сделке не знала и не могла знать о таком ограничении. При условии представления надлежащих доказательств о том, что другая сторона знала или заведомо должна была знать о существующих ограничениях полномочий органа или представителя иностранного юридического лица, ссылка юридического лица на существующие ограничения правомерна.

Неприменение ограничений полномочий органа или представителя юридического лица, неизвестные праву страны, где совершается сделка, применялось в арбитражной практике и ранее. В одном из дел, рассмотренных МКАС при ТПП РФ, ответчик объяснял, что он не обладал компетенцией на подписание договора купли-продажи, ссылаясь на протокол заседания совета директоров своей компании как на доказательство ограничения своей компетенции. В своем решении от 17 февраля 1996 г. МКАС не принял такие объяснения ответчика, так как согласно п. 2 ст. 161 Основ 1991 г. при совершении сделок иностранное юридическое лицо не вправе ссылаться на ограничения компетенции его органа или представителя, неизвестные праву страны, где совершена сделка¹.

Второе исключение (сформулировано в новом дополнительном пункте ст. 1202 ГК) связано с ответственностью учредителей (участников) юридического лица. Оно как бы дополняет п. 9 части второй ст. 1202, рассматривая ситуацию, когда деятельность иностранного юридического лица осуществляется на территории России. В этом случае ответственность будет определяться по российскому праву либо по личному закону юридического лица (т.е. иностранному), если этот закон выбрал кредитор.

Критерий места учреждения используется и при определении личного закона организации, не являющейся юридическим лицом. Правда, в отличие от личного закона юридического лица личный закон организации, не являющейся юридическим лицом, применяется только к иностранной организации, т.е. не являющейся российской. Если такая организация учреждена в России, то ее создание, существование и деятельность полностью подчиняются российскому праву. В качестве примера можно назвать профсоюзы, некоторые виды общественных организаций, религиозные группы. Особое место в российском гражданском праве занимает простое товарищество, также не являющееся юридическим лицом. Так как простое товарищество создается договором участвующих сторон, то его создание, имущественные отношения, порядок исполнения обязательств, ответственность будут регулиро-

¹ Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ. Арбитражная практика за 1996–1997 г. С. 177.

ваться не правом страны, где оно создано, а коллизийными нормами, которые применяются к договорным обязательствам.

8.5.2. Правовые режимы иностранного юридического лица

Как ни разнообразно содержание личного закона, оно не охватывает весь правовой статус юридического лица, а ограничивается вопросами его правосубъектности. Иностранное юридическое лицо так же, как и физическое лицо, находится всегда под двойным правовым подчинением: с одной стороны, оно подчиняется своему собственному праву (праву страны, где оно учреждено), которое компетентно решать рассмотренные выше важные вопросы, но, с другой стороны, оно подчиняется праву страны, на территории которой осуществляет гражданско-правовые операции. *С определенной долей условности можно сказать, что правосубъектность иностранного юридического лица определяется его личным законом, имеющим экстерриториальное действие, а деятельность юридического лица регулируется правом государства, на территории которого осуществляется эта деятельность.* При этом условия хозяйственной деятельности иностранного юридического лица во многом определяются правовым режимом, который ему предоставляется принимающим государством.

В России, как и в других странах, применяется два правовых режима: *национальный* и *режим наибольшего благоприятствования*. Первый главным образом предусмотрен российскими законами, второй — международными договорами с участием Российской Федерации.

Основа национального режима для иностранных юридических лиц заложена в ст. 2 ГК РФ (об основополагающем значении Конституции РФ для определения правового положения физических лиц говорилось в гл. 5 настоящей работы; эти положения в равной степени относятся и к иностранным юридическим лицам). Правила, установленные гражданским законодательством, применяются к отношениям с участием иностранных лиц, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором. Отсюда следует, что иностранные юридические лица осуществляют в пределах российской юрисдикции¹

¹ В литературе обычно используется другая терминология: «в пределах российской территории». Это неточный термин. Иностранцы обязаны соблюдать нормы российского права не только в пределах территории России, но и во всех тех местах, на которые распространяется российская юрисдикция. Юрисдикция — это осуществление государством своей власти (любой — законодательной, судебной, административной и т. д.). Юрисдикция в целом осуществляется в пределах территории государства, иногда и за ее пределами. Например, экономическая зона Российской Федерации не является территорией России, но в ней Россия осуществляет свою юрисдикцию в соответствии с международными договорами и своим правом. Поэтому иностранные юридические лица при осуществлении хозяйственной деятельности в российской экономической зоне также должны соблюдать нормы гражданского и других отраслей права. Поэтому правильнее обращаться к термину «в пределах российской юрисдикции». В данной работе используется и традиционный

хозяйственную деятельность, регулируемую гражданским законодательством, по тем же правилам, которые установлены этим законодательством для российских юридических лиц. Исключения из национального режима могут быть установлены федеральными законами.

Нельзя не отметить, что иностранные юридические лица обязаны соблюдать не только все нормы российского гражданского права, но и нормы публичного права, в сферу регулирования которых входит соответствующая хозяйственная деятельность. К ним относятся нормы валютного законодательства, таможенного, налогового и др. Однако если соблюдение норм российского гражданского права иностранцами обуславливается либо коллизионной нормой, отсылающей к российскому праву, либо предоставлением национального режима, то для соблюдения норм публичного права никакие дополнительные правовые механизмы не требуются. Нормы публичного права по своему характеру являются императивными, они действуют в пределах юрисдикции России всегда. В сфере действия публичного права даже неправомочна постановка проблемы выбора права.

Итак, в гражданско-правовой сфере иностранным юридическим лицам предоставлен национальный режим, в силу которого они могут приобретать те же права и нести те же обязанности, что и российские участники соответствующих отношений. Однако возможность иметь права и обязанности, как было рассмотрено выше, входит в категорию правоспособности юридического лица, а правоспособность, ее содержание в соответствии с подп. 5 п. 2 ст. 1202 определяется личным законом этого лица, т. е. правом государства, где оно учреждено. Отсюда при определении правоспособности юридического лица *возникает вопрос о соотношении иностранного права (если юридическое лицо учреждено за рубежом) как личного закона и российского права, применение которого вытекает из национального режима.*

Личный закон устанавливает пределы правоспособности. Если иностранное юридическое лицо по личному закону имеет специальную (ограниченную) правоспособность, то за этими пределами лицо не имеет права приобретать какие-либо права, заключать какие-либо сделки. *В пределах правоспособности, установленных личным законом, юридическое лицо в России может приобретать права, установленные российским правом.* Например, если японское юридическое лицо (учреждение) создано для осуществления культурно-образовательной деятельности и по японскому праву у него ограниченная правоспо- собность¹,

термин «в пределах российской территории», имея в виду все те места, на которые распространяется юрисдикция России. Подробнее об этом см.: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. 2-е изд. М., 1997. С. 230 и след.

¹ См.: Вагацума С., Ариидзуми Т. Гражданское право Японии. Т. 1: пер. с япон. М., 1983. С. 65, 69, 78–79.

то в России это лицо вправе заниматься только культурно-образовательной деятельностью и приобретать права, необходимые только для осуществления этой деятельности. Но какие конкретные права при этом японское юридическое лицо будет иметь в России, определяется российским гражданским правом.

Изъятия из национального режима иностранных юридических лиц, как правило, сосредоточены по трем направлениям: 1) предусматриваются прямые ограничения прав иностранных юридических лиц; 2) предусматриваются дополнительные условия пользования правами; 3) предоставляются определенные льготы. В любом случае изъятия из национального режима возможны только на основании федеральных законов или международных договоров (отдельные льготы могут предоставляться также законами субъектов РФ).

Примером прямых ограничений деятельности иностранных юридических лиц может быть Федеральный закон от 27 ноября 1992 г. «Об организации страхового дела в Российской Федерации» (с изм. и доп. от 20 июля 2004 г.), согласно которому в качестве страховщиков на территории России могут выступать только российские юридические лица, т. е. лица, созданные по законодательству РФ. Кроме того, прямо запрещено страховым организациям, являющимся дочерними обществами по отношению к иностранным организациям либо имеющим долю иностранных инвесторов более 49% в своем уставном капитале, осуществлять в России страхование объектов личного страхования, обязательное страхование, обязательное государственное страхование, имущественное страхование, связанное с осуществлением поставок или выполнением подрядных работ для государственных нужд, а также страхование имущественных интересов государственных и муниципальных организаций (п. 1 и 3 ст. 6)¹. Однако разрешается посредническая деятельность по заключению от имени иностранных страховщиков на территории России договоров по страхованию гражданской ответственности владельцев автотранспортных средств, выезжающих за рубеж.

Ограничение прав иностранцев, включая иностранных юридических лиц, предусмотрено в Земельном кодексе РФ от 25 октября 2001 г., п. 3 ст. 15 которого установил, что иностранные граждане, лица без гражданства и иностранные юридические лица не могут обладать на праве собственности земельными участками, которые находятся на приграничных территориях. Перечень таких территорий устанавливается Президентом РФ в соответствии в Федеральным законом о государственной границе.

На практике законы чаще содержат не прямые запреты, а предусматривают дополнительные условия пользования правами. Например, иностранные юридические лица вправе заниматься архитектурной

¹ СПС «Гарант».

деятельностью наравне с российскими лицами, если это предусмотрено международными договорами. При отсутствии международного договора они могут принимать участие в архитектурной деятельности только совместно с архитектором — российским гражданином или российским юридическим лицом¹. В соответствии с Земельным кодексом РФ иностранцам, в том числе иностранным юридическим лицам, земельные участки предоставляются в собственность только за плату (п. 5 ст. 28).

Примером предоставления иностранным юридическим лицам некоторых преимуществ может быть Федеральный закон «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации» 1999 г. Во-первых, Закон закрепляет саму возможность предоставления льгот. Статья 4 в качестве общего правила устанавливает, что правовой режим деятельности иностранных инвесторов *не может быть менее благоприятным, чем режим, предоставленный российским инвесторам*. «Не менее благоприятный» означает, что правовой режим должен быть либо таким же, каким пользуются российские инвесторы, т. е. национальным, либо иностранным инвесторам могут быть предоставлены определенные льготы. Во-вторых, Закон предусматривает целый ряд гарантий, которые предоставляются государством только иностранным инвесторам, например: гарантии от неблагоприятного изменения для иностранного инвестора российского законодательства, гарантии перевода за пределы России доходов иностранного инвестора, льготы по уплате таможенных платежей, льготы, предоставляемые иностранному инвестору субъектами РФ и органами местного самоуправления и др. (см. подробнее в гл. 11 настоящего учебника).

Режим наибольшего благоприятствования предоставляется международными договорами. Общий режим для всех видов хозяйственной деятельности устанавливается двусторонними торговыми договорами, которые в последнее время все чаще заменяются соглашениями о торговом и экономическом сотрудничестве.

Обратимся к Соглашению о торговле и экономическом сотрудничестве между Российской Федерацией и Швейцарской Конфедерацией от 12 мая 1994 г., который более подробно, чем в других подобных соглашениях, регламентирует правовые режимы. Прежде всего, Стороны Соглашения предоставляют друг другу *режим наиболее благоприятствуемой нации* и конкретизируют вопросы, которые должны решаться на основе этого режима: таможенные пошлины и сборы всякого рода, налагаемые на ввозимые и вывозимые товары; налоги и другие сборы, взимаемые прямо или косвенно с ввозимых

¹ Закон РФ «Об основах градостроительства в Российской Федерации» // Ведомости РФ. 1992. № 32. Ст. 1877.

или вывозимых товаров; методы взимания таких пошлин и налогов и сборов; правила и формальности, связанные с ввозом или вывозом (п. 1 ст. 3). В этой же статье предусмотрены *исключения из режима наибольшего благоприятствования*: Стороны не обязаны предоставлять друг другу преимущества, которые они предоставляют другим государствам: во-первых, в целях облегчения приграничной торговли; во-вторых, в результате создания зоны свободной торговли, таможенной зоны; в-третьих, развивающимся странам.

В области интеллектуальной собственности Соглашение предусматривает предоставление режима *не менее благоприятного, чем режим, предоставленный гражданам какого-либо другого государства*. В целом это режим наибольшего благоприятствования, но возможно предоставление лицам договаривающихся государств льгот и преимуществ (п. 3 ст. 12). Наконец, Соглашение предусматривает применение *национального режима* в отношении доступа в свои компетентные суды и административные органы для защиты своих прав, а также в отношении применения процессуальных правил для физических и юридических лиц друг друга (ст. 19).

8.6. Международные (межправительственные) организации как субъекты международного частного права

Являясь в первую очередь субъектом международного (публичного) права, международные организации не могут функционировать, не участвуя в международных частноправовых отношениях. Субъектом подобных отношений с одной стороны выступает международная организация, а с другой стороны — физическое или юридическое лицо, являющееся национальным субъектом права какого-либо государства. Международные организации заключают различного рода сделки, выступают субъектами авторского права, участвуют в совместном предпринимательстве, нанимают на работу персонал и т. д. Именно тогда и возникает вопрос о применении национального законодательства какого-либо государства к подобным сделкам. Сложность заключается в том, что одной из сторон выступает международная организация, защищенная международными иммунитетам¹.

В международных отношениях такие организации выступают в качестве юридического лица, что закреплено в уставах большинства межправительственных организаций системы ООН (ст. 39 Устава МОТ²,

¹ Вопрос об иммунитетах межправительственных организаций в системе ООН впервые возник при разработке Устава ООН. Межправительственные организации системы ООН в международных гражданско-правовых отношениях пользуются международными иммунитетами — системой льгот, заключающейся в определенном изъятии из-под действия национального законодательства и судопроизводства.

² Устав Международной организации труда 1919 г. (сайт МОТ — <http://www.ilo.org>).

ст. 146 Устава МАГАТЭ¹ и т. д.). Международные юридические лица являются субъектами (носителями) прав и обязанностей гражданского характера, возникающих в международном обороте, обладают обособленным имуществом, могут от своего имени приобретать имущественные и личные неимущественные права и обязанности, быть истцами и ответчиками в суде, арбитраже, третейском суде².

Государства признают, что международные организации могут действовать в качестве юридического лица и, как правило, включают в свое законодательство положения о том, что такая организация может действовать на территории этой страны как юридическое лицо (например, в законодательствах США и Великобритании).

Наделение межправительственной организации статусом юридического лица основывается на международно-правовых нормах. Оговорка о статусе юридического лица может содержаться в учредительных документах международной организации или фиксироваться в ее внутренних правилах — правовых актах, создаваемых самой межправительственной организацией.

Приобретая собственность на имущество, находящееся в разных странах, или заключая сделки имущественного характера с гражданами различных государств, межправительственные организации не подчиняют свои отношения ни национальному праву, ни национальной юрисдикции какого-либо государства. Межправительственная организация не может быть привлечена к разбирательству в национальном суде в качестве ответчика; в отношении ее собственности не применяются меры принуждения по предварительному обеспечению иска, как и не применяются принудительные меры по обеспечению исполнения судебного решения. Имущество межправительственной организации, даже если оно находится в руках третьих лиц, не может быть предметом виндикации и на него не может быть обращено взыскание³.

Международные иммунитеты межправительственной организации могут возникнуть только на договорной основе и предоставляются ей в силу функциональной необходимости. Иммунитет способен защитить организацию от контроля со стороны отдельных государств-членов и позволяет иметь собственные материальные и денежные ресурсы, находящиеся вне контроля отдельных государств. В международных

¹ Устав Международного агентства по атомной энергии 1956 г. (сайт МАГАТЭ — <http://www.iaea.org>).

² Устав Организации Объединенных Наций 1945 г. (сайт ООН — <http://www.un.org>).

³ *Нешатаева Т. Н.* Международные организации и право: Новые тенденции в международно-правовом регулировании. М., 1998.

соглашениях особо оговаривается освобождение собственности межправительственных организаций от налогообложения.

Положения об иммунитетах ООН нашли свое закрепление в ряде соглашений, заключенных ООН с государствами-членами (**Конвенция о привилегиях и иммунитетах Организации Объединенных Наций** от 13 февраля 1946 г. и **Соглашение о штаб-квартире Организации Объединенных Наций** от 26 июня 1947 г.).

В разд. 7 Соглашения предусматривается, что американское законодательство может применяться к сделкам ООН только в том случае, если оно не противоречит внутренним правилам ООН. Предусмотрена возможность создания собственных правил международной организации в отношении сделок гражданско-правового характера. Обращение к американскому законодательству возможно лишь при отсутствии особых правил. На практике широкое распространение получил именно такой порядок. Большая часть гражданско-правовых отношений международных учреждений на территории США регулируется внутренними правилами международных организаций, а законодательству США отводится вспомогательная роль, ибо оно действует лишь в качестве дополнения к правилам международной организации и лишь постольку, поскольку те или иные вопросы не урегулированы этими правилами.

Судебный иммунитет предусмотрен в разд. 8 Соглашения о штаб-квартире ООН, определяющем, что местные суды имеют юрисдикцию по действиям, совершенным на их территории ООН, только с согласия или по требованию самой ООН. При этом применение национальной судебной процедуры допустимо лишь при наличии явно выраженного согласия на это компетентного органа международного учреждения. В этом же Соглашении предусматривается изъятие собственности ООН из-под действия прямого налогообложения.

Впоследствии все межправительственные организации системы ООН заключили подобные соглашения с государствами, в которых располагались их штаб-квартиры или отделения. Подобные соглашения разрабатываются по определенной схеме и, как правило, включают: изъятие из-под действия национального законодательства; иммунитет от применения местного судопроизводства; меры по защите собственности межправительственной организации.

Международные организации стремятся избежать подчинения своих коммерческих контрактов национальному законодательству отдельного государства. В административных органах международных организаций обосновывается необходимость отказа от подчинения сделок национальному праву любой страны. Ни в Уставе ООН, ни

в процедурных правилах ее органов, ни в международных договорах нет коллизионных норм, указывающих на конкретную правовую систему, применимую к частным сделкам ООН. Секретариат ООН рекомендует всем организациям системы ООН заключать гражданско-правовые соглашения на основе внутренних правил межправительственных организаций¹.

Вопрос о праве, применимом к контрактам найма гражданских служащих организациями системы ООН, решается на основе уставов межправительственных организаций. Так, в ст. 101 Устава ООН подчеркивается, что персонал назначается Генеральным секретарем согласно правилам, установленным Генеральной Ассамблеей ООН. Поэтому к трудовым отношениям граждан, находящихся на службе в ООН, применяется право международных организаций².

Все документы, разрабатываемые в рамках системы ООН, должны основываться на правилах и процедурах, принятых в межправительственных организациях. Они не должны подвергаться редактированию, цензуре, исправлению, отмене и т. д. со стороны исполнительных, административных и судебных органов государств-членов.

Международные организации системы ООН обладают правом быть истцами и ответчиками в суде (ст. 104 Устава ООН). Практика межправительственных организаций системы ООН показывает, что предпочтение отдается разрешению споров международными средствами через обращение в международные арбитражи и третейские суды. Межправительственные организации системы ООН практически не обращаются в национальные суды. В случаях когда юридические и физические лица обращаются в национальный суд с иском к межправительственной организации, следует отказ в принятии иска. В данном случае в действие вступает судебный иммунитет межправительственной организации.

К трансграничным частноправовым сделкам межправительственных организаций применяют как нормы, созданные самой межправительственной организацией, так и отдельные положения национальных правовых систем. Наиболее часто используемыми формулами прикрепления являются *закон места совершения акта* и *закон автономии воли*. Форма сделок и порядок заключения контрактов в межправительственных организациях определяются на основе внутренних правил организации. При решении вопроса о праве, применимом к правам и обязанностям сторон, необходимо ссылаться на внутренние правила организации.

¹ Устав Организации Объединенных Наций 1945 г. (сайт ООН — <http://www.un.org>).

² Правила о персонале ООН.

Международный характер собственности международной организации порождает ряд коллизионных вопросов. Основным принципом при решении коллизионной проблемы является, как правило, *закон местонахождения вещи*. В некоторых случаях принцип местонахождения вещи конкретизируется как «*местонахождение штаб-квартиры*» и «*место регистрации собственности*». Ссылки на национальное право страны, в которой зарегистрирована собственность межправительственных организаций, содержатся в договорах различных организаций.

В настоящее время современные договоры о штаб-квартирах межправительственных организаций не предусматривают обязательного применения к гражданско-правовым соглашениям межправительственных организаций, а также к их собственности национального права государства, в котором размещается администрация организации.

8.7. Офшорные компании

Офшоры (от англ. *offshore* — вне берега, вне границ) — один из самых известных и эффективных методов налогового планирования.

Основой этого метода является законодательство многих стран, частично или полностью освобождающее от налогообложения компании, принадлежащие иностранным лицам.

Офшорная зона — это независимое государство или территория государства с некоторой степенью автономии, чье законодательство предусматривает существование юридического лица со значительными налоговыми льготами. Такие льготы чаще всего заключаются в полном отсутствии налогов при выполнении определенных условий. В некоторых же странах налоги взимаются, но по ставкам до 10% от чистой прибыли, что в несколько раз меньше стандартных ставок большинства стран (в Европе налоги на прибыль составляют в основном 25–50%, в США для обыкновенных корпораций — 15–39%). Офшор взимает плату за регистрацию и фиксированную ежегодную пошлину (как правило, небольшую). Также необходимо оплатить услуги местной компании-администратору за надлежащее оформление регистрации, предоставление юридического адреса, выполнение обязанностей агента.

Офшорные компании — иностранные компании, зарегистрированные в офшорных центрах стран, предоставляющих им особые льготы. Такие компании обладают правом работы только за рубежом, вне места своей регистрации.

Для офшорных компаний характерны следующие особенности:

- упрощенный порядок создания;

- владельцем фирмы должно быть лицо, не проживающее в стране регистрации;
- для создания компании необязательно выезжать в страну лично;
- налоги заменяются ежегодным сбором, не зависящим от прибыли компании, либо ставка корпоративного налога крайне низкая;
- минимальная отчетность.

Часто используются фирмы, зарегистрированные в странах, с которыми имеются соглашения об избежании двойного налогообложения: это позволяет получать доход в одной договаривающейся стране, а налог платить по минимальной ставке в другой. Подобные международные соглашения не допускают, чтобы один и тот же доход облагался налогом дважды в разных странах. Так, доход иностранной компании, учрежденной на территории государства, с которым подписано данное соглашение, извлекаемый из источников в России без образования постоянного представительства, облагается налогом только в стране регистрации¹.

Договоры об избежании двойного налогообложения охватывают различные виды доходов: прибыль от коммерческой деятельности, доход от транспортной деятельности, дивиденды и проценты, роялти, доходы от недвижимости и др.² Причем для каждого из этих видов доходов в договоре предусмотрены специальные правила, преимущества которых должны быть лично оценены при создании офшорной компании (сокращенно — офшоры)³.

Образуя **офшорную компанию**, предприниматель может значительно и совершенно законно минимизировать налогообложение его местной фирмы. В результате взаимодействия фирмы в стране реального ведения бизнеса и **офшорной компании** можно практически ликвидировать выплаты по налогу на прибыль и существенно уменьшить выплаты по социальному и подоходному налогам.

Помимо льгот по налогообложению, создание офшорной компании или открытие офшорного счета могут помочь в получении вида на жительство, а также второго гражданства. В некоторых странах, например в Португалии или на Кипре, регистрация юридического лица

¹ Дзобелова З. Т. Офшорный бизнес России в современной структуре международных экономических отношений: дис. ... канд. экон. наук. М., 2005. С. 49.

² Семенов Г. Развитие свободных и офшорных зон // Российский экономический журнал. 1995. Т. 1. С. 36.

³ В настоящее время использование выгоды от двусторонних налоговых соглашений, получившее название «шопинг» налоговых соглашений (*tax treaty shopping*) или налогового планирования, стало настолько распространенным явлением, что различные страны вынуждены принимать специальные антишопинговые меры. Для того чтобы иметь возможность использовать преимущества налогового договора, компания должна доказать, что ее внешнеэкономическая деятельность направлена на получение максимальной прибыли, а не на минимизацию налоговых выплат (см.: Апель А., Гунько В., Соколов И. Обналичивание и офшорный бизнес в схемах. СПб., 2003. С. 82).

нерезидентом является законным поводом для предоставления вида на жительство, а в ряде случаев — и второго гражданства. Таким образом, офшоры предоставляют широкие возможности для иммиграции не только самого нерезидента, но и его семьи. Иногда встречаются случаи получения второго гражданства с целью регистрации офшорной компании. Если принадлежность к гражданству определенной страны провоцирует высокое налогообложение для открытой ее гражданином фирмы, то для решения проблемы бизнесменом приобретает второе гражданство. Для этого и регистрируется офшорная компания.

Существуют разные виды офшорных компаний. Одним из наиболее распространенных видов является *компания международного бизнеса* — юридическое лицо, которое создается исключительно с целью минимизации налогов нерезидентами путем ухода из-под своей национальной налоговой юрисдикции. За рубежом компания международного бизнеса (*International business company — IBC*) в некоторых государствах и территориях (Белиз, Багамские Острова, Британские Виргинские о-ва) — форма предприятия со льготным режимом налогообложения при соблюдении ряда условий. Как правило, от компании требуется не вести деятельность на территории государства регистрации или с местными субъектами хозяйствования. Ежегодно такие компании уплачивают пошлину в регистрационные органы, отчетность носит упрощенный характер.

В Российской Федерации создание компаний международно - го бизнеса было предусмотрено нормами Закона РФ от 30 января 1996 г. «О центре международного бизнеса “Ингушетия”» (утратил силу с 1 января 2005 г.). В соответствии с указанным Законом компанией международного бизнеса признавались юридические лица, нерезиденты РФ, учрежденные, зарегистрированные и действующие в Центре международного бизнеса («безналоговой зоне» на территории города Назрани в Республике Ингушетия). Такие компании не могли вести никаких коммерческих операций на территории РФ, за исключением приобретения услуг и товаров для жизнеобеспечения их офисов и иностранного персонала в Центре международного бизнеса. Учредителями (акционерами) компаний международного бизнеса могли выступать физические и юридические лица — нерезиденты РФ.

Для регистрации офшорной компании в США используют форму *компаний с ограниченной ответственностью (Limited liability company — LLC)* — форма предприятия, представляющая собой нечто среднее между партнерством и корпорацией. Участники несут ограниченную ответственность по обязательствам компании, подобно учредителям корпорации, но вместе с тем доход компании распределяется между участниками, как в партнерстве, и налог на прибыль (доходы) платит не компания, а ее участники (физические либо юридические лица), включая этот доход в свою налогооблагаемую базу. Поэтому если участ-

ником выступает нерезидент США из страны со льготным налогообложением, то и платить налоги такой участник будет по месту своей регистрации. При этом используется имидж компании под юрисдикцией США. Различают компании, управляемые участниками (*Member Managed LLC*), и компании, управляемые одним или несколькими менеджерами (*Manager Managed LLC*). Менеджеры назначаются участниками и сами могут, но не обязательно должны быть участниками. В компаниях, управляемых участниками, никакие должностные лица не будут иметь исключительного права на принятие решений и совершение действий от имени компании без санкции учредителей.

Для использования британской юрисдикции используется форма *партнерства с ограниченной ответственностью (Limited liability partnership, LLP)* — особая форма партнерства в Великобритании, в которой оба партнера могут быть юридическими лицами, а ответственность партнерства ограничена. С точки зрения уплаты налогов партнерство не является отдельным субъектом налогообложения, и налог на прибыль платит не компания, а ее участники, включая этот доход в свою налогооблагаемую базу, что дает те же преимущества, что и регистрация LLC в США.

В настоящее время насчитывается около 100 офшорных центров. Большинство из них имеют достаточно узкую «специализацию» создаваемых безналоговых или низконалоговых компаний.

Под юрисдикцией Коста-Рики находится свыше 200 игровых интернет-компаний. Законодательство Коста-Рики не налагает никаких запретов на осуществление деятельности интернет-казино на своей территории. Единственное требование, необходимое для соблюдения операторами интернет-казино, — это не допустить, чтобы жители Коста-Рики делали ставки в интернет-казино.

Среди расположенных в Европе офшорных зон наиболее часто обращаются к регистрации компаний в зонах, находящихся под юрисдикцией Гибралтара, Кипра, Ирландии, Швейцарии, Великобритании, островов Мэн, Гернси, Джерси, Люксембурга, Лихтенштейна, Дании и Нидерландов.

Наиболее известной в России европейской офшорной зоной является Кипр. Эта зона не является подлинным офшором. Кипрские компании подлежат налогообложению и требуют сдачи отчетности и проведения аудита. Однако благодаря тому что Кипр входит в ЕС, никаких ограничений при заключении контрактов между европейскими и кипрскими компаниями не существует, чего нельзя сказать про многие другие офшорные территории. Несмотря на налог на доход (введенный с 2003 г.), Кипр имеет одну из самых низких (в размере 10%) налоговых ставок в Европе. При этом у Кипра большое количество соглашений об

избежании двойного налогообложения, например с Великобританией, Данией, Норвегией, Германией, Грецией, Италией, Канадой, Россией (1998 г.), США, Францией, Швецией и другими странами.

В Центральной и Южной Америке заслуженной славой офшор - ных центров пользуются: Британские Виргинские Острова, Доминика, Багамские Острова, Острова Теркс и Кейкос, Панама, Белиз, Нэ- вис, Сент-Винсент и Гренадины, Уругвай.

США и Канада также предоставляют возможность ряду своих территорий заниматься регистрацией офшорных компаний. Наиболее известны в этом отношении штаты Делавэр, Арканзас, Орегон, Кентукки, Колорадо, Луизиана, Оклахома, Калифорния, Нью-Йорк и округ Колумбия.

Наиболее популярными офшорами в Азии и Африке являются: Сейшельские Острова, Мальдивы, Маврикий, Гонконг, Сингапур и Либерия, в Тихоокеанском регионе — Австралия, Новая Зеландия, Маршалловы Острова, Западное Самоа и Ниуэ.

8.8. Трансграничная несостоятельность

В современном мире нередки случаи банкротства, когда должник и кредиторы оказываются иностранцами по отношению друг к другу. Когда лицо несостоятельно (не способно оплатить свои долги в должном объеме и в надлежший срок), то либо оно само, либо его кредиторы могут ходатайствовать перед судом об установлении управления над его имуществом и распределении последнего среди кредиторов. Подобная процедура именуется банкротством и регулируется законодательством о несостоятельности.

Термин «банкротство» произошел от итальянских слов *banca* — скамья, стол и *rotta* — сломанный, разбитый. В Словаре Брокгауза и Ефрона это слово определяется как «юридический термин торгового права, означающий неоплатность лица, производящего торговлю, происшедшую от его вины».

Легальное определение понятия трансграничной несостоятельности в российском праве отсутствует. Впервые в отечественном законодательстве термин «трансграничная несостоятельность» появился в Федеральном законе от 26 октября 2002 г. № 127-ФЗ «О несостоятельности (банкротстве)»¹. Часть 4 ст. 29 Закона возлагает на регулирующий орган «оказание поддержки саморегулируемым организациям и арбитражным управляющим в ходе процедур банкротства, *связанных с вопросами трансграничной несостоятельности*». Самого определения трансграничной несостоятельности Закон не содержит. Указ Президента РФ от 13 октября 2004г. № 1315

¹ СЗ РФ. 2002. № 43. Ст. 4190.

«Вопросы Федеральной регистрационной службы» отнес к полномочиям Федеральной регистрационной службы как регулирующего органа оказание поддержки саморегулируемым организациям и арбитражным управляющим в ходе процедур банкротства, связанных с вопросами трансграничной несостоятельности. В свою очередь, Федеральная регистрационная служба эту функцию возложила на одно из управлений¹. Министерство экономического развития и торговли РФ определило один из департаментов ответственным по подготовке нормативной базы по вопросам трансграничной несостоятельности². Банковское сообщество в 2001 и 2005 гг. указывало на необходимость принятия безотлагательных мер по проблеме трансграничной несостоятельности банков³.

Термин «трансграничная несостоятельность» (*cross-border insolvency*) не является в зарубежной доктрине общепринятым при обозначении рассматриваемого явления. Наряду с ним используются термины «многонациональное банкротство» (*multinational bankruptcy*), «международная несостоятельность» (*international insolvency*), «глобальная несостоятельность» (*global insolvency*), «транснациональное банкротство» (*transnational bankruptcy*) и др.

Комиссия ООН по праву международной торговли (ЮНСИ-ТРАЛ) в 1997 г. приняла Типовой закон о трансграничной несостоятельности, в котором трансграничная несостоятельность в широком смысле определяется как случаи, когда несостоятельный должник имеет активы в нескольких государствах или когда в числе кредиторов должника имеются кредиторы из другого государства, чем то, в котором осуществляется производство по делу о несостоятельности⁴.

Можно говорить о том, что перед нами институт международно-частного права, трансграничность которого проявляется в наличии

¹ Приказ Федеральной регистрационной службы от 14 февраля 2005 г. № 16 «Об утверждении Временного положения об Управлении по контролю за деятельностью саморегулируемых организаций арбитражных управляющих Федеральной регистрационной службы» // Бюллетень Минюста РФ. 2005. № 2.

² Приказ Министерства экономического развития и торговли РФ от 4 октября 2006 г. № 310 «Об утверждении Положения о Департаменте корпоративного управления Министерства экономического развития и торговли Российской Федерации». Документ не опубликован.

³ Заявление Правительства РФ и Центрального банка РФ от 30 декабря 2001 г. «О стратегии развития банковского сектора Российской Федерации» // Вестник Банка России. 2002. № 5; заявление Правительства РФ № 983п-П13 и Центрального банка РФ от 5 апреля 2005 г. «О стратегии развития банковского сектора Российской Федерации на период до 2008 г.» // Вестник Банка России. 2005.

⁴ Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности и Руководство по его принятию // Организация Объединенных Наций. Нью-Йорк, 1999. С. 21 // UNITED NATIONS PUBLICATION Sales No. R/99/V/3 (текст на русском языке).

иностранный элемент в виде объекта за границей (*активов должника, находящихся под юрисдикцией иного государства, чем та, где осуществляется производство по делу о несостоятельности*), либо иностранного субъекта (*если должник и его кредиторы или один из кредиторов являются иностранцами по отношению друг к другу*).

При этом стоит отметить, что в праве различных стран отнесение данного института к международному частному праву все еще является доктринальной проблемой¹.

Определение круга подлежащих учету требований кредиторов традиционно регулируется на основании материальных норм национального права. Чаще всего трансграничность несостоятельности выражается в нахождении кредиторов должника в различных государствах. Несовпадения материально-правового и коллизионно-правового регулирования в подобной ситуации весьма распространены. В области трансграничной несостоятельности в большой степени присутствует стремление к защите каждым конкретным государством публичных интересов. В одних случаях в круге таких общественно значимых (публичных) интересов во главу угла ставятся цели реабилитации (согласно российской терминологии — санации) предприятия-должника (следовательно, интересы не только самого должника, но и общества, государства), в иных — защита третьих лиц от неисправного должника, в третьих — защита кредитора.

Коллизии в правовом регулировании вопросов несостоятельности возникают во многих сферах, но особенно много расхождений имеют место в самих критериях несостоятельности, так как в одних государствах положен признак неплатежеспособности, в других — неоплатности.

На настоящий момент не существует сколь-нибудь успешной международной конвенции, посвященной трансграничной несостоятельности (или банкротству). Предпринимавшиеся попытки принять такой документ не увенчались успехом. Основным камнем преткновения является основной вопрос международного частного права — вопрос о применимом праве. Поскольку несостоятельность (банкротство) регулируется исключительно с помощью национальной процедуры, напрямую взаимосвязанной с процессуальными аспектами судопроизводства, единственная возможность прийти к компромиссу лежит в сфере унификации если не материального, то коллизионного права. На данный момент большинство государств, отстаивая национальные интересы, не готовы принять единую коллизионную норму.

Среди международных договоров, регулирующих отношения по трансграничной несостоятельности, можно выделить следующие:

¹ В Великобритании и Франции это сфера международного частного права, в Нидерландах — нет.

Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте) 1928 г.; Европейская конвенция о трансграничной несостоятельности 1960 г.; Европейская конвенция о некоторых международных аспектах банкротства (Стамбульская конвенция) 1990 г.; Конвенция Европейского союза о трансграничной несостоятельности 1995 г.

Кроме того, существуют документы рекомендательного характера: проект Соглашения о трансграничной несостоятельности, подготовленный комитетом J (Конкордат по международной неплатежеспособности — Международная ассоциация адвокатов) 1995 г.; Модельный закон о банкротстве банков — принят на 9-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ (постановление от 8 июня 1997 г. № 9–6); Модельный закон о несостоятельности (банкротстве) — принят на 10-м пленарном заседании Межпарламентской ассамблеи государств — участников СНГ (постановление от 6 декабря 1997 г. № 10–15).

Наибольшего внимания заслуживает Типовой закон о трансграничной несостоятельности, разработанный Комиссией ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) в 1997 г. Он вобрал в себя опыт работы над Стамбульской конвенцией 1990 г., над Конвенцией Европейского сообщества о производстве по делам о несостоятельности 1995 г., а также многолетнюю практику рассмотрения дел о трансграничной несостоятельности. Массовая инкорпорация его положений в национальное законодательство помогла бы восполнить множество пробелов в этой области. Однако попытки международно-правового регулирования отношений трансграничной несостоятельности до настоящего времени не увенчались успехом. Даже в тех случаях, когда международные соглашения построены на сочетании методов единого производства и территориальных производств, ни одно из них не вступило в силу.

Проблема состоит и в отсутствии сколь-нибудь масштабных международных соглашений о признании и исполнении иностранных судебных решений, а наложение взыскания на имущество должника происходит в порядке признания и исполнения иностранного судебного решения о признании лица несостоятельным (банкротом) (см. гл. 22 «Международный гражданский процесс» настоящего учебника). Это обстоятельство при наличии активов должника в разных странах позволяет ему, проиграв процедуру несостоятельности (банкротства) в одном государстве, продолжать пользоваться имуществом в других странах. В настоящее время основным вариантом разрешения данной проблемы является возбуждение независимых (параллельных) производств о несостоятельности в разных государствах. Это позволяет кредиторам добиться контроля за имуществом должника, где бы оно ни находилось. При этом процесс усложняется и удорожается в силу

неоднородности национального регулирования (как материальных, так и процессуальных норм).

Решение суда имеет силу лишь в пределах государства суда. В Российской Федерации решения иностранных судов о признании лица несостоятельным (банкротом) могут признаваться на началах взаимности. Поэтому всегда очень высок риск отказа в применении данного принципа арбитражными судами Российской Федерации. Следовательно, в определенных случаях выбор страны для инициирования производства имеет решающее значение для благоприятного для кредитора исхода дела. Признание и исполнение иностранных решений о признании лица несостоятельным (банкротом) возможно при наличии двустороннего международного договора, но ни одного такого договора Россия еще не подписала.

Типовой закон ЮНСИТРАЛ о трансграничной несостоятельности 1997 г.¹ уделяет внимание именно возможности открытия параллельных производств с выделением основного производства. Так, основным признается производство, начатое в государстве, где находится центр основных интересов должника. Эта формулировка соответствует формулировке, содержащейся в ст. 3 Конвенции Европейского сообщества о трансграничной несостоятельности 1995 г.² (тем самым развивается унификация основных правовых понятий данного института).

2 марта 2000 г. Европейский парламент принял **Регламент № 1346/2000 о производстве по делам о несостоятельности**, воспроизводящий текст Конвенции 1995 г. (за исключением положений гл. 5 относительно толкования положений Конвенции Судом ЕС). Предусмотренный в Регламенте механизм правового регулирования обращается к модели основного и вторичного производства.

Территориально сфера действия Регламента ограничена рамками границ стран — участниц Европейского союза. Единственным условием его применения является нахождение центра основных интересов должника, т. е. либо domicilio, либо его зарегистрированного офиса, на территории любого из государств ЕС. Национальная принадлежность должника в данном случае не имеет значения.

¹ На его основе приняли национальные законы в следующих странах: Австралии (2008 г.), Колумбии и Новой Зеландии (2006 г.), в Соединенных Штатах Америки и на Британских Виргинских островах, заморской территории Соединенного Королевства Великобритании и Северной Ирландии (2005 г.), Сербии (2004 г.), Польше и Румынии (2003 г.), Черногории (2002 г.), Японии, Южной Африке и Мексике (2000 г.), Эритрее (1998 г.).

² 23 ноября 1995 г. Конвенция была открыта для подписания и впоследствии подписана всеми членами Сообщества, кроме Великобритании, которая не сделала этого из-за разногласий по проекту Директивы о процедурах реорганизации и ликвидации кредитных учреждений.

Регламент применяется и к юридическим, и к физическим лицам, но не затрагивает юридические лица публичного права. Имеющийся в ряде европейских государств дуализм гражданского и торгового права не влияет на его применение (регулируется несостоятельность и коммерсантов, и некоммерсантов). Регламент не применяется к регулированию процедур несостоятельности кредитных учреждений, страховых организаций, инвестиционных компаний, предоставляющих услуги номинальных держателей ценных бумаг третьих лиц, а также к коллективным инвестиционным предприятиям.

Регламент устанавливает, что правом, применимым к открытому производству и его правовым последствиям, является право суда, открывшего производство (*lex fori regit concursus* является разновидностью *lex loci actus*). Это право регулирует и процессуальные, и материально-правовые вопросы.

В соответствии с правом конкурсного производства (*lex concursus*) определяется состав активов должника, которые формируют конкурсную массу. Таким образом, активы должника на территории любого из государств — членов ЕС подпадают под контроль со стороны ликвидатора основного производства. В случае если активы должника находятся вне границ страны, где открыто основное производство, его последствия не затрагивают вещные права третьих лиц. Однако ликвидатор вправе проверить законность удовлетворения требований, обеспеченных вещными правами, и препятствовать реализации активов по частям (что может снизить их стоимость и отразиться на интересах других кредиторов).

Ликвидатор также может с момента назначения судом (или иным компетентным органом) принять меры, направленные на обеспечение сохранности имущества должника на территории любого из договаривающихся государств, и пользуется всеми полномочиями, которые ему предоставлены *lex concursus*.

Действия, причинившие ущерб интересам кредиторов, могут быть оспорены по закону государства, где открыто основное производство, если только выгодоприобретатель не докажет, что должно быть применено другое право, не допускающее возможности оспаривания совершенных действий.

Регламент закрепляет двухступенчатую систему юрисдикции судов. Приоритет отдан суду государства, где должник имеет центр основных интересов (только в этом государстве может быть открыто основное производство). Тем самым кредиторам дается возможность предварительно просчитать риски предоставления кредита должнику и определить компетентный суд и применимое право. Наличие пред-

приятый должника на территории нескольких государств не позволяет решить этот вопрос при помощи критерия местонахождения предприятия должника.

Существует две презумпции, с учетом которых суды контролируют порядок выбора юрисдикции:

— местом основных интересов юридического лица считается место нахождения его зарегистрированного офиса (где должник реально управляет бизнесом). Если компания зарегистрирована по почтовому ящику, местом основных интересов такой компании считается местонахождение ее центрального органа или штаб-квартиры;

— местом основных интересов коммерсантов считается их юридический адрес, а для некоммерсантов — место их обычного проживания.

В Регламенте отсутствует правило разрешения коллизии юрисдикции, если в двух и более государствах открыты основные производства. Для решения обращаются к принципу «*Community trust*», когда приоритет отдают производству, открытому в более раннее время.

Наличие предприятия должника на территории другого государства определяет компетентный суд в отношении открытия вторичного производства (в отношении активов должника, находящихся на территории государства суда, где открыто вторичное производство). Под предприятием должника понимается любое место ведения бизнеса должником, где он осуществляется постоянная деятельность с использованием людских ресурсов и товаров.

Вторичное производство может быть открыто ранее основного, в случае если невозможно открыть основное производство в отношении должника в соответствии с национальным законодательством согласно критерию места основных интересов, либо по заявлению кредитора, юридический адрес (обычное местонахождение или зарегистрированный офис) которого находится на территории государства, где расположено предприятие должника, либо по заявлению кредитора, чье требование вытекает из деятельности конкретного предприятия должника. После открытия основного производства к уже имеющемуся производству будут применяться положения, регулирующие порядок проведения вторичного производства.

Решение суда или иного компетентного органа об открытии процедуры несостоятельности в силу закрепленной трансграничной юрисдикции имеет универсальный характер и подлежит немедленно признанию в странах ЕС с момента его вынесения без каких-либо формальностей. Это означает признание компетенции иностранного

органа на вынесение данного решения, а также признание его правовых последствий на территории других государств. Признание иностранного решения об открытии вторичного производства означает признание его правовых последствий на территории государства, где открыто основное производство. Открытие вторичного производства прекращает действие правовых последствий основного производства на территории этого государства.

Регламент устанавливает признание решений *ipso jure* (автоматическое признание). Однако независимо от признания решения об открытии процедуры последующие решения могут быть не признаны в других государствах как не отвечающие требованиям Регламента. Непризнание иностранного решения возможно в случае противоречия иностранного решения или его правовых последствий публичному порядку государства (в том числе конституционным правам и свободам граждан) либо если признание или исполнение иностранного решения может вызвать ограничение личной свободы человека или тайны переписки.

Принудительное исполнение иностранных решений, в том числе в отношении признания лица несостоятельным, осуществляется с применением специальной процедуры экзекватуры, закрепленной в Брюссельской конвенции 1968 г.

Закон РФ от 26 октября 2002 г. «О несостоятельности (банкротстве)» устанавливает на основе односторонней коллизионной нормы в качестве права, применимого в рамках института трансграничной несостоятельности, российское право как право государства суда, возбудившего производство по делу о несостоятельности. Поскольку дела о банкротстве рассматриваются по правилам, предусмотренным АПК РФ, с особенностями, установленными Законом о несостоятельности, то последний является одним из основных актов, нормы которых составляют *lex fori concursus*.

Частью 5 ст. 1 Закона установлено, что «к отношениям, регулируемым настоящим Федеральным законом, с участием иностранных лиц в качестве кредиторов применяются положения настоящего Федерального закона, если иное не предусмотрено международным договором». Иностранные кредиторы поставлены в один ряд со всеми конкурсными кредиторами, тем самым установлен национальный режим статуса кредиторов.

Дополнительная литература

Асосков А. В. Правовые формы участия юридических лиц в международном коммерческом обороте. М., 2003.

Кадлец М. В. Корпоративное право Европейского союза: от общих принципов до Устава европейской компании // Международное публичное и частное право. 2005. № 6.

Луниц Л. А. Многонациональные предприятия капиталистических стран в аспекте международного частного права // Сов. гос-во и право. 1976. № 5.

Нешатаева Т. Н. Иностранцы предприниматели в России. Судебно-арбитражная практика. М., 1998.

Суворов Л. Л. Проблема определения личного статуса юридического лица и его государственной принадлежности в современном международном частном праве // Журнал международного частного права. 1995. № 3 (9).

Глава 9

ГОСУДАРСТВО КАК СУБЪЕКТ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса РФ 2001 г.; Гражданско-процессуальный кодекс РФ 2002 г. (ст. 401); Арбитражно-процессуальный кодекс РФ (ст. 251); Закон Великобритании «О государственном иммунитете» 1978 г.; Закон США «Об иммунитете иностранных государств» 1976 г.; Брюссельская конвенция для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных судов 1926 г. (с доп. 1934 г.) (Россия не участвует); Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г. (Россия не участвует); Конвенция ООН о юрисдикционны/х иммунитетах государств и их собственности 2004 г. (Россия не участвует)

9.1. Особенности правового положения государства как субъекта международного частного права

В системе международных отношений центральное место занимает государство. Суверенитет как имманентно присущее государству качество делает его не только основным, но и принципиально отличным субъектом как международного, так и внутреннего права. Во внутренней сфере в силу своей властной природы оно является главным субъектом в системе публично-правовых отношений. Но государство может быть и субъектом частноправовых отношений, которые характеризуются независимостью и равноправием субъектов, свободой их воли и неприкосновенностью частной собственности. С одной стороны, участие государства не меняет сущности частноправовых отношений, но, с другой — властная природа и суверенитет государства не могут не сказаться на его правовом положении.

В соответствии со ст. 124 ГК РФ Российская Федерация, субъекты Федерации, а также муниципальные образования участвуют в гражданско-правовых отношениях «на равных началах с иными участниками этих отношений — гражданами и юридическими лицами». Из этой статьи следует три положения: государство может быть субъектом гражданско-правовых отношений; государство не пользуется никакими преимуществами и имеет те же права и обязанности, что и другие

субъекты гражданско-правовых отношений; к государству по аналогии применяются нормы, определяющие участие юридических лиц в этих отношениях (п. 2 ст. 124).

Государство часто становится участником трансграничных частно-правовых отношений. Например, государство арендует или покупает участок земли для дипломатической миссии либо иных нужд в иностранном государстве, арендует, покупает или строит дома на территории иностранного государства, фрахтует иностранное судно для перевозки своих грузов, заключает договор подряда с иностранной фирмой для строительства или реконструкции своих зданий, государство выступает в качестве наследника, выпускает облигации на территории иностранного государства, хранит деньги в иностранных банках и т. д. Причем в том или ином объеме в частноправовых отношениях международного характера принимают участие все государства, независимо от их социально-экономического строя, уровня развития.

Отметим такую характерную деталь: с развитием и усложнением международных экономических связей, с процессом интернационализации и тенденций к глобализации экономической жизни происходит значительное увеличение роли государства в управлении экономическими процессами, и вместе с тем увеличивается непосредственное участие государства в международных частноправовых отношениях. *Наряду с традиционными формами участия, сохраняющими свое значение (например, облигационные займы за рубежом), появляются новые формы, которые могут сыграть положительную роль в развитии национальной экономики.* Например, многие государства использовали для развития важных отраслей внутренней экономики *концессионные соглашения*, заключаемые с иностранными юридическими и физическими лицами, по которым государство на возмездной и срочной основе предоставляет иностранному инвестору право на освоение природных ресурсов. В последние годы концессионные соглашения стали заменяться более прогрессивной формой — *соглашениями о разделе продукции*. Так же как и в концессионном соглашении, государство передает иностранному инвестору на возмездной и срочной основе право на освоение природных ресурсов, но продукция, полученная в результате деятельности, делится между государством и иностранным инвестором на оговоренных в соглашении условиях.

Таким образом, государства достаточно активно участвуют в различного рода частноправовой деятельности международного характера и выступают субъектами международного частного права. При этом государство, арендуя имущество, заключая иные сделки на территории иностранного государства, пользуется особым правовым режимом, со-

гласно которому государство, его собственность, сделки с его участием не подчиняются власти этого иностранного государства, т. е. его юрисдикции. *Особенность правового режима государства как участника международной частноправовой деятельности заключается в его иммунитете от иностранной юрисдикции.*

Юрисдикция вытекает из суверенитета государства и означает его законодательную, судебную, административную власть; объем власти и сферу действия власти (часто термин «юрисдикция» используется в узком смысле слова как только судебная власть). В данной главе термин «юрисдикция» будет использоваться как в широком, так и в узком значении как судебная юрисдикция. Юрисдикция осуществляется государством в основном в пределах своей территории: согласно своему суверенитету государство подчиняет своей власти всех, кто находится, и все, что находится на его территории¹. Поэтому говорят о территориальной юрисдикции. Для понимания иммунитета государства необходимо отметить, что юрисдикция бывает *полной и ограниченной*.

Полная означает, что государство обладает властью *предписывать* определенное поведение (например, нормами права, административными распоряжениями и пр.) всем находящимся на его территории и *обеспечивать* любыми средствами реализацию своих предписаний. *Ограниченная* означает, что государство обладает властью предписывать определенное поведение, но оно *ограничено по различным причинам в использовании средств для обеспечения реализации своих предписаний*.

Неподчинение одного государства юрисдикции другого никогда не означает полного отказа этого другого государства от своей юрисдикции. В отношении к иностранному государству не могут быть применены *принудительные меры*: по принудительному применению закона, по принудительному привлечению к суду и пр. Но это не означает полного правового беспредела, не означает, что иностранное государство может игнорировать право государства, на территории которого оно осуществляет деятельность. Напротив, Венская конвенция о дипломатических сношениях 1961 г. прямо предписывает всем государствам, его должностным лицам осуществлять свою деятельность в соответствии с законами государства, на территории которого они находятся, а также соблюдать местные традиции и обычаи. *Иммунитет включает в себя лишь неприменение принудительных мер по осуществлению законов, административных распоряжений, судебных распоряжений и решений и пр.*

¹ В определенных случаях юрисдикция государства может носить экстерриториальный характер, но это не затрагивает проблему иммунитета государства. См.: Лукашук И. И. Международное право. Общая часть. М., 1997. С. 217 и след.

Определение иммунитета государства зависит от того, с позиций какого государства его рассматривать: либо с позиции государства, осуществляющего деятельность на территории иностранного государства, либо с позиции принимающего государства. В целом это будут две стороны одного и того же явления.

1. *Иммунитет* — это право государства на частичное освобождение от юрисдикции другого государства, т. е. право на неприменение к нему принудительных мер со стороны судебных, административных и иных органов другого государства.

2. *Иммунитет* — это частичный отказ государства от осуществления своей территориальной юрисдикции, т. е. отказ от применения принудительных мер своими судебными, административными и другими государственными органами в отношении иностранного государства.

Итак, особенность правового положения государства как субъекта частноправовых отношений международного характера сводится к его праву на иммунитет. Причем важно подчеркнуть, что далеко не во всех случаях участия государства в международных частноправовых отношениях оно обладает правом на иммунитет. Об этом праве можно говорить лишь тогда, когда данное частное правоотношение каким-либо образом связано с территориальной юрисдикцией иностранного государства: или спор должен быть рассмотрен в иностранном судебном органе, или имущество, на которое нужно наложить арест, находится на территории иностранного государства, или трудовой договор с иностранцем осуществляется на территории иностранного государства и т.д.

Следует подчеркнуть, что *вопрос об иммунитете возникает только в связи с иностранной юрисдикцией*. Если частноправовое отношение, осложненное иностранным элементом, стороной которого является государство, осуществляется на территории этого же государства, то в случае возникновения спора он рассматривается правоприменительными органами этого государства на общих основаниях и об иммунитете нет речи.

Иммунитет государства и его собственности — один из старейших институтов как внутреннего, так и международного права. Порожден он был необходимостью поддержания официальных отношений между государствами. Они были бы невозможны, если бы представители иностранного государства, его руководители и дипломатические представители были подчинены власти государства пребывания. Независимость государств друг от друга выражена в формуле «Равный над равным не имеет власти» (*par in parem imperium non habet*).

В начале XIX в. судебная практика и доктрина признали, что иммунитет государства является нормой международного права, порожденной объективной потребностью взаимодействия государств на

территории друг друга. Никаких исключений из иммунитета представителей государства и его собственности не допускалось. К концу XIX в. иммунитет государства рассматривался в качестве общепризнанной нормы или принципа международного права.

Однако уже в этот период государства начали достаточно широко принимать участие в коммерческой деятельности как непосредственно, так и через принадлежащие им компании. В результате вступающие с ними в коммерческие отношения иностранные физические и юридические лица оказывались лишенными судебной защиты своих прав. Возможные отрицательные последствия иммунитета государства особенно отчетливо проявились с возникновением советского государства, которое, монополизировав внешнеэкономическую деятельность, осуществляло международную коммерческую деятельность через своих торговых представителей. Появились судебная практика, новые доктрины, исходящие из необходимости ограничения иммунитета государства. Причем объективно эти решения и доктрины были направлены против советского государства. Ситуация с иммунитетом обострялась в течение всего XX в. с возникновением целого ряда социалистических стран после Второй мировой войны и с распадом колониальной системы, в результате чего многие освободившиеся страны выбрали социалистический путь развития, осуществив национализацию имущества и монополизацию внешнеэкономической деятельности.

Во второй половине XX в. институт иммунитета государства превратился в одну из наиболее спорных проблем международного (публичного) и международного частного права. Сама жизнь потребовала каких-то ограничений иммунитета государства. Но ни доктрины, ни судебная практика разных государств не смогли создать общих подходов к решению этой проблемы. Дело осложнялось и тем, что непростая правовая проблема получила социально-политическую окраску. В результате возникла настоятельная необходимость урегулировать вопрос на международном уровне.

Первая попытка была сделана принятием Брюссельской конвенции для унификации некоторых правил относительно иммунитета государственных судов от 10 апреля 1926 г. (дополнена Протоколом от 24 мая 1934 г.). Суда в силу своей мобильности часто оказывались на территории иностранных государств и становились объектом притязаний со стороны частных лиц по обязательствам государств. Поэтому вопрос об иммунитете государственных судов требовал первостепенного решения. Первым договором, рассматривающим проблему иммунитета в целом, явилась Европейская конвенция об иммунитете государств и дополнительный протокол к ней, принятые Советом Европы (далее — Европейская конвенция) в 1972 г. (Россия не участвует).

В 1977 г. вопрос об иммунитете был включен в программу работы Комиссии международного права с целью подготовки проекта международной конвенции. Проект статей «Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности» был подготовлен Комиссией и в 1991 г. передан Генеральной Ассамблее ООН. Из-за разногласий между государствами по ряду статей проекта он пока не принят. Более того, по инициативе Генеральной Ассамблеи Комиссия вновь возвращалась к рассмотрению некоторых положений подготовленного проекта в 1999 г. В результате почти тридцатилетней работы резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН от 16 декабря 2004 г. была принята Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности (далее — Конвенция ООН).

И Брюссельская конвенция, и Европейская конвенция, и Конвенция ООН по-разному определяют объем иммунитета, условия его пользования, но *все подтверждают право государства на иммунитет от иностранной юрисдикции в качестве общепризнанного начала как международного (публичного), так и международного частного права.* Так, ст. 15 Европейской конвенции подчеркивает, что договаривающееся государство пользуется иммунитетом от юрисдикции в судах другого договаривающегося государства; оно пользуется иммунитетом, даже если не явилось в суд¹. Еще более конкретно этот принцип выражен в ст. 5 Конвенции ООН: «Государство обладает иммунитетом в отношении себя и своей собственности, от юрисдикции судов другого государства.»²

В последней четверти XX в. некоторые государства стали принимать специальные законы об иммунитете. Первый закон был принят в США в 1976 г. — «Об иммунитетах иностранного государства». Затем: в 1978 г. в Великобритании — Акт об иммунитете государства; в 1979 г. в Сингапуре — Акт об иммунитете государства; в 1981 г. в Пакистане — Ордонанс об иммунитете государства и в ЮАР — Акт об иммунитете иностранного государства; в 1982 г. в Канаде — Акт, предоставляющий иммунитет государству в канадских судах; в 1984 г. в Австралии — Акт об иммунитете иностранного государства и др. И в этих законах также признается в качестве общепризнанной нормы право государства на иммунитет от иностранной юрисдикции. Так, ст. 1604 Закона США устанавливает, что «иностранное государство обладает иммунитетом от юрисдикции в судах Соединенных Штатов Америки и в судах штатов.»³; в ст. 1 английского закона утверждается, что «государство обладает им-

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 70.

² См.: ООН. Генеральная Ассамблея. 59-я сессия. А/RES/59/38. 2004. 16 дек. С. 4.

³ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 56.

минитетом от юрисдикции судов Соединенного Королевства.», это право признается за иностранным государством, даже если оно не участвует в процессе¹.

В России нет специальных законов об иммунитете. В продолжение рассмотренной выше ст. 124 ГК РФ в Кодекс включена ст. 127, которая декларирует, что особенности ответственности Российской Федерации и субъектов РФ в отношениях, регулируемых гражданским законодательством, с участием иностранных юридических лиц, граждан и государств определяются законом об иммунитете государства и его собственности. Пока такого закона нет. Но в действующих законах содержится отдельные правила об иммунитете. ГПК РФ 2002 г. в ст. 401 устанавливает, что предъявление иска к иностранному государству, привлечение его в качестве ответчика и третьего лица, обеспечение иска и наложение ареста на имущество иностранного государства, находящееся в России, могут быть допущены лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства. Аналогичное правило было и в предшествующем ГПК 1964 г. в ст. 435.

АПК РФ 1995 г. почти дословно воспроизводил эту формулировку; АПК РФ от 24 июля 2002 г. ее изменил: судебным иммунитетом в арбитражных судах Российской Федерации обладает «*иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти*» (ст. 251).

В разд. VI ГК РФ включена еще одна статья, названная «Участие государства в гражданско-правовых отношениях, осложненных иностранным элементом» (ст. 1204). Однако вопреки обещающему названию она решает один узкий вопрос о применении коллизионных норм к международным гражданско-правовым отношениям с участием государства: «...*правила настоящего раздела применяются на общих основаниях*».

Данные статьи свидетельствуют, что Россия признает право иностранного государства на иммунитет от юрисдикции российских правоприменительных органов. Конкретные же пределы отказа от собственной территориальной юрисдикции, условия такого отказа, последствия и т. д. должны быть определены в специальном законе, принятие которого декларировано ГК РФ.

9.2. Природа и содержание юрисдикционного иммунитета государства

В предыдущем параграфе, показывая особенности правового положения государства в международном частном праве, дано определение юрисдикционного иммунитета. Чтобы понять все современные тенден-

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 61.

ции, складывающиеся вокруг института иммунитета, нельзя ограничиться только его определением, нужно раскрыть природу и содержание иммунитета, его составные элементы.

Правовая природа иммунитета государства. Для понимания иммунитета большое значение имеет его правовое обоснование, его *правовая природа*. На первом этапе становления этого института суды обосновывали право иностранного государства на иммунитет *международной вежливостью* — *comitas gentium*. Но уже в начале XIX в. американские суды рассматривали иммунитет иностранного государства как сложившийся международно-правовой обычай. Причем исходила ли практика из вежливости или из международно-правового обычая, с самого начала существующей судебной практики независимость, суверенитет государства служили главным обоснованием иммунитета.

Ссылка на международную вежливость встречается уже в первом судебном решении, признавшем иммунитет иностранного государства, вынесенном одним из голландских судов в 1688 г.: три испанских военных корабля были задержаны в иностранном порту в связи с претензиями частных лиц к испанскому королю. Арест был снят и признан недопустимым как нарушающий правила вежливости по отношению к иностранному суверену¹.

Показательно решение Верховного суда США от 1812 г., которое прямо исходило из наличия соответствующего международно-правового обычая, необходимого для того, чтобы государства могли свободно взаимодействовать на территории друг друга: «Это полное равенство и абсолютная независимость суверенов, и эти общие интересы, побуждающие их к взаимным отношениям, а также обмен добрыми услугами друг с другом, породили разновидность судебных дел, которые исходят из того, что каждый суверен отказывается от осуществления части той полной, исключительной территориальной юрисдикции, которая рассматривается как свойство каждого государства»².

Комиссия международного права, изучив судебную практику и доктрину многих государств, пришла к выводу о правовой природе иммунитета государства: «Наиболее убедительные аргументы в пользу иммунитета государства можно найти в *международном праве*, которое воплощено в обыкновениях и практике государств *принципами суверенитета, независимости, равенства и достоинства государств*. Все эти понятия, видимо, взаимосвязаны и в целом составляют прочную между-

¹ См. об этом: *Богуславский М. М.* Иммунитет государства. М., 1962. С. 25.

² См. об этом: *Лукашук И. И.* Международное право в судах государств. С. 54.

народно-правовую основу иммунитета суверена. Иммунитет происходит из суверенитета. *Когда двое находятся в равном положении, один не может осуществлять суверенитет или власть над другим: par in parem imperium non habet*¹.

Таким образом, иммунитет государства в частноправовой сфере есть следствие, проявление, грань суверенитета: равный над равным не имеет власти вообще, в том числе и юрисдикции: *par in parem non habet jurisdictionem*. Вывод Комиссии имеет принципиальное значение особенно при создании национальных законов об иммунитете иностранных государств.

Понятие государства для целей иммунитета. Вопрос достаточно спорный, особенно в отношении субъектов федерации. В проекте Конвенции ООН «Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности», подготовленном Комиссией международного права и представленного Генеральной Ассамблее ООН, составные части федеративного государства были включены в понятие «государство» и как таковые пользовались иммунитетом. Как уже упоминалось, ряд статей проекта были возвращены Комиссии для пересмотра, в том числе и статья о понятии «государство», которое в редакции 1999 г., вошедшей в ст. 2 Конвенции, для целей иммунитета означает: 1) государство и его органы управления; 2) составные части федеративного государства и политические подразделения государства, которые правомочны совершать действия в осуществление суверенной власти; 3) учреждения и иные образования в той мере, в какой они правомочны действовать в осуществление суверенной власти; представители государства, действующие в этом качестве².

Из этого видно, что иммунитет распространяется на государство в целом и на его правительственные органы. Это же относится к иным учреждениям, но только в той мере, в какой они правомочны осуществлять государственную власть. На официальных представителей государства иммунитет распространяется, если они действуют в этом качестве. Наконец, статус субъектов федерации уравниен со статусом политических подразделений. Такой подход соответствует и Федеративному закону о координации международных и внешнеэкономических связей субъектов РФ от 4 января 1999 г.³ Вместе с тем государство может в конкретном случае уполномочить власти субъекта Федерации высту-

¹ ООН. Генеральная Ассамблея. Комиссия международного права. Второй доклад о юрисдикционных иммунитетах государств и собственности. Док. A/CN.4/331/Add. 1. 9 June 1980. P. 27.

² См.: ООН. Генеральная Ассамблея. 59-я сессия. A/RES/59/38. 2004. 14 дек. С. 3.

³ В соответствии со ст. 8 Закона федеральные органы власти не несут ответственности по соглашениям при осуществлении внешнеэкономических связей, заключенным органами власти субъектов РФ. Исключение, если такой договор заключен с согласия Федерации (см.: СЗ РФ. 1999. № 2. Ст. 231).

пать как его орган от имени Федерации. В этом случае на их действия иммунитет будет распространяться¹.

Содержание иммунитета. Иммунитет государства от юрисдикции иностранного государства состоит из нескольких элементов: 1) судебный иммунитет; 2) иммунитет от применения мер по предварительному обеспечению иска; 3) иммунитет от принудительного исполнения судебного решения; 4) иммунитет собственности государства; 5) иммунитет от применения иностранного права.

Судебный иммунитет — юрисдикционный иммунитет в узком смысле слова как неподсудность государства суду иностранного государства. Согласно судебному иммунитету ни один иностранный суд не вправе принудительно осуществить свою юрисдикцию по отношению к другому государству, иначе говоря, не вправе привлечь иностранное государство в качестве ответчика. В то же время если государство обращается с иском в иностранный суд для защиты своих прав, то ни один иностранный суд не вправе отказать ему в юрисдикции. Такой отказ был бы нарушением суверенных прав государства. Государство может выступить и ответчиком в иностранном суде, но при добровольном согласии².

Меры по предварительному обеспечению иска. Согласно иммунитету суд, рассматривающий частноправовой спор с участием иностранного государства, не вправе применять любые меры по предварительному обеспечению иска, так как эти меры носят принудительный характер. Часто меры по обеспечению иска рассматриваются и принимаются судом еще до возбуждения и слушания дела с участием государства. В любом случае если такие меры касаются государства и его собственности (арест государственных счетов в иностранных банках, опись имущества, ограничение права государства пользоваться своим имуществом и пр.), то с точки зрения иммунитета они недопустимы.

Меры по принудительному исполнению иностранного судебного решения. В отношении государства и его собственности не могут быть приняты какие-либо принудительные меры по исполнению иностранного судебного (арбитражного) решения любыми органами этого и любого другого иностранного государства. Даже если государство добровольно приняло участие в иностранном судебном процессе, решение может

¹ Согласно ст. 28 Европейской конвенции автономные единицы, входящие в состав федеративного государства, не пользуются иммунитетом. Однако федеративное государство, присоединяясь к Конвенции, может сделать оговорку о распространении права на иммунитет и на субъектов федерации (п. 2 ст. 28).

² Кстати, это не означает отсутствия правосудия. Заинтересованные лица могут беспрепятственно обратиться с требованиями к государству в суды и другие правоприменительные органы этого государства. Как уже говорилось, в таком случае вопрос об иммунитете не возникает. И наконец, можно обратиться к своему правительству для воздействия на иностранное государство по дипломатическим каналам.

быть выполнено им только добровольно. Иммунитет включает право государства на неприменение к нему принудительных мер по исполнению решения.

Швейцарская фирма Noga в целях исполнения решения 1997 г. Арбитражного института при Стокгольмской торговой палате, которое обязало Россию выплатить ей задолженность в размере 63 млн долл., предпринимала неоднократные попытки в разных странах наложить арест на имущество, принадлежащее России: в 2000 г. во Франции — на счета российских дипслужб, Центрального банка России и Внешэкономбанка; в США — на российский уран, складированный на основе межправительственного соглашения; в 2001 г. во Франции — на российские самолеты Су-30МК и МиГ-АТ, выставленные на авиасалоне в Ле-Бурже. Попытки не увенчались успехом: либо суды этих государств отказывали в наложении ареста, либо если суды первой инстанции накладывали арест, то вышестоящие суды отменяли эти решения.

Иммунитет собственности государства означает правовой режим неприкосновенности государственной собственности, находящейся на территории иностранного государства. Он тесно связан с иммунитетом государства. Рассмотренные выше элементы содержания иммунитета государства, связанные с судебным разбирательством спорного правоотношения с участием государства, прямо направлены на обеспечение неприкосновенности государственной собственности.

Но есть некоторые особенности между иммунитетом государства и иммунитетом собственности. Последняя пользуется иммунитетом независимо от наличия судебного разбирательства, и даже если находится во владении лица, которое не обладает иммунитетом. Это предопределяет выделение вопросов собственности в качестве самостоятельного элемента содержания иммунитета. В свою очередь, это подтверждается судебной практикой, выделяющей иммунитет собственности в самостоятельный вопрос.

Например, получившее признание решение английского суда по делу судна *Cristina* (1938 г.) подчеркивает, что независимо от того, является ли суверен стороной в процессе или нет, суды не могут выносить решение о захвате или задержании собственности, которая ему принадлежит или находится в его владении или под его контролем¹.

На такой позиции основываются и международно-правовые акты. И Европейская конвенция, и Конвенция ООН не только выделяют

¹ См.: Ежегодник Комиссии международного права. 1985. Т. 2. Ч. 1. С. 29.

вопросы собственности в отдельные статьи, но и решают их на совершенно иных началах.

Режим неприкосновенности государственной собственности тесно связан с еще одной международно-правовой доктриной — доктриной «акта государства»¹, согласно которой суды одного государства не должны выносить решения относительно актов правительства другой страны, совершенных на ее территории². Если государство приобрело собственность на основе акта, принятого на своей территории, ни один иностранный суд не вправе обсуждать правомерность принадлежности собственности. Иммунитет собственности проявляется в том, что если имущество находится во владении государства, которое заявило, что оно ему принадлежит, то никакие органы иностранного государства не могут проверять правомерность этого факта. В известном решении английского суда по делу *Luther v. Sagor*, связанному с советской национализацией (1921 г.), было отмечено: «Если Красин привез с собой эти товары в Англию и объявил от имени своего правительства, что они принадлежат русскому правительству, то ни один английский суд не может проверять, соответствует ли такое заявление действительности. Подобное расследование противоречило бы международной вежливости (*comit of nations*) в отношениях между независимыми суверенными государствами»³.

Иммунитет от применения иностранного права, который часто называют *иммунитетом сделок с участием государства*, так как он чаще всего возникает по поводу обязательств, вытекающих из сделок. Поскольку государство в силу иммунитета свободно от принудительных мер по осуществлению иностранных законов, административных распоряжений и пр., то из этого следует, что частноправовые отношения международного характера с участием государства, в частности сделки, заключаемые государством с иностранными физическими и юридическими лицами, должны регулироваться правом этого государства, если только сами стороны не договорятся о применении иностранного права.

¹ О доктрине «акта государства» в американской практике и теории см.: *Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. А.* Международные сделки: пер. с англ. М., 1996. С. 402 и след.

² Нельзя не отметить, что доктрина «акта государства» была достаточно полно сформулирована в американской судебной практике (классическим выражением этой доктрины считается решение Верховного суда США 1897 г. См.: *American Journal of International Law*. 1965. Vol. 59. № 1. P. 98, 360), но впоследствии она подверглась различным ограничениям, в частности на основе Закона об иностранной помощи 1964 г. До сих пор она сохраняет действие, хотя ее применение обосновывается не столько правовыми, сколько политическими соображениями (см.: *International and Comparative Law Quarterly*. 1965. Vol. 14, pt. 2. P. 490).

³ См.: *Чешир Дж., Норт П.* Указ. соч. С. 168 и след.

Это правило давно уже сложилось в судебной практике. Большую известность получили дела по сербским и бразильским займам, рассмотренные Постоянной палатой международного правосудия в 1929 г. Так, при рассмотрении дела по иску французских держателей сербских государственных займов к сербскому правительству Палата применила право Сербии, признав, что права и обязанности по этим займам подчинены не праву Франции, где облигации выпущены, а сербским законом. При этом Палата подчеркнула, что природа суверенного государства проявляется в том, что действительность принятых им обязательств не может быть подчинена иному закону, чем его собственному¹, если стороны не договорились о другом.

Несмотря на то, что в дальнейшем данное правило, как и другие правила иммунитета, подвергалось ограничениям и сомнениям, оно существует до сих пор и находит закрепление в международных договорах. Наиболее важным подтверждением является Вашингтонская конвенция о порядке разрешения инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. Согласно ст. 42 инвестиционный спор с участием государства рассматривается на основе права, избранного сторонами; при отсутствии такого выбора применяется право государства, выступающего в качестве стороны в споре².

С этим последним элементом содержания иммунитета прямо связана ст. 1204 ГК РФ. Она устанавливает, что к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства правила разд. VI применяются на общих основаниях, если иное не установлено законом. Раздел VI ГК содержит коллизионные нормы, направленные на установление права, применимого для регулирования тех или иных видов гражданско-правовых отношений с иностранным элементом. Следовательно, эти же коллизионные нормы должны применяться в равной степени и к отношениям, в которых участвует государство. Коллизионная норма может выбрать, как известно, либо российское, либо иностранное право, и если она по конкретному вопросу отошлет к иностранному праву, то такое иностранное право должно быть применено, даже если субъектом отношения выступает государство.

¹ См.: PCIJ. Ser. A 20 (1929). P. 41, 53. Дополнительно отметим, что в Международном суде ООН, в котором в 1957 г. рассматривался франко-норвежский спор о некоторых норвежских займах, норвежское правительство заявило, что предмет спора между норвежским правительством и французскими держателями облигаций лежит целиком в сфере норвежского права. Суд не вынес решение по существу, так как признал себя некомпетентным, тем самым косвенно согласившись с позицией норвежской стороны (см.: Case of Certain Norwegian Loans: I. C. J. Reports 1957. P. 13).

² См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 94.

Таким образом, рассмотренные выше *отдельные элементы иммунитета взаимосвязаны и вместе составляют содержание иммунитета государства в частноправовой сфере.*

9.3. Виды иммунитета государства

Абсолютный иммунитет означает право государства пользоваться иммунитетом в полном объеме, всеми его элементами; он распространяется на любую деятельность государства и любую его собственность. Первоначально иммунитет сложился и применялся как абсолютный.

В Советском государстве и в других социалистических странах, в которых государственная собственность являлась основой экономики, иммунитет всегда понимался как абсолютный¹, что помогало изъять свою внешнеэкономическую деятельность из-под юрисдикции иностранных судов. Абсолютный иммунитет был законодательно закреплен в советском праве. В Основах гражданского судопроизводства Союза ССР и союзных республик 1961 г. (ст. 61) и соответственно в ГПК РСФСР (ч. 1 ст. 435) было закреплено: «Предъявление иска к иностранному государству, обеспечение иска и обращение взыскания на имущество иностранного государства, находящегося в СССР, могут быть допущены лишь с согласия компетентных органов соответствующего государства». Аналогичное правило (с небольшими отличиями в формулировке) зафиксировано уже в наше время в ГПК РФ 2002 г. (ст. 401).

В условиях расширения и углубления международного экономического сотрудничества абсолютный иммунитет становился ощутимым препятствием в развитии мирохозяйственных связей. Он нарушает права юридических и физических лиц — контрагентов иностранного государства на судебную защиту своих законных имущественных прав.

Нельзя не отметить, что абсолютный иммунитет не только препятствует развитию коммерческих связей с участием государства, но и часто практически нереализуем. *Государство на территории иностранного государства может рассчитывать только на такой объем иммунитета, на который принимающее государство готово отказаться от своей юрисдикции.* Понятно, что ожидания и реальность могут серьезно расходиться. Поэтому государства, исходящие из абсолютного иммунитета, защищают дополнительно свои права либо условием взаимности, либо возможностью применения реторсий. Например, возможность принятия реторсий была предусмотрена в ч. 3 ст. 435 ГПК РСФСР.

¹ См.: *Богуславский М. М.* Иммунитет государства. М., 1962. С. 14 и след.; *Баратынц Д. Н., Богуславский М. М., Колесник Д. Н.* Современное международное право: иммунитет государства // Советский ежегодник международного права. С. 167.

В связи с этим в доктрине и судебной практике появляется идея необходимости *ограничения иммунитета государства*. Можно выделить *три вида ограниченного иммунитета*.

1. **Функциональный иммунитет.** Этот вид иммунитета основан на принципиальном разграничении функций государства на два вида: публично-правовую и частноправовую. Если государство действует как суверен, совершает акт властвования (*acta imperii*), т. е. выступает как носитель суверенной власти (*de jure imperii*), то оно всегда пользуется иммунитетом, в том числе и в частноправовой сфере. Если государство выступает в качестве частного лица (*acta gestionis*), занимается коммерческой деятельностью (*de jure gestionis*), то тогда государство иммунитетом не обладает.

Впервые этот вид иммунитета был сформулирован в самом общем виде в решениях суда Бельгии (1857 г.) и суда Италии (1883 г.). Активно он разрабатывался в доктрине международного права после возникновения Советского государства. Создаваемая в тот период доктрина функционального иммунитета была откровенной реакцией на прямое участие советского государства в частноправовой экономической сфере¹. Тем не менее функциональный иммунитет утверждался в судебной практике разных стран с большим трудом. Быстрее этот процесс шел в европейских странах. Англо-американские суды продолжали придерживаться в целом позиции абсолютного иммунитета вплоть до принятия в США и в Англии законов об иммунитете². Функциональный иммунитет нашел закрепление и в ряде законов, принятых в 70–80-е гг. в некоторых странах. Полностью на функциональном иммунитете основаны: Закон США «Об иммунитетах иностранного государства» 1976 г.; Акт, предоставляющий иммунитет государству в канадских судах, 1982 г.; Акт Австралии «Об иммунитете иностранного государства» 1984 г.

Идея функционального иммунитета нашла закрепление в ст. 251 АПК РФ 2002 г.: при разбирательстве экономических споров иммунитет предоставляется иностранному государству только тогда, когда оно выступает «в качестве носителя власти»³.

Функциональный иммунитет в том виде, в каком он сформулирован в судебной практике, в международно-правовой доктрине, а затем и в ряде национальных законов, обладает целым рядом существенных

¹ Обзор доктрины по функциональному иммунитету см.: Броулли Я. Международное право: пер. с англ. М., 1977. С. 464–474.

² Подробнее об этом см.: Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спано Дж. А. Указ. соч. С. 385–388.

³ См.: Комментарий к Арбитражному процессуальному кодексу Российской Федерации / под ред. В. Ф. Яковлева и М. К. Юкова. М., 2003. С. 656–660.

недостатков, которые не позволили ему стать общепризнанной альтернативой абсолютному иммунитету.

Прежде всего отметим, что ни доктрина, ни судебная практика, ни законы *не установили какие-либо объективные критерии*, с помощью которых можно было бы определенно или хотя бы с существенной долей определенности разграничить деятельность государства как суверена или как частного лица. *Чаще всего называется характер (природа) операции или ее цель*¹.

Если опираться на характер отношения, то *любая сделка, операция, регулируемая частным правом, а не международным, является частноправовой* и ничем не отличается от подобных операций, совершаемых частными лицами. С точки зрения природы акта аренда государством здания является частноправовой сделкой независимо от того, арендуется ли здание для расположения посольства или для устройства гостиницы для проживания приезжающих своих граждан. Последовательное применение этого критерия неизбежно ведет к крайнему выводу (необходимость которого всеми отрицается), что в любой сфере деятельности, регулируемой не международным, а национальным частным правом, государство не должно пользоваться иммунитетом.

Нерезультативно и применение цели деятельности в качестве разграничительного критерия: государство обладает иммунитетом, если совершаемые им операции не имеют коммерческой цели, и напротив, если цель деятельности коммерческая, то права на иммунитет нет. Едва ли с точки зрения цели можно однозначно определить, являются ли частноправовыми или коммерческими сделки, заключаемые государством с частными лицами, например, на постройку и покупку военного судна, или на покупку материалов на строительство посольства, или покупку продовольствия в целях снабжения армии или пострадавших от стихийного бедствия и т. д. Не вызывает сомнений, что какую бы частноправовую сделку или операцию (коммерческую) ни совершало бы государство, *оно всегда действует в государственных целях, в интересах общества и государства, а не ради выгоды частных лиц* (естественно, мы исключаем криминогенную ситуацию, когда сделка совершается от имени государства коррумпированными лицами в своих интересах). Поэтому использование цели в качестве критерия разграничения публично-правовой и частноправовой деятельности не дает объективного результата.

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 33. Например, согласно закону США «коммерческая деятельность» означает постоянное ведение коммерческой деятельности, или заключение отдельной коммерческой сделки, или совершение действия. Коммерческий характер деятельности определяется природой ведения деятельности, или заключенной отдельной сделки, или совершенного действия, а не их целью» (ст. 1603). Как видим, здесь нет даже попытки разъяснить понятие «коммерческая сделка».

В результате одна и та же совокупность фактов истолковывается судами даже одного государства по-разному: одна и та же деятельность рассматривается как коммерческая, при которой государство не может претендовать на иммунитет, или некоммерческая с признанием иммунитета. Это положение было констатировано в одном из докладов, заслушанных в Комиссии международного права¹.

В качестве примера приведем дело *X. v. Government of the United States*, рассмотренное в австрийских судах в 1961 г., из которого особенно четко видна невозможность объективного разграничения коммерческой и некоммерческой деятельности государства. Автомобиль, принадлежавший посольству США в Австрии, должен был доставить дипломатическую почту в аэропорт. Во время парковки возле посольства США он нанес повреждение автомобилю, принадлежавшему австрийскому гражданину X., который и предъявил иск о возмещении ущерба в австрийский суд.

Суд первой инстанции не принял иск к рассмотрению, сославшись на отсутствие юрисдикции в отношении иностранного государства, которое пользуется иммунитетом при совершении действий *acta imperii*, поскольку отправка дипломатической почты связана с осуществлением суверенной деятельности. Апелляционный суд оставил это решение в силе, признав его аргументацию правильной. Однако Верховный суд дал иную оценку данным обстоятельствам: «Управление иностранным государством автомобилем, пользование общественными дорогами принадлежит сфере частной деятельности, даже если такое управление и использование связано с выполнением суверенных функций». В результате Верховный суд сделал вывод, что США в данном деле не обладают иммунитетом².

Таким образом, все это свидетельствует о неспособности теории функционального иммунитета выдвинуть критерии, которые бы четко разграничивали деятельность государства на суверенную и частную.

Показательно, что Комиссия международного права на своей 51-й сессии, состоявшейся в 1999 г., вновь рассматривала вопрос о коммерческом характере сделки. Генеральная Ассамблея запросила разработать критерии для определения коммерческого характера контракта или сделки. Комиссия, рассмотрев все используемые в практике критерии (характер, цель, мотив и пр.), вынуждена была констатировать о недостаточности любого из них и невозможности их использования и предложила Генеральной Ассамблее обратиться

¹ См.: Комиссия международного права. 51-я сессия. Женева, 3 мая – 23 июля 1999 г. Доклад A/CK 4/L. 576. П. 60.

² См.: *Materials on Jurisdictional Immunities and their Property*. N.Y. UN., 1982. P. 203–207.

ся к термину «коммерческие контракты или сделки» без каких-либо разъяснений¹.

В результате национальный суд является той высшей инстанцией, которой принадлежит право давать оценку деятельности иностранного государства и решать, предоставлять ему иммунитет или нет. В докладе Конгресса США, посвященном принятию Закона об иммунитетах иностранного государства, отмечалось, что «неблагоразумно» чрезмерно точно определять это понятие; американский суд в каждом конкретном случае с учетом всех обстоятельств дела должен выяснить характер сделки и в соответствии с этим решить вопрос об иммунитете².

Правда, существует мнение, нашедшее отражение и в иностранных судебных решениях: тот факт, что нелегко установить четкое различие между суверенной и несуверенной государственной деятельностью, не должен служить основанием для отказа от такого разграничения; в международном праве известны и другие схожие проблемы. Суд должен принимать во внимание все обстоятельства для того, чтобы решить, в какой сфере совершено действие: в частноправовой или суверенной деятельности³.

Действительно, проблемы, которые не имеют четких объективных критериев и решение которых возлагается на суд в международном частном праве, есть. Одна из них — оговорка о публичном порядке — была рассмотрена в гл. 6. Но, во-первых, это не оправдание для искусственного создания еще одной проблемы, не имеющей объективного решения. Во-вторых, главное, что в подобных проблемах есть принципиальная разница. Применяя оговорку о публичном порядке, суд оценивает иностранное право и решает вопрос о возможности его применения. Изучая характер сделки с участием иностранного государства, суд оценивает деятельность *иностранного суверена и решает вопрос: признать за ним право на иммунитет или отказать ему в этом праве*. Нелепая ситуация, когда национальный суд становится над иностранным государством, подчиняя его своей власти во всех случаях.

Из этого ясен *и второй серьезный дефект* функционального иммунитета: государство *a priori* подчиняется юрисдикции иностранного суда. Даже если суд признает некоммерческий характер деятельности государства и соответственно его иммунитет, то юрисдикция иностран-

¹ См.: Комиссия международного права. 51-я сессия. Женева, 3 мая — 23 июля 1999 г. Доклад A/CN.4/L.576. П. 60.

² См. об этом: Хлестова И. О., Швыдак Н. Г. Законодательство капиталистических стран об иммунитете иностранного государства. М., 1988. С. 16.

³ См.: Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. А. Указ. соч. С. 388.

ного суда уже состоялась, решение, обязательное для государства, уже вынесено, и тем самым нарушен иммунитет государства.

Отметим *еще один серьезный недостаток функционального иммунитета*, на который всегда обращала внимание советская доктрина, но и сегодня эта критика сохраняет значение. Известно, что суверенитет государства — это имманентно присущее ему качество. Государство и суверенитет неотделимы друг от друга так же, как и неделим государственный суверенитет. *Какую бы деятельность ни осуществляло государство, оно всегда выступает как носитель государственной власти, т. е. как **jure imperii***. Участвуя в частноправовых отношениях, государство не теряет присущее ему качество власти и суверенности¹. Функциональный иммунитет исходит из того, что есть некая сфера отношений, которую, как мы видели, не удалось объективно ограничить, в которой государство выступает как частное лицо и соответственно не обладает ни суверенитетом, ни иммунитетом. Следовательно, он находится в явном противоречии с принципами суверенности и независимости государств, которые являются основополагающим началом международного права и которые пока еще никто не отменил.

В силу отмеченных обстоятельств функциональный иммунитет, получив широкое распространение во второй половине XX в., не стал общепризнанным².

Как уже отмечалось выше, ст. 251 АПК РФ 2002 г. в отличие от других российских законов распространяет действие иммунитета только на те иностранные государства, которые действуют как носители власти: «Иностранное государство, выступающее в качестве носителя власти, обладает судебным иммунитетом...» Видимо, эту формулировку можно толковать как шаг в сторону функционального иммунитета. В то же время, какую бы деятельность государство ни осуществляло, оно всегда выступает как носитель власти. Государство — суверенитет — власть: неразрывно связанные понятия. Властная природа государства проявится в любой его деятельности. Поэтому едва ли можно безоговорочно утверждать о закреплении в ст. 251 АПК РФ функционального иммунитета.

2. Односторонний отказ государства от иммунитета. Ничто не мешает государству отказаться от него. Государство вправе отказаться от иммунитета как в целом, так и от какого-либо его элемента. И государства

¹ См. об этом: *Ушаков Н. А.* Юрисдикционные иммунитеты государств и их собственности. М., 1993. С. 82 и след.

² Например, Я. Броунли (известный английский юрист-международник) делает жесткое заключение, что результат функционального иммунитета «совершенно неудовлетворителен и требуется реформа» (см.: *Броунли Я.* Указ. соч. С. 475).

достаточно часто это делают, чтобы упростить свое сотрудничество с иностранными гражданами и юридическими лицами.

Отказ государства от иммунитета, *чтобы быть юридически действительным, должен следовать некоторым правилам*. Они сложились в международной практике и были обобщены в Европейской конвенции и Конвенции ООН.

Например, Европейская конвенция устанавливает следующие правила: 1) если государство вступает в процесс в иностранном суде в качестве истца или третьего лица, значит, оно признает юрисдикцию этого суда, в том числе и в отношении встречного иска; и наоборот, если государство выдвигает встречный иск, то признает юрисдикцию и в отношении основного иска; 2) если государство ссылается на иммунитет после того, как вынесено решение по существу, оно не пользуется иммунитетом; 3) если государство вступает в процесс, чтобы заявить о своем иммунитете, то это не может рассматриваться как отказ от иммунитета; 4) государство не пользуется иммунитетом, если оно взяло обязательство признать юрисдикцию иностранного суда в одной из форм: в международном соглашении, ясно выраженном положении в договоре, составленном в письменной форме, ясно выраженном согласии, данном после возникновения спора; 5) если государство дало согласие в письменной форме на арбитражное разбирательство спора, то оно не обладает иммунитетом в суде того государства, где осуществлялось или должно было осуществляться арбитражное разбирательство.

Наиболее важные правила отказа государства от иммунитета: 1) отказ должен быть явно выражен в письменной форме (заявление компетентного органа государства, национальный закон, текст сделки, международный договор и пр.); 2) отказ не может быть подразумеваемым или вытекать из конклюдентных действий: если государство явилось в иностранный суд, чтобы заявить о своем иммунитете, то это не может рассматриваться как признание иностранной юрисдикции; 3) отказ не может толковаться расширительно: если государство согласилось участвовать в иностранном суде в качестве ответчика, то это не означает, что к нему могут быть применены меры по принудительному исполнению судебного решения.

Включение в ГК РФ ст. 1204, которая устанавливает, что к гражданско-правовым отношениям, осложненным иностранным элементом, с участием государства правила разд. VI, т. е. коллизионные нормы, применяются на общих основаниях, означает *отказ Российской Федерации от применения данного элемента иммунитета*. Если стороной международной сделки является государство, то она уже *a priori* не подчиняется праву этого государства: применимое право будет избрано

на основе коллизионных норм, предназначенных для сделок. Как уже указывалось, данная статья применима как к иностранному государству, так и к Российскому.

Возможность отказа от иммунитета предусмотрена в российском Законе о соглашениях о разделе продукции 1995 г. В соответствии со ст. 23 Закона в соглашении, заключаемом государством (его соответствующими органами) с иностранными инвесторами, может быть предусмотрен *отказ от трех элементов иммунитета, связанных с судебным разбирательством: от судебного иммунитета, от иммунитета от предварительного обеспечения иска и от иммунитета в отношении исполнения судебного (арбитражного) решения*. Правда, в статье подчеркивается, что отказ должен соответствовать российскому законодательству об иммунитете, которого пока нет. Отсутствие законодательства не может препятствовать включению в соглашение о разделе продукции положения об отказе от иммунитета, так как такое право вытекает прежде всего из сущности иммунитета, а закон лишь конкретизирует это право.

АПК РФ, предусмотрев ограниченный иммунитет иностранного государства, также исходит из возможности его отказа от иммунитета. Согласно п. 3 ст. 251 *отказ от судебного иммунитета должен быть произведен в порядке, предусмотренном законом иностранного государства*; в случае отказа арбитражный суд рассматривает дело в общем порядке.

3. Конвенционный иммунитет — иммунитет, *ограниченный международным договором*. Это самый перспективный способ ограничения иммунитета: во-первых, подписывая договор, государство добровольно ограничивает свой иммунитет, что не нарушает его суверенитета; во-вторых, договор всегда четко формулирует перечень конкретных случаев, когда государство не пользуется иммунитетом. Подобный ограниченный иммунитет может быть создан только основными факторами международных хозяйственных связей — государствами. Доктрина, судебная практика могут при этом играть лишь вспомогательную роль.

Ограничение иммунитета возможно *как на двусторонней, так и на многосторонней основе, в том числе универсальной*. Если государства заинтересованы в развитии нормальных торговых и иных экономических связей, ничто не мешает им при заключении торгового договора сформулировать случаи, при которых государство, вступая в торгово-экономические отношения с частными лицами, не будет претендовать на иммунитет. Это же можно сделать и для более узкой сферы экономических отношений, например при подписании договоров о взаимной защите иностранных капиталовложений и т. д.

Из советской практики известны отказы Советского государства от иммунитета. Главным образом это было связано с работой торговых представительств на территории иностранных государств. В современной практике Российского государства отказ от иммунитета пред-

усматривается в соглашениях о взаимной защите капиталовложений, в частности от судебного иммунитета и иммунитета от принудительного исполнения решений.

Например, в Соглашении между Правительством РФ и Правительством ЮАР о поощрении и взаимной защите капиталовложений от 23 ноября 1998 г. предусматривается порядок рассмотрения споров между инвестором и принимающим государством. По выбору инвестора спор может быть передан, в частности, в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, и тем самым государство признает юрисдикцию иностранного арбитражного института (п. 2 «б» ст. 10). В п. 3 этой же статьи подчеркивается, что Договаривающиеся Государства признают арбитражное решение как окончательное и обязательное для обеих сторон спора и, следовательно, для государства¹.

Удачным опытом создания правовых основ ограниченного иммунитета на многосторонней основе (региональной) можно считать Европейскую конвенцию 1972 г., заключенную странами — участниками Совета Европы (так как *Россия является членом Совета Европы, она вправе присоединиться к Конвенции*). Конвенция, закрепляя общий принцип иммунитета государства от иностранной юрисдикции (ст. 15), предусматривает детализированные исключения из него. Эти исключения сформулированы в виде конкретных дел, по которым при наличии конкретных обстоятельств государство не может претендовать на иммунитет. Как правило, *такие обстоятельства связаны тем или иным образом с территорией того государства, суд которого рассматривает дело*.

В качестве примера рассмотрим некоторые из них. Так, государство не пользуется иммунитетом в следующих случаях (ст. 1–13):

- 1) в делах по договорному обязательству, если согласно контракту оно осуществлялось или должно быть осуществлено на территории государства, где происходит судебное разбирательство;
- 2) в делах, связанных с трудовым соглашением, работа по которому подлежит исполнению или исполнялась на территории государства, где происходит судебное разбирательство;
- 3) по делам, связанным с недвижимостью, если она находится на территории государства, где происходит судебное разбирательство;
- 4) по делам, связанным с возмещением ущерба, если он вызван фактом, имевшим место на территории государства, где происходит судебное разбирательство, и т.д.

¹ БМД. 2001. № 9. С. 36.

Одной из особенностей Конвенции является то, что она регулирует не только судебный иммунитет государств, но также *признание и исполнение судебных решений в отношении иностранного государства*. Это приводит к определенной сложности конвенционного режима. Иммунитет от приведения к исполнению иностранных судебных решений, как было рассмотрено выше, является отдельным элементом иммунитета государства, допускающим самостоятельное регулирование. При режиме ограниченного иммунитета проблема обеспечения исполнения судебного решения в отношении иностранного государства приобретает дополнительную сложность.

Логически рассуждая, следовало бы признать, что предусмотренное Конвенцией право суда в перечисленных случаях принимать решение в отношении иностранного государства предполагает и право его реализовать. *Однако Конвенция разделила эти элементы иммунитета, предусмотрев разное регулирование*. Принципиальное значение имеют два положения. Первое положение исходит из общей концепции иммунитета: *отказ от иммунитета по основаниям, предусмотренным в ст. 1–13, не означает отказа от иммунитета против принудительного исполнения иностранного судебного решения*, а также от иммунитета от «охранительных мер в отношении имущества» (т. е. принудительных мер по предварительному обеспечению иска), «кроме тех случаев, когда государство дало на это свое ясно выраженное согласие в письменной форме» (ст. 23).

Второе положение *возлагает на Договаривающееся Государство юридическую обязанность исполнить вынесенное против него судебное решение на территории другого Договаривающегося Государства при соблюдении некоторых условий*: согласно ст. 20 Конвенции государство не обязано выполнять решение, если оно вынесено по делу, не входящему в круг дел, предусмотренных ст. 1–13, если решение противоречит публичному порядку государства, если решение не окончательно, если неправильно решен вопрос о компетенции, если неправильно избрано применимое право, и некоторые другие (эти условия чаще всего включаются в договоры о взаимном признании и исполнении иностранных судебных решений).

Конвенция предусматривает еще *две возможности исполнения решения*.

1. Если Договаривающееся Государство, против которого вынесено решение, не выполняет его, другая сторона *может обратиться в компетентный суд государства-должника с просьбой вынести решение о том, «следует ли привести в исполнение судебное решение в соответствии со ст. 20»* (напомним, что в национальном суде государство иммунитетом не обладает).

2. Вторая возможность предусмотрена Дополнительным протоколом к Конвенции: заинтересованная сторона может начать соответ-

ствующий процесс по своему выбору либо в суде государства, не выполняющего решение, либо в европейском суде, состоящем из 7 членов Европейского суда по правам человека.

Таким образом, Конвенция приняла компромиссное решение: сохранив общее правило о невозможности принудительного исполнения иностранного судебного решения, вынесенного против государства, она возложила международно-правовую обязанность на государство исполнить такое решение. В результате национально-правовой механизм исполнения решений иностранного суда был дополнен международно-правовым.

Подводя итоги, можно констатировать, что международно-правовое решение вопросов о положении государства в частноправовых отношениях не достигло значительных результатов. Европейская конвенция является наиболее удачным опытом, но и она не получила большого распространения даже в Европе. На универсальном уровне Конвенция ООН открыта для подписания, и ее судьба пока неизвестна.

Дополнительная литература

Белов А. П. Правовые проблемы дела о «царских долгах» (иск к СССР в американском суде) // ТПП СССР. Материалы секции права, 39. М., 1990.

Богуславский М. М. Иск Ирины Шукиной (о решении французского суда) // Московский журнал международного права. 1994. № 2.

Богуславский М. М. Практика применения иммунитета государств и проблемы законодательного регулирования // Международное частное право: современная практика. М., 2000.

Хлестова И. О. Конвенция ООН о юрисдикционных иммунитетах государств и их собственности // Международный коммерческий арбитраж. 2005. № 4.

Хлестова И. О. Юрисдикционный иммунитет государства. М., 2007.

Часть третья

ИНСТИТУТЫ И ПОДОТРАСЛИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 10. ВЕЩНОЕ ПРАВО В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации 2001 г.; Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г.; Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г.; Гражданский кодекс Греции 1940 г.; Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (Чехия); Международное частное право 2011 г. (Польша); Федеральный закон «О международном частном праве» 1978 г. (Австрия); Указ № 13 о международном частном праве 1979 г. (Венгрия); Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ред. 2000 г.; Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г.; Закон «О международном частном праве» (Эстония, 2002 г.); Гражданский кодекс Вьетнама 1995г.; Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995г.; Закон Украины о международном частном праве 2005 г.; Гагская конвенция о праве, применимом к переходу права собственности при международной купле-продаже движимых материальных вещей 1958 г.; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ, Россия участвует)

10.1. Вещный статут

Вещное право, центральным институтом которого является право собственности, занимает важное место в гражданском праве разных государств. Гражданское право классифицирует объекты вещных прав, определяет правовое положение вещи в зависимости от принадлеж-

ности ее к определенному виду, устанавливает содержание права собственности и других вещных прав, порядок возникновения, изменения и прекращения этих прав и т. д. Причем эти многочисленные вопросы по-разному решаются в праве разных государств, что порождает многообразные коллизии, когда вещные отношения выходят за пределы одного государства.

Основным принципом, используемым для разрешения коллизий права в сфере имущественных отношений, является закон места нахождения вещи — *lex rei sitae*. Суть этого коллизионного принципа заключается в том, что решение вопросов права собственности и других вещных прав должно подчиняться праву того государства, на территории которого находится спорная вещь.

Закон местонахождения вещи является одним из первых коллизионных правил, разработанных в доктрине и применяемых в практике¹. Впервые этот принцип был разработан в XIV в. в итальянской доктрине международного частного права, в работах постглоссатора Бальда². Правда, в то время и в последующие века этот подход предназначался для регулирования отношений по поводу недвижимого имущества. Движимое имущество подчинялось личному закону собственника. Обоснование применения закона местонахождения вытекало из самой природы недвижимого имущества — из его неподвижности, что предопределяло нахождение естественного центра тяжести прав на это имущество. Движимое имущество не имеет такого центра прав, и поэтому оно движется за своим собственником и подчиняется его личному закону.

В XIX в. по мере появления новых видов движимого имущества и быстрого роста его стоимости (разного рода ценные бумаги, право требования, транспортные средства) государства проявили стремление подчинить и движимое имущество своему праву, если это имущество находится на его территории. Это давало возможность государствам контролировать операции с ценными бумагами, подчинять своему праву морские, воздушные суда, космические аппараты, которые чаще всего находятся за пределами государства. Постепенно сфера применения закона местонахождения вещи расширялась, распространяясь и на отношения по поводу движимого имущества.

В настоящее время коллизионный принцип *lex rei sitae* общепризнан. Он закреплен в законах всех государств, где существуют законы по международному частному праву, он применяется в судебной

¹ Собственно этот коллизионный принцип в совокупности с личным законом и законом места совершения сделки положил начало той совокупности правовых норм, которая получила название коллизионного права или международного частного права.

² См.: Брун М. И. Очерки истории конфликтного права. Пг., 1915. С. 51.

практике государств прецедентного права, он получил закрепление во многих международных договорах. Считается, что всеобщее признание и применение принципа местонахождения вещи вытекает из международно-правового обычая.

Законы государств, признающих широкое применение принципа местонахождения вещи, часто формулируют общую коллизионную норму, подчиняя все имущественные отношения закону места нахождения вещи, не подразделяя имущество на движимое и недвижимое.

Например, по польскому Закону о международном частном праве 1965 г. «право собственности и другие вещные права регулируются законом местонахождения вещи» (п. 1 ст. 24). Как видим, это единая коллизионная норма, не делающая различий между движимым и недвижимым имуществом. Общая коллизионная норма содержится и в австрийском Законе 1978 г. (п. 1 § 31); в венгерском Законе 1979 г. (п. 1 § 21); во Вводном законе к ГГУ в ред. 1994 г. (п. 1 ст. 43); в Гражданском кодексе Вьетнама 1995 г. (п. 1 ст. 833)¹; в Законе о международном частном праве Венесуэлы 1998 г.²

В законах других стран коллизионная норма хотя и выделяет деление имущества на движимое и недвижимое, но предусматривает общий подход к определению применимого права к тому и другому имуществу. Например, в соответствии со ст. 51 Закона о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г. «право владения, право собственности, а также другие вещные права на движимое и недвижимое имущество регулируются правом страны, на территории которой имущество находится»³. Статья 99 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. устанавливает, что к вещным правам на недвижимое имущество применяется право местонахождения этого имущества; приобретение и утрата вещных прав, а также содержание и порядок осуществления вещных прав на движимое имущество определяются по праву места нахождения этого имущества (ст. 99, 100)⁴.

В российском коллизионном праве, так же как и в праве других государств, основным коллизионным принципом регулирования вещных отношений является *lex rei sitae*. Обращение к этому принципу было закреплено и в предшествующем законодательстве. Причем и в предшествующем, и в действующем законодательстве закон местонахождения вещи применяется к любому имуществу, движимому или недвижимому: «Содержание права собственности и иных вещных прав на недвижимое

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 50–54.

² См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 254.

³ Там же. С. 648, 335.

⁴ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 51–52.

и движимое имущество, их осуществление и защита определяются по праву страны, где это имущество находится» (п. 1 ст. 1205).

Закон местонахождения вещи определяет *вещный статут*, т. е. право государства, которое компетентно регулировать основной круг отношений права собственности и других вещных прав. *Характерной чертой современного вещного статута является его единство, проявляющееся в том, что он распространяется как на движимое, так и на недвижимое имущество.* Расщепление вещного статута сохраняется в отношении перехода права собственности и других вещных прав в порядке наследования, а также в семейной собственности. Многие страны к наследственным отношениям используют два коллизионных подхода: применение закона местонахождения вещи в отношении недвижимости и личного закона наследодателя (закона гражданства или места жительства) в отношении движимого имущества. Такой же подход закреплен и в российском праве (ст. 1224)¹. Содержание вещного статута, то есть круг вопросов, решаемых по закону места нахождения вещи, весьма обширно. В новой версии разд. VI ГК РФ, принятой 20.09.2013, легально закреплено содержание вещного статута — ст. 1205.1. Обратим внимание на то, что легальное содержание вещного статута в основе своей совпадает с доктринальным, сложившимся в доктрине международного частного права. Вещный статут, то есть право страны, где находится вещь, распространяется на следующие вопросы: 1) виды объектов вещных прав, в том числе принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам; 2) оборотоспособность объектов вещных прав; 3) виды вещных прав; 4) содержание вещных прав; 5) возникновение и прекращение вещных прав, в том числе переход права собственности; 6) осуществление вещных прав; 7) защита вещных прав.

Таким образом, *lex rei sitae*, определяющий вещный статут, имеет широкую сферу применения. Практически по этому закону регулируются почти все вопросы вещного права. При этом местонахождение вещи рассматривается как реальное, физическое место: местонахождение вещи в момент юридической квалификации вещи; местонахождение вещи в момент определения круга вещных прав и их содержания, а также средств их защиты; местонахождение вещи в момент возникновения или прекращения вещного права. Известна страна, на территории которой находится вещь, и все перечисленные вопросы должны решаться по праву этой страны. Из этого общего правила есть три признаваемых во многих государствах исключения.

Первое исключение касается вещи в пути — *rei in transitu*. Так как в каждый конкретный момент местонахождение вещи неизвестно, то при необходимости решения вопросов вещного права (например, вещь в транзите обременена залогом, а залогодатель выполнил свое обяза-

¹ См. гл. 12 настоящего учебника.

тельство, и обременение прекращается) при установлении вещного статута берется условное местонахождение: либо место отправки, либо место назначения вещи. Как и в предшествующем законодательстве, в ГК РФ в качестве критерия определения применимого права используется *страна, из которой вещь отправлена*. На основе этой привязки решается только один вопрос: возникновение и прекращение права собственности и других вещных прав на основании сделки (п. 2 ст. 1206). Возникновение права собственности на вещь в пути на основании наследования не входит в сферу действия этой привязки; эта привязка не может быть использована и при решении возникновения права собственности в силу приобретательской давности и т. д.

Второе исключение касается водных судов, воздушных судов, космических объектов: их вещный статут чаще всего определяется местом регистрации. Российское гражданское право относит перечисленные объекты, «подлежащие государственной регистрации», к недвижимому имуществу (ст. 130 ГК РФ). Данные объекты, представляющие значительную материальную ценность, по своей природе не только являются движимыми вещами, но и обладают особой мобильностью и в силу этого могут в любой момент оказаться на территории любого иностранного государства. *Поэтому государство стремится подчинить их своему праву, и для этого используется наиболее стабильный критерий — место регистрации указанных объектов*: «К праву собственности и иным вещным правам на воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты, подлежащие государственной регистрации, их осуществлению и защите применяется право страны, где эти объекты и суда зарегистрированы» (ст. 1207). Если соответствующие объекты зарегистрированы в России, то их правовой режим будет определяться по российскому праву. Следует отметить, что право места регистрации применяется ко всему кругу вещных прав: возможные виды вещных прав на данные объекты и их содержание, возникновение и прекращение вещных прав, их осуществление и защита. Применение права места регистрации не зависит от юридической квалификации этих объектов, от отнесения их к движимому или недвижимому имуществу.

Третье исключение касается судьбы имущества ликвидированного юридического лица: как было рассмотрено в гл. 6 настоящего учебника, статус такого имущества определяется личным законом юридического лица.

Еще один вопрос связан с объемом вещного статута. При переходе вещных прав на основании договора возникает проблема соотношения вещного статута, определяемого по законам местонахождения вещи, и обязательственного статута, определяемого по иным коллизионным принципам (см. гл. 12 настоящего учебника). Она решается по-разному в отношении движимых и недвижимых вещей.

В отношении движимых вещей, но которые не находятся в пути, вещный статут уступает место обязательственному статуту. Несмотря на то, что речь идет о вещных правах (возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав), они могут рассматриваться по праву, применимому к сделке, если стороны договорились об этом.

В отношении недвижимого имущества, наоборот, обязательственный статут уступает место вещному статуту. Право, подлежащее применению к договорному обязательству в полном объеме, а не только к возникновению или прекращению права собственности и иных вещных прав, определяется по местонахождению недвижимого имущества, правда, если стороны не договорились о выборе иного права. В отношении же договоров по поводу земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества, находящегося на территории Российской Федерации, всегда должно применяться российское право. В данном случае полностью господствует закон местонахождения вещи, и стороны договора не вправе выбрать право иного государства (ст. 1213).

10.2. Сфера применения вещного статута

Классификация объектов вещного права. Юридическая квалификация вещей: движимая и недвижимая вещь; делимая и неделимая вещь; главная вещь и принадлежность; оборотоспособная и изъятая из оборота и др. — первостепенный институт вещного права, так как от того, к какому виду относится вещь, зависит во многом решение всех других вопросов вещного права. Вопрос о юридической квалификации вещей приобретает особо важное значение в международном деловом обороте в связи с многочисленными различиями в праве разных государств.

Хотя все правовые системы относят к недвижимости землю и непосредственно связанные с ней и неотделимые от нее вещи (здания, сооружения, деревья и др.), существует множество различий в деталях. Например, во Франции, где принято самое широкое представление о недвижимости, кроме традиционных объектов, к недвижимости относят зверей в лесу, скот, сельскохозяйственные машины и орудия на ферме, машины, оборудование, сырье на предприятии и др. К недвижимости относят и установленные на нее вещные права: сервитуты, узуфрукты, ипотеку¹. В Англии, где деление имущества на движимое и недвижимое применяется только в условиях трансграничных отношений, собственник ключа от дома рассматривается как имеющий интерес в недвижимости. Еще более сложная ситуация может возникнуть, когда недвижимость используется в качестве

¹ См.: Гражданское и торговое право капиталистических государств. С. 222.

обеспечения обязательств, в частности при применении смешанного обеспечения: залог недвижимости и денежное обеспечение. Если денежное обеспечение и залог недвижимости содержатся в одном документе, то право кредитора считается недвижимым имуществом¹.

В современном российском законодательстве также есть свои особенности. К недвижимым вещам ГК РФ относит земельные участки, участки недр, обособленные водные объекты и все, что прочно связано с землей, в том числе леса, многолетние насаждения, здания, сооружения. К недвижимым вещам относятся также подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Перечень не закрыт: и другое имущество может быть отнесено законом к недвижимости (ст. 130). Кстати, уже в ст. 132 к недвижимости отнесено предприятие как имущественный комплекс.

Учитывая практическую важность решения данного вопроса, *законы многих государств прямо подчиняют квалификацию имущества закону места ее нахождения*. ГК РФ также ввел новую коллизионную норму, которая прямо указывает, что принадлежность имущества к движимым или недвижимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится (п. 2 ст. 1205).

Классификация объектов вещного права не ограничивается делением их на движимые и недвижимые. Коллизии права могут возникнуть и в связи с ценными бумагами, оборотными бумагами, правами требования и т. д. Хотя законодатель не указывает прямо на разрешение коллизий подобного рода, видимо, п. 2 следует толковать расширительно: *любая классификация имущества как объектов вещного права должна осуществляться по праву страны, где вещь находится*.

Для подтверждения такого вывода можно обратиться к практике других государств. Австрийский Закон о международном частном праве (п. 2 ст. 31)² говорит о «правовом подразделении вещей», которое должно определяться по закону местонахождения вещи. «Правовое подразделение» означает любую юридическую классификацию вещей. Модельный гражданский кодекс для стран СНГ (п. 2 ст. 1219)³ и принятые на его основе Гражданский кодекс Армении (п. 2 ст. 1276) и Гражданский кодекс Белоруссии (п. 2 ст. 1119)⁴ дают развернутую формулировку: принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам, а также иная юридическая квалификация имущества определяются по праву страны, где это имущество находится.

¹ См.: Чешир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 323, 324.

² См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ соч. С. 163.

³ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова Г. К. Указ. соч. С. 54.

⁴ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ соч. С. 75, 85.

Круг вещных прав и их содержание. При наличии общего подхода к кругу вещных прав как к замкнутому, т. е. исчерпывающему, конкретный перечень вещных прав в той или иной стране может серьезно различаться. Традиционными вещными правами, известными любой правовой системе, являются право собственности (центральное вещное право), владение, залог, сервитуты, узуфрукты. При этом понимание и содержание сходных по названию вещных прав различаются в разных государствах. Закон местонахождения вещи компетентен определить, какие вещные права возможны, и установить их содержание (п. 1 ст. 1205 ГК РФ).

Законы разных государств по-разному определяют перечень прав, относящихся к вещным правам. Например, право залога одни страны рассматривают как договорное право, другие — как вещное (в России это договорное право). Более сложно залоговое право регламентируется в японском гражданском праве: одни элементы залогового права относятся к вещному праву, другие — к обязательственному¹. В российском гражданском праве, как и в праве других стран, закреплён замкнутый круг вещных прав. Но перечень вещных прав, входящих в этот круг, серьезно отличается. Например, к вещным правам относятся: право собственности, право пожизненного наследуемого владения земельным участком, право хозяйственного ведения, право оперативного управления, сервитуты (ст. 216 ГК РФ), а также некоторые другие права.

Закон местонахождения вещи определяет и содержание вещных прав. Объем правомочий даже для одного вида вещного права может существенно различаться в праве разных государств. Например, по российскому праву содержание права собственности состоит из правомочий собственника по владению, пользованию и распоряжению вещью. В законах других государств эти правомочия более подробно расписаны и могут иметь несколько вариантов (например, институт двойного владения в Германии).

Правда, применение права местонахождения вещи не всегда способно разрешить сложные вопросы, возникающие в практике. Например, как должен решаться вопрос о сервитутах, если земельные владения находятся на территории соседних государств и при этом истоки ручья, который орошает одно земельное владение, находятся на земельном владении в другом государстве? Может ли собственник защитить свое право на сервитут, если собственник обремененного сервитутом владения своими действиями прекратит подачу воды на соседнее владение, находящееся в другом государстве? По законам какого

¹ См.: Вагацума С., Ариидзуми Т. Указ. соч. С. 165.

государства должны рассматриваться права собственника на сервитут? Едва ли можно найти в праве какого-либо государства прямое указание о решении такого вопроса. Доктрина считает, что следует применить право страны, где находится владение, обремененное сервитутом, так как там осуществляются фактические действия по приобретению и реализации права на сервитут¹. Видимо, такие вопросы должны решаться в договорах об оказании правовой помощи.

Осуществление и защита права собственности и других вещных прав также определяются законом места нахождения вещи (п. 1 ст. 1205 ГК РФ). Главное внимание при осуществлении вещных прав следует обратить на ограничения правомочий собственника или субъектов других вещных прав, устанавливаемые законами разных государств. Даже власть собственника над своей вещью, обладающего самым полным кругом правомочий, не безгранична. Обычно осуществление вещных прав ограничивается в целях охраны здоровья граждан, охраны окружающей среды, национальной безопасности. Осуществление таких прав во всех странах ограничивается принципом незлоупотребления своими правами, т. е. собственник вправе осуществлять свои права, не нарушая права и законные интересы третьих лиц.

Касаясь защиты вещных прав, следует обратить внимание, что общие начала защиты совпадают в праве разных государств: обязательственно-правовые средства (о возмещении ущерба, о признании сделки недействительной и пр.) и вещно-правовые (виндикационный иск, негаторный иск, иск о признании права собственности или другого вещного права, например сервитута). Однако в деталях защита в разных государствах может различаться. Встречаются и принципиальные различия. Например, в англо-американском праве, как правило, любая защита вещных прав строится на исках о возмещении вреда, т. е. на деликтных исках². В любом случае *российский гражданин или российское юридическое лицо, имеющие собственность за рубежом, должны четко знать, что осуществление своего права и его защита целиком определяются правом государства, на территории которого имущество находится.*

Возникновение и прекращение вещных прав — это еще одна важная группа вопросов, определяемых законом местонахождения вещи. Эта группа объединяет большой круг вопросов, неоднозначно решаемых в праве разных государств: первоначальные способы приобретения (изготовление или переработка вещей, приобретение плодов, приобретение в порядке приобретательной давности и др.), производные способы приобретения (сделки, национализация, конфискация реквизиция). *В отношении недвижимого имущества применение **lex rei situs**, как правило,*

¹ См.: *Иссад М.* Международное частное право: пер. с франц. М., 1989. С. 163.

² Подробнее об этом см.: *Гражданское и торговое право капиталистических стран.* С. 251–257.

не порождает проблем². Проблема может возникнуть с движимым имуществом: например, право собственности возникло по праву государства, где вещь находилась, а затем она была перемещена на территорию другого государства, по законам которого аналогичное право (например, вещь не была передана во владение) не могло возникнуть. Признается ли право собственности или оно должно заново рассматриваться по законам того государства, где вещь оказалась?

Отказ в признании права собственности и других вещных прав, возникших по законам одного государства, и возможность их пересмотра по законам нового государства, где вещь оказалась, могли бы подорвать международный торговый оборот. *Поэтому коллизионные нормы многих государств предусматривают специальную коллизионную норму в отношении движимости, согласно которой право собственности и другие вещные права на движимое имущество рассматриваются по праву государства, где оно находилось в момент возникновения этих прав.* Другое дело содержание вещных прав, пределы их осуществления: они будут определяться правом государства, на территорию которого вещь была перемещена.

Характерным примером может быть швейцарский Закон о международном частном праве 1987 г. В отношении движимого имущества предусмотрены две коллизионные нормы: одна связана с приобретением вещных прав, а другая с их содержанием. «Приобретение и утрата вещных прав на движимое имущество регулируются правом местонахождения этого имущества на момент наступления юридических фактов, на которых основывается приобретение или утрата вещных прав» (п. 1 ст. 100). Согласно п. 2 этой статьи «содержание и порядок осуществления вещных прав на движимое имущество определяются по праву местонахождения этого имущества»¹.

Данная статья четко подтверждает две закономерности в коллизионном регулировании вещных прав: 1) содержание и порядок осуществления вещных прав в отношении одной и той же вещи меняется в зависимости от изменения места нахождения вещи (меняется местонахождение вещи — меняется ее вещный статут); 2) приобретение и утрата вещных прав стабильны, они не меняются с изменением местонахождения вещи. Собственник автомобиля может свободно совершать поездки в любую страну, не беспокоясь о своем праве собственности. Разумеется, право собственности может быть оспорено в другой стране, но лишь в судебном порядке и при наличии законных оснований.

В России вопросам возникновения и прекращения вещных прав посвящена ст. 1206 ГК РФ. Она формулирует известное правило, связанное с признанием права собственности и других вещных прав, ко-

1 См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 648.

торые возникли по законам одного государства, на территории другого государства, где вещь могла оказаться впоследствии. *Все спорные вопросы, связанные с возникновением вещных прав, должны рассматриваться не по законам страны, где вещь находится в момент рассмотрения спора, а по законам страны, где вещь находилась в момент возникновения самого права.*

Возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав обусловлены наличием определенных юридических фактов, установленных в законах, в виде действий или иных обстоятельств, являющихся основаниями возникновения или прекращения вещных прав. Из этого и исходит ГК РФ при определении применимого права: возникновение и прекращение права собственности и иных вещных прав на имущество определяются по праву страны, где это имущество находилось в момент, когда имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для возникновения или прекращения права собственности и иных вещных прав. Следовательно, закон исходит из того, что возникшее вещное право не прекращается в результате перемещения вещи в другую страну.

Особенностью российской коллизийной нормы о признании права собственности и других вещных прав, возникших за рубежом, по сравнению, например, с рассмотренной выше нормой швейцарского закона является то, что она применяется в равной степени к движимому и недвижимому имуществу. Эта особенность связана прежде всего с отнесением к недвижимому имуществу подлежащих государственной регистрации воздушных и морских судов, судов внутреннего плавания, космических объектов.

Важно подчеркнуть, что часто законы разных государств предусматривают наличие нескольких оснований для возникновения вещного права (например, заключение договора, передача вещи, регистрация в государственном органе), поэтому в качестве точки отсчета *имеется в виду тот момент, когда состоялось последнее предусмотренное законом по местонахождению вещи действие или иное обстоятельство, завершающее процесс возникновения или прекращения вещного права.*

Вариантом этой общей коллизийной нормы является предусмотренное в п. 3 ст. 1206 правило о выборе компетентного права для возникновения вещных прав в силу приобретательной давности. Приобретательная давность во всех правовых системах рассматривается как основание возникновения права собственности и иных вещных прав. Однако в силу сложности и неопределенности этого основания оно конкретизируется многими дополнительными факторами, которые серьезно различаются в праве разных государств: условия, при которых лицо, не являющееся собственником, может ссылаться на приобретательную давность как основание возникновения права собственности; срок приобретательной давности, порядок его исчисления и др.

Исходя из особенностей института приобретательной давности формулируется специальная коллизионная норма, которая исходит из *применения права страны, где вещь находилась в момент, когда было совершено завершающее действие, необходимое для возникновения вещного права, но конкретизирует этот момент в виде истечения срока приобретательной давности*. «Возникновение права собственности и иных вещных прав на имущество в силу приобретательной давности определяется по праву страны, где имущество находилось в момент окончания срока приобретательной давности».

Российский гражданин, находясь на территории Германии, добросовестно приобрел украденный автомобиль; через три года он переехал в Россию и перевез автомобиль. Через два года собственник украденного автомобиля нашел его и потребовал возврата. Спорный автомобиль находится на территории России, и предусмотренный российским правом пятилетний срок приобретательной давности для добросовестного приобретателя истек. Поэтому все вопросы взаимоотношений между собственником и новым добросовестным владельцем будут определяться по российскому праву: возникло ли право собственности у добросовестного владельца, каковы права первоначального собственника, может ли он истребовать свой автомобиль и если да, то на каких условиях, и др. Напротив, если бы российский гражданин с добросовестно приобретенным автомобилем оставался в Германии, то он не имел бы никаких прав на этот автомобиль, так как по немецкому праву срок давности для добросовестного приобретателя установлен в девять лет.

Дополнительная литература

Богуславский М. М. Распоряжение собственностью за рубежом // Международное частное право: современная практика. М., 2000.

Дмитриева Г. К. Комментарий к Гражданскому кодексу Российской Федерации, части третьей, разделу VI «Международное частное право». М., 2002.

Комментарий к части третьей Гражданского кодекса Российской Федерации / под ред. А. Л. Маковского и Е. А. Суханова. М., 2002.

Лантев В. В. Вопросы собственности в современном международном частном праве // Вопросы международного частного права. М., 1956.

Глава 11

ПРАВО ИНОСТРАННЫХ ИНВЕСТИЦИЙ

Конвенция об урегулировании инвестиционных споров между государствами и иностранными лицами 1965 г. (Россия не участвует); Конвенция об учреждении многостороннего агентства по гарантиям инвестиций 1985 г. (Россия участвует); Соглашение стран СНГ о сотрудничестве области инвестиционной деятельности 1993 г.; двусторонние межгосударственные договоры о поощрении и взаимной защите капиталовложений; Федеральный закон от 9 июля 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»; Федеральный закон от 25 февраля 1999 г. «Об инвестиционной деятельности в Российской Федерации, осуществляемой в форме капитальных вложений»; Федеральный закон от 5 марта 1999 г. «О защите прав и законных интересов инвесторов на рынке ценных бумаг»; Федеральный закон от 29 апреля 2008 г. «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства»

11.1. Понятие трансграничных инвестиционных отношений

Трансграничные инвестиционные отношения, складывающиеся с участием невластных субъектов и имеющие коммерческий характер, относятся к категории внешнеэкономической деятельности. Внесенные 19 ноября 2007 г. в Федеральный закон «Об экспортном контроле» 1999 г. изменения впервые включили в понятие внешнеэкономической деятельности наряду с внешнеторговой также инвестиционную деятельность (ст. 1).

Квалификация инвестиционной деятельности и соответствующих ей отношений как внешнеэкономических, т. е. реализуемых через вложения именно в *трансграничную коммерческую (предпринимательскую) деятельность*, определяет применение к ним метода и составляющих его способов регулирования, основанных на общих принципах международного частного права, а также коллизионных принципах, таких как *Proper Law, lex venditoris, lex causae*.

Инвестиционные сделки трансграничного характера, опосредующие внешнеэкономическую инвестиционную деятельность, наряду со сделками

по трансграничным кредитам, займам, залогам, ипотекам квалифицируются как финансовые инструменты, внешне совпадая с ними *по целям* — извлечение выгоды, *по кругу субъектов*, представленных иностранными физическими и юридическими лицами, международными организациями и государствами, и *объекту инвестирования* — допускаемыми к обороту видами собственности.

Однако существенная черта именно инвестиционных сделок состоит в том, что инвестор — главное лицо в сделке — действует на свой «страх и риск», не только не ожидая компенсации от принимающей стороны, но и вкладывая средства в социальные и иные сферы деятельности принимающего государства-реципиента еще до начала реального получения прибыли¹.

Так, по иностранным кредитам, осложненным обязательством выплаты процентов в валюте долга, Россия на май 2007 г. имела общую задолженность в 290 млрд долл. Накопленный к этому же времени объем более выгодных иностранных инвестиций составил более 200 млрд долл., причем только в 2007 г. иностранные инвестиционные вложения в российскую экономику выросли на 20% и составили на начало 2008 г. 121 млрд долл. В развитие транспортной инфраструктуры вложено более 22,5 млрд долл. Создается международный консорциум для инвестирования 8 млрд руб. в строительство новых направлений Волго-Донского и Волго-Балтийского каналов и др.

Таким образом, инвестиционная сделка имеет наряду с общими признаками, присущими всем внешнеэкономическим обязательственным отношениям, *свои особенности*, в первую очередь обусловленные заинтересованностью государств в приглашении иностранного инвестиционного капитала.

Определение понятия иностранных (трансграничных) инвестиций, как видно из международных договоров, национальных норм, отечественной и зарубежной доктрины, существует в двух основных вариантах и зависит от того, какое место в правоотношении традиционно занимает государство.

Для *принимающего государства-реципиента* характерно определение иностранных инвестиций как допускаемых им к обороту материальных и нематериальных ценностей юридических и физических лиц иностран-

¹ В связи со сказанным весьма сомнительно отнесение лизинговых операций к числу инвестиционных хотя бы вследствие отсутствия категории риска, присущего лизингу только в пределах любой гражданско-правовой сделки, вследствие наличия у лизингодателя права на продажу долговых обязательств лизингополучателя (см.: ст. 13 Конвенции УНИДРУА «О международном финансовом лизинге» 1988 г.; Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 213).

ного государства, привлекаемых в целях создания рабочих мест, развития отраслей, требующих особых затрат, регионов особой сложности, осуществления особо капиталоемких проектов, а также достижения социального эффекта в принимающем государстве.

Так, в 2008 г. российско-британская нефтяная компания ТНК — BP по инвестиционному договору о разведке газа и нефти в истощенных и труднодоступных месторождениях Тюменской области из инвестируемой суммы в 85 млрд руб. обязалась вложить 4,2 млрд руб. в экологические и природоохранные мероприятия и более 1 млрд — в реализацию социально-экономических программ.

Для *государства-инвестора* более характерно обозначение цели инвестирования как получение коммерческой выгоды и стремление к созданию соответствующих цели льготных условий в государстве-реципиенте.

Доктрина определяет иностранные инвестиции как материальные и нематериальные ценности, принадлежащие иностранным лицам, находящиеся на территории принимающего государства и используемые с целью как извлечения прибыли, так и *развития экономики этого государства*¹.

Инвестиционный капитал — это материальные и нематериальные ценности, принадлежащие инвестору одной стороны и вкладываемые на территории другой стороны *в соответствии с ее законодательством*². Обобщение положений международных договоров и национальных законов об инвестициях приводит к заключению, что ныне содержание понятий «инвестиция», «инвестиционное вложение» или «инвестиционный капитал» унифицировано двусторонними и региональными договорами и понимается достаточно широко. Оно включает недвижимое и движимое имущество, право залога, ипотеки, другие имущественные права, все виды ценных бумаг, в том числе депозитарные расписки, долговые обязательства, требования по денежным средствам, иным договорным обязательствам, имеющим экономическую ценность, права на интеллектуальную собственность, ноу-хау, торговые секреты, права на осуществление предпринимательской деятельности, предоставляемые на основе закона или договора, в силу любых лицензий, разрешений, включая право на разведку, разработку, добычу, эксплуатацию природных ресурсов

¹ См.: *Доронина Н. Г., Семилотина Н. Г.* Государство и регулирование инвестиций. М.: Городец, 2003; *Нешатаева Т. Н.* Международное частное право и международный гражданский процесс. М., 2004. Ч. 2. Гл. 1.

² Приведенная достаточно устоявшаяся формулировка присутствует в ст. 1 Соглашения между Правительством Российской Федерации и Правительством Итальянской Республики 1996 г. См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 59.

*в соответствии с территориальным статутом, т. е. законами принимающего государства*¹.

К определению статута недвижимости как инвестиционного вложения безусловно применяется коллизионный принцип *lex rei sitae*, используемый также и при определении статута движимости. Но в последнем случае он скорее действует как унифицированный коллизионный принцип, сближающий законодательство государств в случае необходимости определения законности приобретения, вывоза, ввоза и распоряжения имуществом.

11.2. Виды трансграничной инвестиционной деятельности

По характеру участия инвестора виды иностранной инвестиционной деятельности, допускаемой государством на своей территории, подразделяются на *прямое инвестирование*, т. е. *вложения* имущественных и неимущественных ценностей в виде определенной доли, непосредственно размещаемые *в производстве* и предусматривающие участие инвестора *в управлении*, и *портфельное инвестирование*, реализуемое через приобретение блокирующего и неблокирующего пакета акций в целях получения дохода от деятельности конкретного предприятия (но не биржевой торговли акциями как способа получения дохода).

Возможно сочетание обоих видов вложений иностранных инвестиций — прямых и портфельных — при взаимном сотрудничестве по обмену портфельных и прямых инвестиций в предприятиях друг друга. Так, в 2007 г. российскими и алжирскими лицами (Газпром, ЛУКОЙЛ, Роснефть и Sonatrach) принято решение об участии алжирских инвесторов в разработке четырех месторождений в России в обмен на пакет в одном из двух заводов по выпуску газовых труб в Алжире. Входит в практику «гибридная схема», когда страна-реципиент сама является и собственником контрольного пакета акций в 51%, и одним из операторов, управляющих проектом, как в Боливии; в Перу избрана еще более жесткая схема — иностранным инвесторам отведена роль подрядчиков, оплачиваемых правительством соответственно добытым ресурсам. В 2006 г. между Газпромом и немецким энергоконцерном E. ON AG была заключена сделка об обмене пакета акций последнего в венгерской MOL на долю в ЮжноРусском газовом месторождении.

¹ См.: Межправительственные соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений Российской Федерации с Арменией 2005 г. // БМД. 2006. № 6. Ст. 1; с Кувейтом // Там же. 1997. № 6. Ст. 1; с Лаосом // Там же. 2007. № 11. Ст. 1; с Сирией // Там же. 2007. № 11. Ст. 1 и др. Несколько отличается формулировка Соглашения с Японией 1988 г. // Там же. 2000. № 10. Ст. 1.

Трансграничное прямое инвестирование (ТПИ), общая сумма которого в мире в 2007 г. составила 1 трлн 474 млрд долл., выгодно в случаях благоприятного инвестиционного климата, небольших рисков и большого объема рынка вложений, обеспечивающих вместе значительный возврат инвестиций. Россия, ныне занимающая 12-е место (до 30 млрд долл. ежегодно — на уровне Австралии) в перечне 90 стран-реципиентов и 2-е место среди стран БРИК (Бразилия, Россия, Индия, Китай) как стран с быстро растущей экономикой, на ближайшее пятилетие прогнозирует рост ТПИ примерно на 30—35%. Рост мог бы и выше, отмечается зарубежными и отечественными экономистами, если бы *правовые и политические условия, от которых зависит инвестиционный климат*, были более благоприятны для ТПИ. К рискам для ТПИ относят часто меняющееся законодательство, неэффективность судебной системы, негативные черты бизнес-среды, в том числе протекционизм, включая опасность создания госкомпаний в областях реализации ТПИ. Наиболее желательным для ТПИ с позиций государства-реципиента является освоение сложных георайонов, новых месторождений, капиталоемких производств. Для самого ТПИ предпочтительнее механизмы слияний — поглощений уже действующих предприятий, что, в свою очередь, заставляет государство дифференцированно относиться к ТПИ и принимать меры по защите национального производителя.

Трансграничное портфельное инвестирование привлекательно для иностранных инвесторов не только как «простое» получение дивидендов, но и как сравнительно малорисковое — компенсируемое через продажу акций — размещение капитала, а также как возможная стадия перехода к прямому управлению. Портфельными инвесторами (как, впрочем, и прямыми) применяются новые для России механизмы слияний — поглощений через увеличение пакетов акций до размеров блокпакета, влияющего на принятие решений компанией, предельная величина которого также зависит от территориального статуса (как правило, покупка неблокирующего пакета свидетельствует о неагрессивности инвестора). С другой стороны, для деятельности портфельных миноритариев существует реальная угроза вытеснения из предприятия путем сфальсифицированного снижения цены акций, особенно типа *free-float* (через выпуск их в свободную продажу), через уменьшение дивидендов и последующего выкупа подешевевших акций мажоритарием по заниженной цене. Напротив, для привлечения миноритарных акционеров возможно искусственное увеличение дивидендной доходности акций.

Портфельное инвестирование зачастую используется для ухода от налогов в стране происхождения капитала через создание в офшорных зонах *de jure* «иностранных» фирм, как в случаях с российской «Альфа-групп» и американской Enron, руководитель которой получил за махинации с портфельными инвестициями 275 лет тюремного заключения. Международное частное право имеет в активе способ противодействия

таким правонарушением: он заключается в применении к определению личного статута таких «обманных» фирм *концепции контроля*, т. е. определения в качестве личного статута права государства инкорпорации *фирмы происхождения капитала*, а не права места регистрации, каким выступает офшор. Портфельные инвестиции могут быть также использованы как «троянский конь» для проникновения без необходимых разрешений (лицензий) в отрасли хозяйства, связанные с землепользованием и добычей ресурсов; так, в 2005 г. японская Mitsui & Co. Ltd «вышла» на якутское угольное месторождение через приобретение 30%-ного пакета акций российского предприятия Evgas.

В структуре инвестиционного капитала различаются *мажоритарные инвестиции* (иногда называемые стратегическими, хотя в последнее время, в том числе и в Федеральном законе 2008 г. «Об ограничении иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для национальной безопасности Российской Федерации», этот термин применяется для обозначения инвестиций, вкладываемых в наиболее значимые отрасли экономики принимающего государства) и *миноритарные инвестиции*.

Так, структура капитала совместного предприятия (СП), созданного в 2008 г. Нижегородским масложировым комбинатом (НМК) с участием иностранных инвесторов для производства промышленных жиров на основе пальмового масла, выглядит следующим образом: 50% имеет НМК как прямой инвестор, управляющий предприятием, портфельные — сингапурская Wilmar International Ltd., получающая 37,5%, ее украинская «дочка» Delta Export — 12,5% акций.

Другим элементом структуры является установление принимающим государством минимальной и максимальной величины доли или пакета, во-первых, для получения статуса инвестора, во-вторых, для допуска его к инвестиционной деятельности в отдельных отраслях экономики, особо важных для обеспечения экономической безопасности.

Трансграничное венчурное инвестирование является новым видом осваиваемой в России деятельности. Западная доктрина относит его к подвиду прямого инвестирования, поскольку управление вкладываемыми средствами осуществляется самим инвестором; с другой стороны, оно отличается от классических прямых большей долей риска, почему, как правило, и *пользуется поддержкой государства*.

Венчурные инвестиции вкладываются в перспективные высокотехнологичные проекты на ранних стадиях их развития, имеют высокий «инвестиционный возврат» в течение сравнительно небольшого периода времени (иностранцы вложения в японскую компанию Yahoo! составили при выходе возврат трансграничных венчурных инвестиций

в пределах 400%), так что *срок* выхода из проекта с этой прибылью осуществляется в пределах 4–7 лет.

Ныне объем венчурного инвестирования в мире оценивается в 350 млрд долл., объем венчурных инвестиций в России — 59–70 млн долл. в год, включая иностранный капитал.

Как типичный пример венчурного (инновационного) инвестирования можно рассматривать принятое в конце 2007 г. решение компаний Google, Hewlett-Packard, Wal-Mart, IBM о начале инвестирования в альтернативную энергетику — производство солнечных, ветряных, геотермальных источников энергии в Англии, Ирландии, Германии, Испании и др. в целях борьбы с сокращением выбросов углеводородов в атмосферу Земли.

На деле венчурное, или, как его называют, *экстремальное* инвестирование — вид деятельности, связанный с инновационными проектами на раннем этапе их существования. Он состоит из ряда последовательно складывающихся действий — по оценке проекта, по поиску инвестора с так называемым «посевным капиталом» (вместе называемых «долиной смерти», ибо поиск инвестора и его участие зависят от размера предполагаемой им прибыли) — и важного этапа поиска менеджера, способного выполнить проект с целью его дальнейшей перепродажи. Отсюда, возможно, возникло название «бизнес-ангел» для индивидуальных инвесторов, решающихся на венчурное инвестирование на его первых стадиях.

Средства при венчурном инвестировании вкладываются не в идею, а в готовые проекты инновационного типа или проекты для среднего и мелкого бизнеса, реализуемые в процессе функционирования свободных (особых, специальных) экономических зон (ОЭЗ или СЭЗ) и их разновидностей — свободных портов, банковских, таможенных и внешнеторговых, технопарков, промышленно-производственных, технико-внедренческих, определяемых и регулируемых территориальным статутом.

Венчурное инвестирование, особенно инвестирование средств так называемого второго эшелона — средних и мелких инвесторов, может применяться в режиме точечного (*кластерного*) инвестирования отдельных видов деятельности в районах, не связанных территориально с СЭЗ, но также имеющих льготы.

Одним из подвидов венчурного инвестирования являются *девелоперские* сделки. *Девелопер* — непрофильный инвестор, размещающий капитал, предназначенный для получения сверхприбыли в востребованной области экономики, не интересующей девелопера, с целью перемещения его впоследствии в приоритетную для него экономическую или иную деятельность.

Так, в 2007 г. швейцарская Credit Suisse, одна из известнейших финансовых групп, стала портфельным инвестором с долей 12,5% российской фирмы «Сибирский берег», специализирующейся на выпуске сухариков и чипсов.

Кроме того, на российском рынке в строительном бизнесе активизировались *fee*-девелоперы, занимающиеся как оформлением документов по строительству на основного инвестора, так и оформлением документации «на себя», с управлением стройкой за вознаграждение, которое при удачной работе может достигать до 10% стоимости проекта. В такой роли выступила американская компания Hines, управляющая более чем 950 проектами под застройку 360 млн кв. м площади в Москве, а также компании CMI Development и Storm Properties. Последняя выступает *fee*-девелопером проекта строительства *для основного инвестора* — фонда Marbleton.

К сожалению, венчурные трансграничные инвестиционные отношения на территории России пока существуют в правовом вакууме, который заполняется за счет общих принципов инвестиционного регулирования и аналогии национального закона и права, включая коллизионное регулирование, типичное для внешнеэкономической деятельности.

Важным и весьма распространенным видом инвестирования являются сделки в виде *соглашений о разделе продукции* (СРП). Россия заинтересована как в принятии таких инвестиций, так и в участии российских инвесторов в таких сделках за рубежом. Так, в 2007 г. в Южно-Африканскую Республику пришло СП Evgas, одним из участников которого является российское юридическое лицо. В этом же году Россия приняла для разработок своего континентального шельфа южнокорейскую фирму, а в дальнейшем готова к сотрудничеству со Скандинавскими странами в освоении арктических природных ресурсов.

По критерию *круга субъектов, способа возврата, объекта приложения и объема льгот* иностранных инвестиционных вложений отношения, опосредуемые СРП, имеют ряд отличий от иных инвестиционных правоотношений. Во-первых, в связи с особенностью *объекта* СРП, непосредственно связанного с суверенным ресурсом государства — полезными ископаемыми, одним из субъектов правоотношения выступает само *государство*. Этот факт обеспечивает приоритет применения его права в случае возникновения спорной ситуации. Для осуществления прав на разведку, добычу, реализацию полезных ископаемых применяется разрешительный порядок, реализуемый часто через проведение аукционов, тендеров (конкурсов). За реализацию переданных инвестору прав государство взимает разовые бонусы за пользование недрами, ежегодные платежи за поиск и разведку — рен-

талс, регулярные платежи — роялти, зависящие либо от величины площади исследования, либо от количества добытого сырья, либо от времени работы; от остальных платежей за пользование недрами инвестор, как правило, освобождается.

Все эти выплаты реализуются инвестором через передачу принимающему государству определенного количества добытого сырья, находящегося в труднодоступных, многозатратных и требующих освоения георайонов. Отсюда таким инвесторам предоставляется ряд льгот, включающих ввоз части произведенных за рубежом механизмов, а также приглашение своего ключевого персонала, чего, как правило, не имеют другие инвесторы. Общий порядок регулирования таких отношений установлен Федеральным законом 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции» (в ред. 2004 г.). Таким образом, правовой режим сделок, вытекающих из СРП, зависит от территориального статута — Россия как принимающее государство применяет свое право, российские юридические и физические лица за рубежом, за исключением российского права, определяющего их личный статут, действуют в пределах, устанавливаемых правом принимающего государства и условиями контрактов.

11.3. Субъекты трансграничных инвестиционных правоотношений

Виды иностранных инвесторов и общее понятие инвестора как субъекта трансграничных инвестиционных отношений, допускаемого к деятельности на территории иного государства, определяются национальным законодательством и международными договорами¹.

Роль государства в определении порядка иностранного инвестирования определяется заключаемыми государствами соглашениями, предусматривающими такие виды инвестиционной деятельности, как создание компаний со 100%-ным иностранным капиталом или долевым участием иностранного капитала с правом управления сообразно вложенной доле, для чего в случае портфельных инвестиций устанавливаются максимальные и минимальные размеры пакета акций, которыми может владеть инвестор; заключение концессионных соглашений и близких к ним соглашений о разделе продукции (СРП), соглашений о привлечении венчурных инвестиций.

¹ Разработанные ВТО в 1994 и 1998 гг. проекты Многостороннего соглашения об инвестициях — МАИ (*Multilateral Agreement on Investment*) — предлагали считать инвестором физическое или юридическое лицо, находящееся под юрисдикцией договаривающейся стороны (*Contracting Party in accordance with its applicable law*), зарегистрированное или иным образом образованное в целях получения прибыли или без таковой частными лицами или под контролем государства и включающее все виды объединений, в частности товарищества на вере, простого товарищества, ассоциаций или организаций (<http://www.acds.net/Appendix4.html>).

Для всех перечисленных видов деятельности существует *разрешительный порядок*, характеризуемый, как было указано ранее, наличием разрешения государства на конкретный вид деятельности, на конкретный район деятельности, на определенную в процентном или суммовом выражении долю участия. Отсюда в понятийном аппарате института закрепилось и используется в международных договорах понимание одобренных и не одобренных государством инвестиций¹.

За государством остается право принятия норм, регулирующих статус иностранного инвестора, право участия в инвестиционных проектах, право экспертизы таких проектов, право отзыва разрешения на их осуществление. Национальное законодательство определяет *порядок проведения конкурсов, аукционов, торгов, тендеров* на право участия в инвестиционных проектах с участием иностранных инвесторов.

Таким образом, суть деятельности государства в области иностранного инвестирования определяется сочетанием мер по предоставлению льгот, их гарантий, а также установлению изъятий, диктуемых защитой интересов граждан и государства.

Правовое положение иностранного инвестора в принимающем государстве регулируется, во-первых, нормами *lex personalis* или *lex societatis* при определении его *личного статуса* и, во-вторых, имеющими важнейшее значение нормами права принимающего государства при установлении *реального статуса* инвестора.

В первую очередь это трансформированные в национальное право унифицированные материальные и коллизионные нормы международных договоров о торговле и сотрудничестве, о поощрении и взаимной защите инвестиций (капиталовложений), таможенных и налоговых соглашений, а также национальное право в части, касающейся регулирования трансграничных отношений в целом и иностранных инвестиций в частности.

Определяющими являются принципы взаимности и *национального режима*, дополняемого *режимом наиболее благоприятствуемой нации*. Ряд представителей российской доктрины достаточно критически оценивают реалии национального режима именно в трансграничном инвестировании — иностранный инвестор по ряду серьезных позиций уступает национальному инвестору, а последний в ряде случаев не имеет преимуществ, предоставляемых иностранцу. Оценивая институт национального режима, нельзя не отметить, что, кроме недискриминации иностранного инвестора относительно «своего», он направлен также на установление недискриминационного режима для иностранных инвесторов независимо от государственной принадлежности.

¹ Подробнее см.: Фархутдинов И. З. Международное инвестиционное право. М.: Wolters Kluwer, 2005. С. 239–240.

В настоящее время в международных договорах о трансграничных инвестициях¹ и национальных правовых актах государств, в том числе и в России, в Федеральном законе от 8 декабря 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» закрепляется более емкая формула — «режим, не менее благоприятный, чем для своих инвесторов». Она имеет более сложное содержание. Так, она трактуется и как не допускающая дискриминации иностранного инвестора, и как оставляющая за принимающим государством право устанавливать *специальный, включающий как льготы, так и ограничения, режим именно для трансграничной инвестиционной деятельности.*

Ратифицированное Федеральным Собранием России в 2007 г. Соглашение с Сирией о поощрении и взаимной защите капиталовложений содержит эту принципиально новую формулировку предоставляемого друг другу режима — «стороны предоставят друг другу режим *не более благоприятный*, чем тот, который они предоставляют друг другу в соответствии с обязательствами, принятыми по Соглашению об учреждении Всемирной торговой организации от 15 апреля 1994 г., включая обязательства по Генеральному соглашению по торговле услугами».

В целом приведенные примеры дают основания только для постановки вопроса об особенностях содержания и действия национально-го режима применительно к трансграничному инвестированию. Содержание национального режима при определении реального статуса инвестора и его векторы находятся в настоящее время между плюсом и минусом, причем замена знака зависит от заинтересованности государства в притоке иностранного капитала. Ввиду отсутствия общепринятого юридического определения понятия «национальный режим» амплитуда колебаний зависит от самих государств, хотя в известной мере корректируется принципом взаимности.

Так, Китай в 2005 г. признал факт «перегрева» и однобокое развитие отдельных отраслей экономики, из-за чего был отменен ряд льгот для иностранного инвестора, а национальный режим был «выровнен» в пользу инвестора национального. Аналогичная ситуация сложилась ныне в Канаде в отношении инвестиций в нефтеносные пески провинции Альберта — на первоначальном этапе их освоения, в 90-е гг., когда регион был депрессивным, налоговый сбор для

¹ См.: Межправительственные соглашения о поощрении и взаимной защите капиталовложений РФ с Арменией 2005 г. // БМД. 2006. № 6. Ст. 1; с Кувейтом // Там же. 1997. № 6. Ст. 1; с Ласосом // Там же. 2007. № 11. Ст. 1; с Сирией // Там же. 2007. № 11. Ст. 1 и др. Несколько отличается формулировка Соглашения с Японией 1988 г. // Там же. 2000. № 10. Ст. 1.

иностранного инвестора был установлен в размере 1%; в 2007 г. из-за повышения цен на нефть все виды платежей для иностранного инвестора были увеличены.

Наряду с положениями о взаимности и предоставлении национального режима или режима наиболее благоприятствуемой нации, который способствует устранению дискриминации именно между иностранными лицами, в межгосударственных соглашениях и национальном праве закрепляется положение о *приоритете применения норм международных договоров относительно национального права в случае поиска применимого права*.

Так, в Правилах рыболовства для Северного рыбохозяйственного бассейна от 28 апреля 2007 г., принятых Минсельхозом России, наряду с ограничениями деятельности по рыболовству, адресованными всем субъектам, в ст. 4 содержится следующая общепринятая отсылочная формула: «Если международными договорами Российской Федерации (в области рыболовства.) установлены иные правила, чем те, которые предусмотрены законодательством Российской Федерации, применяются правила этих международных договоров».

Для привлечения иностранных капиталов государство *устанавливает ряд специальных инвестиционных гарантий и льгот*.

Важнейшими *льготами*, предоставляемыми иностранному инвестору для осуществления избранного им вида инвестиционной деятельности, можно считать беспошлинный ввоз имущественных и иных ценностей для формирования инвестиций; при необходимости и с разрешения принимающего государства — возможность суброгации (замещения) инвестора другим лицом; таможенные и налоговые льготы.

К *гарантиям* относятся права иностранного инвестора защищать свои интересы в суде; считать имущество, приобретенное или созданное инвестором, собственностью инвестора; разрешение открывать банковские счета в рублях или валюте, у себя или в нашей стране, с использованием, правда, исключительно для финансирования его деятельности; предоставление права на вывоз или реинвестирование прибыли; обеспечение стабильного, не подверженного резким изменениям правового поля на весь или большую часть периода действия инвестиционного соглашения («дедушкина», или стабилизационная, оговорка): от 1 до 7 лет с правом продления, а иногда — на весь срок действия договора.

Так, в 2005 г. российская компания «Вимм-Билль-Данн» была на семь лет освобождена от уплаты налога на прибыль, а также таможенных пошлин на ввоз технического оборудования на территорию Казахстана.

Для федеративного или децентрализованного унитарного государства с множественностью правовых систем характерно воздействие на инвестора, помимо общегосударственного, еще и локального законодательства. Последнее имеет свои выгоды, если внутригосударственное образование имеет возможность предоставить ему больший объем льгот.

Так, в соревновании между Ленинградской и Екатеринбургской областями за японского инвестора выиграла первая, предоставившая ему больший перечень льгот и в результате получившая рабочие места, социальные выплаты и иные выгоды. В данном случае инвестор, меняя территорию деятельности, изменил применимое к сделке право (интерлокальная коллизия). Очевидно, что если Башкирия запланировала к 2010 г. привлекать ежегодно в свою экономику 1 млрд долл. иностранных инвестиций, значит, она готовится ввести более льготное по сравнению с федеральным и другими субъектами РФ законодательство, которое впоследствии и будет регулировать инвестиционные отношения.

В случае нарушения условий договора с иностранным инвестором со стороны принимающего государства и (или) субъекта административно-территориального деления последние несут солидарную ответственность. Считается общепризнанным, что статус иностранного инвестора может быть существенно изменен в случае использования государствами права на применение оговорки о публичном порядке¹.

Так, в 2006 г. публичная оговорка была применена Пакистаном против российской фирмы «Магнитогорский металлургический комбинат», подозревавшейся в связях с индийской фирмой, и реализована в виде отмены результатов тендера на право покупки 75% акций Pakistan Steel Mills; в этом же году российская фирма «Норникель» отказалась от сделки с финской фирмой Fortum из-за выраженных Федеральной антимонопольной службой опасений по поводу энергетической безопасности Северо-Западного региона РФ; Правительство Эстонии начало процесс расторжения договора приватизации железных дорог страны, являющихся собственностью Eesti Raudtee, намеревавшейся продать часть своих акций российской фирме «Промышленные инвесторы», поскольку продажа могла бы негативно сказаться на безопасности страны; Китай заявил о противодействии политике поглощений западными корпорациями китайских фирм, так как это могло бы привести к возникновению иностранных монополий в ключевых секторах экономики, — на этом основании была заморожена сделка по приобретению американ-

¹ Подробно об оговорке о публичном порядке см. гл. 6 учебника.

ским фондом Carlyle китайской промышленно-строительной фирмы Xigong Group на сумму 370 млн долл. (кстати, в России 80% иностранных инвестиций размещены в энергетическом секторе); в мае 2007 г. в Конгресс США был внесен законопроект о деинвестициях — изъятии американских инвестиций из зарубежных компаний, сотрудничающих с Ираном.

Обычной практикой является *запрещение* или *ограничение* иностранных инвестиций в оборонный комплекс, крупные и важные для страны так называемые стратегические отрасли национального хозяйства. В 2005 г. Франция объявила стратегическими 10 отраслей национальной экономики и ужесточила допуск в них прямых иностранных инвестиций, что привело к обвинению ее в «экономическом национализме». Россия с 2008 г. ограничивает свободу доступа иностранных инвестиций в более 40 стратегических отраслей, обусловив его получением разрешения на уровне Правительства.

Во многих странах также устанавливаются пороги ограничения для иностранных вложений в 25, 30 и 50% уставного капитала, включая особый порядок выдачи разрешений¹.

Существенным фактором, влияющим на положение инвестора, является право государства на национализацию и реквизицию.

Каждая из этих мер применяется государством (его органами) на основании национального права, а также только в очевидных, т. е. установленных законом, случаях, за исключением вооруженного конфликта, чрезвычайного положения и подобных им ситуаций, а также в общественных интересах. Однако общепризнанной нормой, закрепленной универсальными договорами (например, Сеульской конвенцией 1985 г.) и региональными двусторонними соглашениями о взаимной защите инвестиций за инвестором признается право на судебную защиту, на недискриминационный характер применяемых к иностранному инвестору мер, а также на своевременную (быструю) и адекватную (эффективную) компенсацию. Позиция России отражена в Федеральном законе 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации»; в соответствии с его положениями иностранные инвестиции не подлежат национализации и не могут быть подвергнуты реквизиции, кроме как в исключительных предусмотренных законом случаях, когда эти меры принимаются в общественных интересах. Договор с Италией о взаимной защите инвестиций 1999 г. содержит эту же формулировку

¹ В начале 2008 г. Россией начато проектирование особых экономических зон (ОЭЗ) *портового типа* для пяти морских и речных бассейнов и аэропортов. В отличие от промышленно-производственных и технико-внедренческих зон, также предоставляющих иностранным инвесторам существенные льготы, ОЭЗ портового типа могут располагаться на территориях нескольких муниципальных образований, их площадь может составлять до 50 кв. км, срок действия режима — 49 лет, а цена «входного билета» — от 50 до 100 млн евро.

с добавлением «ни де-юре, ни де-факто», направленную против «ползучей» национализации и иных сходных с ней мер. Несмотря на существующие гарантии безопасности, инвесторы считают перечисленные угрозы достаточно серьезными.

В 2006–2007 гг. Еврокомиссия, по сообщению лондонской *Financial Times*, рассматривала вопрос об ограничении доступа Газпрома (Россия) на энергетический еврорынок. Газпром в свою очередь отказал Германии в инвестициях в ее магистральные и газораспределительные сети из-за высоких политических рисков, связанных с предвидимым решением Евросоюза о недопущении иностранных инвесторов на внутренние рынки и об отобрании у них энергетических газовых сетей, что, по словам главы объединения *Gasprom Germania*, представляет собой чисто марксистскую конфискацию и обобществление средств производства.

Правовое положение иностранного инвестора по законодательству России определяется Федеральным законом 1999 г. «Об иностранных инвестициях в Российской Федерации». Его значение состоит в том, что он представляет собой, во-первых, специальный акт, имеющий известное преимущество перед общими нормами, во-вторых, кодификацию *sui generis* важнейших норм, регулирующих иностранную инвестиционную деятельность в правовом поле России, в-третьих, полно и обстоятельно использующий приемы правовой техники.

В соответствии с Законом в качестве иностранного инвестора рассматривается иностранное *лицо*, физическое или юридическое, в том числе международная организация, отвечающее одновременно требованиям как принимающего, так и направляющего инвестиции государства, созданное в соответствии с его национальным законодательством.

Однако в принятом Госдумой в апреле 2008 г. Федеральном законе «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» к *иностранным инвесторам* (за исключением госкомпаний) также отнесены *российские предприятия, находящиеся под контролем иностранных инвесторов*. Это может означать, что к ним будут отнесены все российские компании, работающие в стратегических отраслях, в случае если доля иностранного капитала будет превышать 10%.

Таким образом, при решении вопроса о допуске иностранного инвестора на свою территорию Россия одновременно руководствуется как положениями законодательства посылающего государства о наличии у инвестора обусловленной законами этого государства инвестицион-

ной право- и дееспособности, так и положениями своего, российского законодательства о допуске иностранных лиц именно этого государства на свою территорию в искомом качестве.

Для определения статуса (применимого права) *физического лица*, действующего в качестве иностранного инвестора, Закон указывает два основания — гражданство и постоянное место жительства для лица, не имеющего какого-либо гражданства и проживающего за пределами России. Если иностранный индивидуальный инвестор будет зарегистрирован в России в качестве индивидуального предпринимателя, то на его деятельность будет распространяться право России (ст. 1201 ГК РФ), за исключением тех позиций, которые согласно ст. 1196–1201 ГК РФ будут определяться его личным статутом.

Иностранный инвестор может быть представлен на территории РФ как *юридическим лицом*, учрежденным по законам иностранного государства и в соответствии с ними наделенным гражданской, в данном случае — инвестиционной правоспособностью, так и иной *иностранной организацией*, гражданская правоспособность которой определяется в соответствии с законодательством государства учреждения и которая имеет право в соответствии с ним осуществлять инвестиции на территории РФ.

Статья 3 Федерального закона 1995 г. «О соглашениях о разделе продукции» уточняет, что к таким организациям относятся также объединения юридических лиц, осуществляющие вложение собственных, заемных или привлеченных средств (имущества и (или) имущественных прав) в поиски, разведку и добычу минерального сырья и являющиеся пользователями недр на условиях соглашения.

На территории РФ согласно ст. 4 Закона иностранное юридическое лицо может иметь филиал, ответственность за деятельность которого несет создавшее его иностранное юридическое лицо. Иностранное юридическое лицо или иная организация может *зарегистрироваться на территории РФ с образованием российского юридического лица*. В этом случае его личным статутом будет российское право, хотя на стадии допуска к инвестиционной деятельности и определении ее законности на территории РФ и было применено иностранное право (*lex personalis, lex societatis*). Если иностранное лицо образует совместное предприятие с российской коммерческой организацией, последнее получает статус иностранного инвестора и соответствующие ему льготы и гарантии, сохраняемые до выхода из него иностранного участника. Закон исключает из числа иностранных инвесторов дочерние или зависимые общества коммерческой организации с иностранными инвестициями при осуществлении ими предпринимательской деятельности.

В число субъектов инвестиционной деятельности на территории России входят *международные организации и иностранные государства*, но уже на основании международных договоров и опять-таки в порядке, определяемом российским законодательством.

В отношении иностранного инвестора федеральным законодательством и законами субъектов РФ установлен порядок, характеризующийся *сочетанием* предоставляемых иностранному инвестору *льгот* или поощрений, обеспечивающих эти льготы гарантиями и *изъятий*¹, с комплексом изъятий, направленных на защиту своей экономики и своих граждан. Эти компоненты и представляют собой основное содержание статуса иностранного инвестора.

Закон закрепляет следующие льготы, распространяющиеся только на иностранного инвестора: право на вывоз большей суммы валюты, чем разрешено российскому предпринимателю, которое обусловлено в качестве гарантии обязанностью России как принимающего государства не препятствовать переводу за рубеж прибыли и иных сумм, законно приобретенных в связи с ранее сделанной инвестицией (ст. 11 Закона); инвестору предоставляется право на ввоз в Россию для производственных целей так называемого ключевого персонала, т. е. своих, а не российских, специалистов в отдельных отраслях; привлечение к работам иностранных подрядчиков; беспошлинный ввоз оборудования, таможенные, налоговые и иные льготы.

В известной мере об уровне и видах льгот или «изъятий стимулирующего характера» можно судить по видам гарантий. Так, Закон говорит о гарантии от неблагоприятного изменения российского инвестиционного законодательства, позволяющей инвестору действовать в течение определенного срока в прежнем правовом режиме (стабилизационная, или «дедушкина, оговорка»); гарантии выплаты немедленной соразмерной компенсации в случае национализации или реквизиции имущества иностранного инвестора; гарантии на возмещение убытков, причиненных ему в результате незаконных действий органов власти и самоуправления (ст. 5, 8, 9).

Предоставляя иностранному инвестору ряд льгот и гарантий, Россия, как и другие государства, оставляет за собой право на «изъятия ограничительного характера» (ст. 4). Прежде всего следует отметить разрешительный и регистрационный порядки допуска, в том числе и установленную для иностранного инвестора процедуру допуска к коммерческой деятельности, зависящую от отрасли вложения и суммы инвестирования.

¹ Пункт 2 ст. 4 Закона для обозначения льгот применяет термин «изъятия стимулирующего характера», а для собственно изъятий, например недопуска в определенные отрасли хозяйства и др., — «изъятия ограничительного характера».

Так, в уже упомянутом Федеральном законе «О порядке осуществления иностранных инвестиций в хозяйственные общества, имеющие стратегическое значение для обеспечения обороны страны и безопасности государства» ужесточаются требования к правилам контроля сделок, входящих в «*группу сырьевых ресурсов*», в том числе в отношении так называемых резервных участков недр, где иностранному инвестору — держателю лицензий на ряд месторождений федерального значения разрешается контролировать не более 10% уставного капитала без разрешения Правительства. В «*оборонной группе*», куда входят все отрасли оборонной промышленности, космическая и атомная отрасли, федеральное теле- и радиовещание, госмонополии, крупные СМИ с тиражом более 1 млн экземпляров, иностранный инвестор обязывается согласовывать с уполномоченным органом и получать разрешение правительственной комиссии на сделки по приобретению более 50% акций стратегического предприятия или более 25%, если инвестором является иностранная *госкомпания*. Он также должен предоставлять в уполномоченный орган информацию о приобретении более 5% акций стратегического предприятия.

Уровень и виды предоставляемых льгот в государстве с множественностью правовых систем, как уже отмечалось, может быть различен для каждого из субъектов административно-территориального деления. Порядок же регулирования отношений в связи с предоставлением уровня и видов гарантий и изъятий ограничительного характера для иностранного инвестора определяется федеральным законодательством, отступления от которого не допускаются. Таким образом, три существенных компонента статуса иностранного инвестора хотя и подчиняются в целом праву России, но уровень и источники регулирующих их норм имеют достаточно значимые различия.

Дополнительная литература

Доронина Н. Г. Комментарий к Закону об иностранных инвестициях // Право и экономика. 2000. № 4.

Лисица В. Н. Иностраный элемент в международных инвестиционных отношениях // Международное публичное и частное право. 2008. № 3.

Фархутдинов И. З., Трапезников В. А. Инвестиционное право. М.: Wolters Kluwer, 2006.

Глава 12

ДОГОВОРНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. (Россия участвует); Конвенция УНИДРУА о представительстве при международной купле-продаже 1983 г.; Конвенция УНИДРУА о международном финансовом лизинге 1988 г. (Россия участвует); Конвенция УНИДРУА о международном факторинге 1988 г.; Гаагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи, 1978 г.; Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников СНГ 1992 г. (Россия участвует); Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. (СНГ, Россия участвует); Принципы международных коммерческих договоров 2010 г.; ИНКОТЕРМС 2010 г.; Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности»; Федеральный закон от 14 апреля 1998 г. «О мерах по защите экономических интересов Российской Федерации при осуществлении внешней торговли товарами»

12.1. Понятие трансграничных договорных обязательств

Правовое регулирование договорных обязательств занимает существенное место как в гражданском праве любого государства, так и в международном частном праве. Нормами о договорных обязательствах регулируется обширный круг гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом: международная купля-продажа, сдача имущества в аренду, сооружение производственных и иных объектов за рубежом, международная перевозка грузов, пассажиров и багажа, международные расчеты и кредитование, использование иностранных произведений науки, литературы и т. д.

В доктрине и нормах международного частного права для обозначения договорных обязательств использовались два термина: «сделки» и «договоры».

Так, в предыдущем российском законодательстве использовались термины «внешнеторговая сделка» (ГК РСФСР 1964 г.) и «внешнеэкономическая сделка» (Основы гражданского законодательства 1991 г.). В обоих законах понимались и сделки, и договоры, а в ст. 166 Основ 1991 г. прямо было перечислено около двух десятков договоров, охватываемых термином «внешнеэкономическая сделка». Понятно, что «сделки» и «договоры» — равнозначные термины, но взаимосвязанные, так как договор является разновидностью сделки. Сделки могут быть односторонними и двусторонними или многосторонними; в двух последних случаях сделки именуются договорами. Поэтому законодатель использовал обобщающий термин «сделки», включающий как односторонние сделки, так и договоры.

Действующее российское законодательство (разд. VI ГК РФ) использует оба термина: и «сделки», и «договоры», причем в полном соответствии с различием в содержании этих понятий. Термин «сделка» используется в двух случаях: когда речь идет о всех сделках, включая договоры (ст. 1209, определяющая форму сделок), и когда речь идет об односторонних сделках (ст. 1217, устанавливающая выбор права к обязательствам, вытекающим из односторонних сделок). Во всех остальных случаях используется термин «договор», что реально соответствует содержанию этого понятия. *В настоящей работе термин «сделка» используется как общий термин, включающий и договор, если нет специального указания на одностороннюю сделку.* Действующее законодательство отказалось также от господства термина «внешнеэкономическая сделка». Лишь в одном случае ГК РФ обращается к термину «внешнеэкономическая сделка», устанавливая специальную коллизионную норму по поводу формы этой сделки. Во всех остальных случаях коллизионные нормы определяют применимое право к любым сделкам, к любым договорам, включая и внешнеэкономические.

Правда, в международной практике термин «внешнеэкономическая сделка», как правило, не используется. Более распространенные термины — «международная коммерческая сделка» и «международный коммерческий договор». Достаточно привести в качестве примера документ, разработанный Римским институтом унификации частного права в 1994 г. и получивший широкое признание в практике, — «Принципы международных коммерческих договоров» (Принципы УНИДРУА¹) (в ред. 2004 г.²). Оба термина равнозначны, хотя

¹ См.: Принципы международных коммерческих договоров / под ред. А. С. Комарова. М., 1996.

² См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: пер. и вступ. ст. А. С. Комарова. М., 2006.

некоторое оттеночное различие существует. «Внешнеэкономическая сделка» выражает позицию одного государства: участие России, ее граждан, юридических лиц в международных экономических связях является их внешнеэкономической деятельностью, которая оформляется совершением внешнеэкономических сделок. Та же деятельность с позиции двух или более государств будет международной хозяйственной деятельностью, а сделки, ее опосредующие, будут международными коммерческими сделками. В дальнейшем изложении оба термина будут использованы как равнозначные.

Обращаясь к терминам «сделки»/«договоры» или «внешнеэкономические сделки», ГК РФ не раскрывает их понятие. Из ст. 1186, как было рассмотрено в гл. 1 настоящего учебника, вытекает, что термин «сделки», используемый в разд. VI, означает любые *гражданско-правовые сделки, осложненные иностранным элементом*. Речь идет о *трансграничных, т. е. международных, сделках или сделках международного характера*. Выделение трансграничных сделок из всего массива гражданско-правовых сделок имеет серьезное практическое значение, так как непосредственно связано с особенностями правового регулирования. Если сделка «внутренняя», т. е. не имеет иностранных элементов, то она лежит целиком в национальном правовом поле и регулируется российским правом. Если сделка трансграничная, международная, то она связана с правом разных государств и возникает проблема выбора права одного из них, нормы которого должны быть применены.

Кроме того, из круга трансграничных сделок следует выделить *внешнеэкономические сделки*. Несмотря на то, что разд. VI ГК РФ предусматривает единое коллизионное регулирование отношений, вытекающих из любых трансграничных сделок, внешнеэкономические сделки имеют свои особенности.

Первое отличие проявляется в системе правового регулирования внешнеэкономических сделок:

1) особые требования к форме сделки. ГК РФ требует обязательного соблюдения письменной формы внешнеэкономической сделки, что нашло отражение в п. 3 ст. 162 ГК РФ и в специальной коллизионной норме (п. 2 ст. 1209);

2) большую роль в регулировании международных коммерческих сделок (внешнеэкономических сделок) играют международные договоры, унифицирующие коллизионные и материально-правовые нормы, например Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.;

3) в сфере международных коммерческих сделок (внешнеэкономических сделок) широко применяются обычаи международной торговли, или, если воспользоваться более широким термином, — обычаи

международного делового оборота, которые часто объединяются общим термином *lex mercatoria* (разд. 12.8 настоящей главы);

4) в мировой практике сложился особый механизм разрешения споров по обязательствам, вытекающим из международных коммерческих договоров. Речь идет о международных коммерческих арбитражах.

Второе отличие внешнеэкономических сделок от иных трансграничных сделок связано с их характером: они опосредуют предпринимательскую, коммерческую деятельность в сфере международных хозяйственных связей. Единственная ст. 1209 ГК РФ, использующая термин «внешнеэкономическая сделка», подчеркивает, что речь идет о сделках с участием юридических или физических лиц, осуществляющих предпринимательскую деятельность.

Предпринимательский характер внешнеэкономических сделок подчеркивается и в многочисленных международных договорах, унифицирующих коллизионные и материально-правовые нормы, направленные на их регламентацию. Все они распространяются на сделки предпринимательского характера.

Например, Венская конвенция о международной купле-продаже 1980 г. содержит унифицированные материально-правовые нормы, которые применяются не ко всем трансграничным договорам купли-продажи, а к договорам, оформляющим предпринимательскую, коммерческую деятельность. Конвенция прямо устанавливает, что она не применяется для купли-продажи товаров для личного, семейного или домашнего пользования. Аналогичные положения есть в Нью-Йоркской конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г., в Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г. и др.

Третье отличие внешнеэкономической сделки также связано с ее предпринимательским характером. Оно касается иностранного элемента, наличие которого достаточно для отнесения предпринимательской сделки к трансграничной (международной)¹. В последнее время в меж-

¹ Отсутствие в советском, а затем и в российском праве понятия внешнеэкономической или внешнеэкономической сделки привело к созданию доктринального понятия таких сделок. Единого доктринального понятия не существует. См., напр.: *Луниц Л. А.* Внешнеторговая купля-продажа. М., 1972. С. 4 и след.; *Поздняков В. С., Садиков О. Н.* Правовое регулирование отношений по внешней торговле СССР. Ч. 1. М., 1985. С. 61 и след.; *Мушин В. А.* Международные торговые контракты. Л., 1986. С. 4 и след.; *Зыкин И. С.* Договор во внешнеэкономической деятельности. М., 1990. С. 5 и след.; *Розенберг М. Г.* Международная купля-продажа товаров. М., 1995. С. 33 и след.; *Дмитриева Т. К.* Международный коммерческий арбитраж. М., 1997. С. 8 и след.

дународно-правовых актах, направленных на унификацию права международной торговли, в национальных законах, в том числе и в некоторых российских¹, чаще всего используется критерий местонахождения коммерческих предприятий сторон на территории разных государств.

Этот признак закреплен во многих международных договорах, в том числе: в Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Нью-Йоркской конвенции об исковой давности в международной купле-продаже товаров 1974 г. (в ред. 1980 г.), Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., Оттавской конвенции о международном финансовом лизинге 1988 г., Оттавской конвенции о международном факторинге 1988 г. и др. Модификации рассматриваемого признака закреплены и в международных транспортных конвенциях (об этом см. гл. 14 настоящего учебника). Такое единообразие свидетельствует о признании данного критерия в мировой практике.

Таким образом, сделки международного характера состоят из двух групп: внешнеэкономические сделки, опосредующие предпринимательскую деятельность, и сделки, не имеющие предпринимательского характера, не ставящие целью извлечение прибыли. В советские времена обязательственные отношения международного характера в основном сводились к внешнеторговой или внешнеэкономической деятельности, поэтому старое законодательство оперировало соответствующими терминами. В условиях демократического общества, признания и соблюдения прав человека и основных свобод все большее число российских граждан участвует в гражданско-правовых операциях международного характера, заключает гражданско-правовые договоры с иностранцами по поводу объектов, находящихся на территории иностранного государства, и т. д., игнорировать которые законодательство не может. Исходя из этого коллизионные нормы, устанавливающие применимое право к договорным обязательствам, оперируют общей категорией сделок, которые включают как сделки, не имеющие коммерческого характера, так и сделки, имеющие предпринимательский, внешнеэкономический характер, которые в нашей практике традиционно воплощаются в термине «внешнеэкономическая сделка», а в мировой практике — в термине «международная коммерческая сделка».

С учетом вышеизложенного *к международным коммерческим сделкам можно отнести сделки, опосредующие предпринимательскую деятель-*

¹ Например, согласно п. 2 ст. 1 Закона о международном коммерческом арбитраже арбитраж может рассматривать гражданско-правовые споры, возникающие при осуществлении международных экономических связей, «если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей» // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 2107.

ность в сфере международных экономических отношений, совершаемые между сторонами, коммерческие предприятия которых находятся на территории разных государств.

Однако было бы неправильно полагать, что с использованием критерия местонахождения коммерческих предприятий сторон все проблемы с определением «международности» частноправовой сделки решены. С одной стороны, данный критерий является более определенным и конкретным: обычно местонахождение коммерческого предприятия сторон легко устанавливаемо. С другой стороны, эта определенность относительная и не исключающая проблему толкования понятия «местонахождение коммерческого предприятия».

К сожалению, соответствующие международные конвенции в целом это понятие не раскрывают. Лишь в одном случае они предусматривают уточняющую его характеристику. Так, например, продавец имеет не одно, а несколько коммерческих предприятий, в том числе и на территории того государства, где находится покупатель, с которым он вступает в договорные отношения. Будет ли такая сделка международной? Какое из коммерческих предприятий продавца надо принимать во внимание? Решение этих и других вопросов, связанных с наличием у сторон нескольких коммерческих предприятий, предусмотрено в ст. 10 Конвенции 1980 г.: принимается во внимание то коммерческое предприятие, которое «имеет наиболее тесную связь с договором и его исполнением». Причем использование более или менее объективного признака «наиболее тесной связи» дополняется субъективным фактором: такая связь должна быть известна сторонам или предполагаться ими «в любое время до или в момент заключения договора». Аналогичное правило есть и в других упомянутых выше конвенциях.

Как видим, ст. 10 содержит решение только одного конкретного случая, связанного с толкованием понятия местонахождения коммерческого предприятия, но проблема толкования им не исчерпывается. Является ли местонахождение представительства (представителя) стороны местонахождением его коммерческого предприятия? Является ли филиал коммерческим предприятием стороны? Можно ли участие в выставке рассматривать как местонахождение коммерческого предприятия? Эти и другие вопросы требуют соответствующего правового решения.

Кроме того, с точки зрения российской практики важно подчеркнуть, что существует различие между российским и английским текстами Конвенции 1980 г. В английском тексте используется термин «*place of business*» — место коммерческой деятельности. Ясно, что он неравнозначен термину «местонахождение коммерческого предприятия». Последний может быть истолкован в качестве местонахождения предприятия как гражданско-правового субъекта — юридического лица. Под ним обычно понимается местонахождение административного

центра. Поэтому, на наш взгляд, в русском тексте надо было использовать термин «место коммерческой деятельности», что способствовало бы достижению аутентичности текстов.

Приведенные примеры свидетельствуют, что применение критерия местонахождения коммерческого предприятия нуждается в толковании. Для достижения единообразия в правовом регулировании международных сделок требуется не только создание унифицированных правовых норм, но и создание унифицированных юридических понятий, из которых эти нормы состоят.

Местонахождение коммерческих предприятий на территории разных государств означает не только то, что *стороны находятся в разных странах, но и то, что они связаны с разными правовыми системами*. Это обстоятельство серьезно осложняет процесс заключения и осуществления сделок. В результате появляется *целый ряд специальных дополнительных условий*, которые либо вообще отсутствуют в одноименных гражданско-правовых «внутренних» сделках, либо имеют значительно меньшее значение. *Отметим основные.*

1. В международных хозяйственных операциях *осложняется возможность получения платежей*. Продавец не всегда имеет достаточные сведения о покупателе и порядке получения платежей в соответствии с его национально-правовой системой. Отсюда возникает потребность включения в международные сделки *тщательно разработанных условий, связанных с платежом*. При этом используются сложившиеся в международной практике обычаи делового оборота. Кроме того, продавец стремится включить в сделку условия по обеспечению платежа, желательны банком собственной страны.

2. С платежами тесно связаны *валютные условия*. Их включение в международную сделку связаны с тем, что, как правило, либо для всех сторон, либо хотя бы для одной стороны валюта, используемая во взаимных обязательствах, будет иностранной. Появляется необходимость включить в сделку следующие положения: *определение валюты цены, т. е. валюты, в которой выражена цена товара, услуг и пр.; валюты платежа; условия перевода одной валюты в другую, если валюта цены и валюта платежа не совпадают; меры по предотвращению валютных рисков*.

3. Как правило, *товар должен быть транспортирован через территорию двух или более государств*, поэтому условия перевозки занимают важное место в международной коммерческой сделке.

4. С перевозкой связано и *страхование*. Перевозимый на значительное расстояние и часто перегружаемый с одного вида транспорта на другой *товар подвергается повышенной опасности утраты или повреждения*. Поэтому стороны путем страхования товаров пытаются оградить себя от наступления убытков. *Важно и определить моменты переходарисков случайной гибели или повреждения товаров с одной стороны на другую.*

5. Особенностью международных коммерческих сделок является то, что товары, услуги, как правило, «пересекают» границы двух или более государств и, следовательно, *для ввоза и вывоза товара требуется выполнение предусмотренных законом каждого государства таможенных правил*. Поэтому в содержание сделки входит распределение обязанностей между сторонами по выполнению таких правил, а также правил транзита через третьи страны.

6. Для решения этих и других проблем часто *основной договор* (купли-продажи, выполнения услуг, строительства промышленного объекта и пр.) *сопровождается заключением дополнительных контрактов с перевозчиком, банком, страховой компанией*. В результате одна коммерческая операция осуществляется с помощью целого комплекса взаимосвязанных контрактов. В каждом — свои стороны, свои условия, свое применимое право. Однако обеспечение эффективности хозяйственной операции требует их согласования.

7. В международных хозяйственных отношениях существует *значительный риск невозможности выполнения обязательств из-за наступления непредвиденных событий*: политические перевороты, вооруженные конфликты, повышение таможенных ставок, запрещение вывоза валюты и пр. Следовательно, важно включить в сделку положения о влиянии подобных событий на распределение ответственности сторон за полное или частичное неисполнение обязательств.

8. Так как международная коммерческая сделка лежит в сфере действия права разных государств, желательно *включить в нее условия о применимом праве*.

9. Не менее важно предусмотреть в сделке *условия и порядок рассмотрения споров*, которые могут возникнуть между сторонами при исполнении обязательств, так называемую «арбитражную оговорку». Отсутствие таких условий может серьезно осложнить и даже сделать невозможным разрешение спора между сторонами.

10. Наконец, существуют *особые правила о форме, а иногда и о порядке подписания международных коммерческих сделок*. Например, по российскому праву внешнеэкономическая сделка обязательно должна быть заключена в письменной форме, несоблюдение которой влечет ее недействительность (п. 3 ст. 162).

Как видим, и по содержанию международные коммерческие сделки отличаются от одноименных «внутренних» сделок. Однако наличие специфических условий в сделке не является теми характеризующими признаками, с помощью которых можно определить «международность» сделки. Напротив, *появление специальных условий является следствием международного характера сделки*. Поэтому вновь подчеркнем достаточность наличия одного критерия — местонахождение коммерческих предприятий сторон на территории разных государств — для отнесения сделки к международной.

12.2. Особенности правового регулирования международных коммерческих сделок

12.2.1. Характерные черты правового регулирования международных коммерческих сделок

Существенной специфической чертой внешнеэкономических отношений является объединение в единую систему различных по субъектной структуре отношений, обусловливающих применение различных методов и средств правовой регламентации. Существует *два уровня отношений*: во-первых, отношения между государствами и иными субъектами международного права (в частности, между государством и международными организациями) универсального, регионального, локального характера; во-вторых, отношения между физическими и юридическими лицами разных государств (к которым относятся и так называемые диагональные отношения — между государством и иностранными физическими и юридическими лицами). Именно отношения между физическими и юридическими лицами имеют решающее значение в осуществлении внешнеэкономической деятельности.

Первые регулируются нормами международного (публичного) права, вторые — национальным правом каждого государства, и прежде всего международным частным правом. Однако нормы международного права, регулируя межгосударственные отношения во внешнеэкономической сфере, играют все более важную роль в регламентации частно-правовых отношений. Отсюда *первой отличительной чертой правового регулирования международных коммерческих сделок является тесное взаимодействие правовых норм различной системной принадлежности, т. е. норм международного и национального права.*

Второй отличительной особенностью правового регулирования международных коммерческих сделок является взаимодействие норм различной отраслевой принадлежности национального права. Свою политику в области внешнеэкономической деятельности государство проводит главным образом через нормы публичного права. Определяющим является конституционное право.

Принципиальные основы государственной деятельности во внешнеэкономической сфере, закрепленные в Конституции РФ, были конкретизированы в ряде специальных законов конституционного характера. Федеральный закон от 8 декабря 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» (с изм. от 22 августа 2004 г.) установил принципы осуществления государственной внешнеторговой политики, порядок ее осуществления российскими и иностранными лицами, права, обязанности и ответственность органов государственной власти и конкретизировал

распределение компетенции в этой области между Федерацией и ее субъектами. Федеральный закон от 14 апреля 1998 г. «О мерах по защите экономических интересов Российской Федерации при осуществлении внешней торговли товарами» определил соответствующие меры (защитные, антидемпинговые, компенсационные) и установил порядок их введения и применения¹. Федеральный закон от 1998 г. «О военно-техническом сотрудничестве Российской Федерации с иностранными государствами», исходя из особенностей такого сотрудничества, установил порядок участия в нем разработчиков, производителей продукции военного назначения и других субъектов².

Кроме конституционного права, в регулировании внешнеэкономической деятельности значительную роль играют и другие отрасли публичного права: административное право (прежде всего такая его подотрасль, как таможенное право), финансовое право (особенно такие его подотрасли, как налоговое, валютное право).

Понятно, что нормы различных отраслей публичного права непосредственно не регулируют отношения между сторонами внешнеэкономической сделки. *Но частноправовые последствия норм публичного права бесспорны*: при осуществлении обязательств по внешнеэкономической сделке стороны обязаны руководствоваться нормами публичного права. Нарушение норм публичного права ведет к юридической невозможности исполнения частноправовой сделки.

Главным регулятором международных коммерческих сделок является гражданское право. В силу своей природы внешнеэкономическая сделка связана с гражданским правом разных государств. Отсюда — особая роль международного частного права. Несмотря на значительные успехи, достигнутые мировым сообществом в унификации права международной торговли, *коллизийный способ регулирования отношений по международным коммерческим сделкам, в том числе и посредством национальных коллизийных норм, сохраняет свои позиции.*

Третьей особенностью регулирования международных коммерческих сделок является широкое распространение форм так называемого негосударственного регулирования. Главной формой такого регулирования являются *контрактные условия*: заключая сделку, стороны свободны в установлении взаимных прав и обязанностей по сделке. Однако эта свобода не беспредельна. Она ограничивается, во-первых, нормами публичного права, во-вторых, общей диспозитивностью гражданского права («что не запрещено, то разрешено»), в-третьих, императивными нормами гражданского права. Существенная роль в системе негосударственного регулирования принадлежит *обычаям международной*

¹ СЗ РФ. 1998. № 16. Ст. 1798.

² СЗ РФ. 1998. № 30. Ст. 3610.

торговли (см. разд. 12.8). К формам негосударственного регулирования следует отнести также *судебную и арбитражную практику*. Ее роль заключается: в уяснении содержания и толкования норм применимого права (международного и национального) и обычаев международной торговли; в обеспечении единообразного применения унифицированных норм в области международной торговли; в обеспечении согласованного применения правовых норм различной системной и отраслевой принадлежности; в создании предпосылок для развития и совершенствования и международно-правовых, и национально-правовых норм, регулирующих международные коммерческие сделки.

Таким образом, правовое регулирование международных коммерческих сделок представляет собой достаточно сложную систему, состоящую из разных по своей природе, но тесно взаимосвязанных и взаимодействующих элементов: норм международного публичного права, норм национального, прежде всего международного частного, права, и норм негосударственного регулирования.

12.2.2. Международное право в регулировании международных коммерческих сделок

Международное право, регулируя отношения между государствами в экономической сфере, оказывает возрастающее влияние и на правовую регламентацию внешнеэкономических сделок. *Роль международного права в регулировании международных коммерческих сделок осуществляется в двух направлениях:* во-первых, установление правовых основ осуществления международных экономических связей, их правового режима и, во-вторых, создание единообразного правового регулирования международных коммерческих сделок на основе унификации материально-правовых и коллизионных норм.

Рассматривая первое направление, прежде всего отметим *торговые договоры*, заключаемые на двусторонней основе (они могут иметь разное наименование: договор о дружбе, торговле и мореплавании; договор о торговле и навигации; договор о торговле и экономическом сотрудничестве и др.).

Заключаемые бессрочно или на длительные сроки, они устанавливают общую правовую основу не только для торговых, но и любых иных экономических отношений между договаривающимися государствами. Их называют торговыми в силу исторической традиции, так как торговля в течение многих столетий была единственным видом межгосударственных экономических связей. В последнее время в развитие торговых договоров или вместо них заключают межправительственные соглашения о торговом, научно-техническом и экономическом сотрудничестве.

Данные договоры решают большой круг вопросов, имеющих принципиальное значение для участников международных коммерческих сделок: определяют субъекты, правомочные осуществлять торговые или экономические связи в целом со стороны каждого договаривающегося государства; предоставляют друг другу правовой режим (как правило, режим наибольшего благоприятствования) в отношении таможенного обложения, порядка ввоза и вывоза товаров, транспортировки товаров, транзита, торгового мореплавания; определяют правовой режим деятельности физических и юридических лиц одной стороны на территории другой; содержат общий порядок расчетов, вытекающих из торговых и иных экономических отношений (иногда государства заключают специальные двусторонние договоры о расчетно-денежных отношениях).

С рядом государств Россия заключает межправительственные *соглашения о товарообороте* или *соглашения о товарообороте и платежах*. В них устанавливаются контингенты товаров, составляющие товарооборот между договаривающимися государствами на двухсторонней основе. В отличие от торговых договоров они заключаются на короткие сроки (6–12 месяцев), при большем сроке ежегодно подписываются дополнительные протоколы. Соглашения обязывают государства обеспечить оговоренные поставки, т. е. выдавать беспрепятственно выдачу лицензий и создавать другие условия для ввоза и вывоза в пределах согласованных контингентов товаров. Часто они определяют порядок расчетов.

По своему содержанию к соглашениям по товарообороту близко примыкают *товарные соглашения*, заключаемые на многосторонней основе. С помощью установления квот для каждого участвующего государства на куплю-продажу определенного товара на международном рынке государства стремятся предотвратить резкие колебания цен. Подобные соглашения существуют по нефти, каучуку, олову, пшенице, какао, кофе, сахару и пр. Государства обязуются не допускать ввоз и вывоз соответствующих товаров за пределами установленных квот.

Рассмотренные международные договоры *регулируют взаимоотношения между участвующими государствами. Но их положения имеют правовые последствия и для сторон международных коммерческих сделок*, если стороны находятся под юрисдикцией договаривающихся государств. Понятно, что если договором установлен режим наибольшего благоприятствования по таможенным платежам, то стороны международной коммерческой сделки не вправе претендовать на иной режим. Сделка, выходящая за пределы квоты, установленной для государства международным договором, юридически не может быть исполнена и т. д.

Однако, *несмотря на взаимосвязь сделки с международными договорами, она обладает юридической самостоятельностью*. Это означает,

что: 1) стороны при заключении международной коммерческой сделки обязаны руководствоваться положениями соответствующих международных договоров; 2) после того, как сделка заключена, права и обязанности сторон определяются самой сделкой; 3) если после заключения сделки государства внесут изменения в содержание международных договоров, то они порождают гражданско-правовые обязательства для сторон сделки только после того, как такие изменения будут внесены сторонами в сделку.

Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ в процессе рассмотрения дел неоднократно исходил из того, что решения государственных органов спорящих сторон, не трансформированные в содержание заключенного между ними контракта, не порождают гражданско-правовые обязательства сторон по внешнеэкономической сделке. Так, вьетнамская компания в 1990 г. предъявила к советскому внешнеторговому объединению иск о взыскании стоимости поставленного арахиса в части, касающейся неоплаты ответчиком поощрительных надбавок (бонификации) к договорным ценам за более высокое качество товара. Контракт о поставке был заключен во исполнение Протокола о товарообороте и платежах на 1988 г., подписанного правительствами СССР и СРВ к Соглашению о товарообороте и платежах между СССР и СРВ на 1986–1990 гг. Поощрительные надбавки были предусмотрены специальным Протоколом № 3 к этому Соглашению. В контракте имелась ссылка на Протокол о товарообороте и платежах на 1988 г., но не было ссылки на Протокол № 3. Арбитраж исходил из того, что: во-первых, обязательство уплатить поощрительную надбавку приняло на себя Правительство СССР по Протоколу № 3 как межправительственному соглашению, во-вторых, юридические лица не несут ответственности по обязательствам государств. Чтобы такое обязательство стало обязанностью покупателя (ответчика по делу), являющегося юридическим лицом, оно должно найти отражение в контракте. Это не имело места, и в иске было отказано¹.

Второе направление роли международного права в регулировании международных коммерческих сделок проявляется в *создании режима их единообразного правового регулирования в разных государствах*, что достигается посредством унификации соответствующих норм коллизионного права и норм материального гражданского права, т. е. унификации права международной торговли. Унификация права, в том

¹ См.: дело № 274/1990, решение от 1 июля 1991 г., а также дело № 54/1989, решение от 14 ноября 1989 г. // Торгово-промышленная палата Российской Федерации. Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ. Арбитражная практика за 1986–1991 гг. М., 1997. С. 55–58.

числе унификация права международной торговли, подробно рассмотрена в гл. 4 настоящего учебника. Здесь достаточно подчеркнуть, что для российских лиц, участвующих во внешнеэкономической деятельности, принципиальное значение имеют лишь те международные договоры, которые обязательны для Российской Федерации. Прежде всего это Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г., Соглашение об общих условиях поставок товаров между организациями государств — участников СНГ 1992 г., Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. (СНГ), Оттавская конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г. Анализ этих договоров будет сделан ниже.

12.2.3. Решения Совета Безопасности ООН и международные коммерческие сделки

Необходимость в специальном рассмотрении этого вопроса вызвана тем, что в отличие от других органов ООН, принимающих резолюции-рекомендации, Совет Безопасности может принимать юридически обязательные для государств решения. И хотя такие решения принимаются по вопросам, связанным с нарушением мира или представляющим угрозу нарушения мира, *они часто выражаются во введении экономических санкций против государства, которые затрагивают и участников внешнеэкономической деятельности.* Даже в самих резолюциях иногда прямо подчеркивается, что государства обязаны не только их выполнять, но и обеспечить их выполнение своими физическими и юридическими лицами. Поэтому *решения Совета Безопасности оказывают воздействие на международные коммерческие сделки.*

Так, в резолюцию Совета Безопасности 678/1990 г., вводящую санкции против Ирака в связи с его агрессией против Кувейта, было включено положение о том, что государства обязаны осуществлять их «несмотря на существование каких бы то ни было прав и обязанностей, созданных, любым контрактом, заключенным до даты принятия решения». Следовательно, даже контракты, заключенные до принятия резолюции, не должны исполняться, если их исполнение противоречит вводимым санкциям.

Следует различать *юридические последствия* решений Совета Безопасности, вводящих запреты на совершение тех или иных экономических связей с виновным государством, *для международных коммерческих сделок, заключаемых после введения санкций, и для сделок, заключенных до их введения.*

Сделки, заключаемые после введения санкций, юридически недействительны, они не порождают прав и обязанностей у сторон, и послед-

ние не несет ответственности за неисполнение своих обязательств по сделке.

Сложнее решается вопрос о судьбе *сделки, заключенной до введения санкций*. Введение санкций делает *исполнение обязательств по сделке юридически невозможным*. Но возникает вопрос об ответственности стороны, не выполнившей свои обязательства. Наличие резолюции Совета дает основания для решения суда об освобождении от ответственности. Идеально, когда данное основание предусмотрено во внутреннем праве государства. Если этого нет, то *суд вправе обосновать освобождение от ответственности за невыполнение сделки ссылкой на непреодолимую силу*. Но если стороны сделки желают избежать нежелательных последствий введения санкций, они могут включить в сделку положение, что «никакие решения международных органов не могут освободить от ответственности сторону, не выполнившую свои обязательства». В таком случае сторона, не выполнившая свои обязательства по сделке из-за введения санкций, тем не менее будет обязана компенсировать убытки другой стороне. Подобного рода контрактные условия могут получить значительное распространение в отношениях со странами, положение которых не отличается стабильностью.

Резолюции Совета Безопасности юридически обязательны для государств, которые обязаны обеспечить их выполнение всеми находящимися под их юрисдикцией органами, организациями и индивидами. *Государство самостоятельно определяет правовую форму, в которой они будут действовать в пределах национальной юрисдикции и определять права и обязанности участников внешнеэкономической деятельности*. Участие России в международных экономических санкциях и введение их в действие определяются указами Президента РФ или Правительства РФ. В указах определяется круг лиц, на которых распространяются вводимые ограничительные меры (используется формулировка «находящиеся под юрисдикцией РФ»), перечисляются собственно ограничительные меры и против кого они вводятся (например, запрещение экспорта-импорта какого-либо товара, запрещение пассажирских полетов в аэропорты соответствующего государства и пр.), определяется дата начала действия вводимых мер, а также возлагаются обязанности на конкретные государственные органы по осуществлению и контролю за исполнением вводимых ограничений.

Статья 21 Федерального закона 1995 г. «О государственном регулировании внешнеторговой деятельности» содержала одно важное правило: «Российские лица имеют право на возмещение в судебном порядке убытков, связанных с участием Российской Федерации в международных экономических санкциях, за счет средств федерального бюджета». К сожалению, в Законе 2003 г. «Об основах государственного регулирования внешнеторговой деятельности» подобного правила уже нет,

что свидетельствует о нежелании государства взять под свою защиту собственных граждан и юридических лиц.

Вопрос о возмещении убытков, причиненных введением экономических санкций, как государствам, обязанным выполнять эти санкции, так и частным лицам, относится к наиболее острым. Например, в результате применения санкций к Ираку непосредственные потери России составили около 3 млрд долл. (потери российских физических и юридических лиц, осуществлявших экономические связи с Ираком, никем не подсчитаны). В международной практике сложилось правило, что убытки должны возмещаться государством, к которому санкции применяются. Однако реально добиться возмещения убытков крайне сложно, а часто невозможно.

В связи с этим в рамках Совета Безопасности ООН был создан особый механизм, призванный облегчить возмещение потерь не только государствам, но и частным лицам. Первоначально данный механизм был создан для обеспечения возмещения убытков в связи с агрессией Ирака против Кувейта, однако впоследствии было решено сделать его постоянно действующим. Была создана в качестве вспомогательного органа Совета Безопасности Компенсационная комиссия ООН с резиденцией в Женеве. Комиссия состоит из Руководящего совета (*Governing Council*), который и принимает решения и состоит из 15 членов (по числу членов Совета Безопасности). Решения принимаются большинством в 9 голосов. Кроме того, в Комиссию входит много советников, которые изучают дела и готовят материалы по делу.

Комиссия рассматривает три категории исков: от индивидов, от корпораций и иных организаций, от государств и международных организаций. Индивиды и организации вначале представляют свои требования своим правительствам; правительство консолидирует их и представляет Комиссии. Правда, в некоторых случаях индивиды и организации вправе самостоятельно обращаться в Комиссию (эти случаи точно не указаны). Комиссия рассматривает все виды понесенных заявителем убытков на основе изучения фактов, подтверждающих требования, документальных доказательств и правовой обоснованности. Правительству государства, против которого введены санкции, предоставлено право сделать свои замечания по заявленным требованиям, но не право быть стороной в деле¹.

¹ Так, одной из первых 4 января 1993 г. американская юридическая фирма «Уайт энд Кейс» (White and Case) представила в Компенсационную комиссию ООН требования от имени американской строительной компании о возмещении ущерба в сумме 264,3 млн долл. США, полученного в результате того, что компания вынуждена была прекратить строительство объекта в Ираке вскоре после вторжения его в Кувейт. Сумма ущерба включала предварительные расходы по подготовке строительного проекта, расходы на осуществленные работы, сделанные капиталовложения, стоимость вывоза персонала и оборудования, а также упущенную выгоду.

Следовательно, российские участники международных коммерческих сделок, понесшие убытки в результате введения международных экономических санкций, могут в судебном порядке получить возмещение убытков из средств федерального бюджета, а Правительство РФ вправе возместить свои убытки через Компенсационную комиссию ООН.

12.3. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных договорных обязательств

12.3.1. Обязательственный статут и сфера его применения

Обязательственный статут — это компетентный правопорядок т. е. право, подлежащее применению к обязательствам, вытекающим из сделок (договоров). При рассмотрении любого статута частноправового отношения следует исходить из того, что он состоит из двух взаимосвязанных вопросов: во-первых, о коллизионных принципах (критериях), с помощью которых устанавливается компетентное право (они будут рассмотрены в п. 12.3.2); во-вторых, о круге вопросов, решаемых на основе избранного права, т. е. о сфере действия статута. Последняя связана с пределами применения компетентного права.

Раздел VI ГК РФ содержит целую систему коллизионных норм, с помощью которых следует определять применимое к обязательствам право. Например, к договору купли-продажи применимым правом будет право страны, где находится место жительства или основное место деятельности продавца; к договору подряда — право страны, где находится место жительства или основное место деятельности подрядчика, и т. д. (ст. 1211). В данных примерах объемами коллизионных норм являются договор купли-продажи и договор подряда; привязками соответственно являются право страны продавца и право страны подрядчика. Как рассматривалось выше, привязка — это как раз та часть коллизионной нормы, которая определяет право, подлежащее применению к отношениям, указанным в объеме. Следовательно, привязка коллизионной нормы определяет обязательственный статут. Правда, в приведенных примерах коллизионные привязки устанавливают обязательственный статут не в целом, а только для отдельных договоров: первая коллизионная норма определяет статут обязательства по договору купли-продажи, вторая — обязательства по договору подряда.

В разд. VI есть коллизионные нормы, охватывающие все виды договоров, а значит, устанавливающие обязательственный статут, т. е. применимое право для всех договоров. Согласно ст. 1210 ГК РФ стороны договора могут выбрать право, которое подлежит применению к данному договору. Отсюда следует, что обязательственный статут для любого договора — это право государства, избранное сторонами. Здесь речь идет об обязательственном статуте в целом.

Из приведенных примеров видно, что, устанавливая право, применимое к договорным обязательствам, *коллизийные нормы формулируют свои объемы самым общим образом, не раскрывая их содержание*: «договор купли-продажи», «договор подряда» или просто «договор». Между тем за этими терминами стоят понятия, обладающие богатым юридическим содержанием. Поэтому *непрерывно возникает вопрос о пределах применения избранного права*. Какой круг вопросов, связанных с договором, регулируется правом, применимым к данному договору: все вопросы, связанные с договором, или какие-то вопросы не входят в этот круг? Иначе говоря, возникает вопрос о сфере применения обязательственного статута.

В самом общем виде договор — это соглашение сторон об установлении, изменении или прекращении гражданских прав и обязанностей. Понятно, что права и обязанности являются центральным элементом договорных обязательств и они, разумеется, входят в сферу действия обязательственного статута. А по какому праву должны рассматриваться другие вопросы, не менее важные для договорных обязательств? Например, форма соглашения об установлении прав и обязанностей (форма договора), способность лица обязываться по соглашению, действительность или недействительность соглашения, последствия недействительности и т.д. Входят ли эти вопросы в обязательственный статут или они должны рассматриваться на основе какого-то иного права, избранного на основе иных коллизийных норм?

Поставленный вопрос, несмотря на практическую важность, решался в основном доктринально с учетом судебной и арбитражной практики. Раздел VI ГК восполняет этот серьезный пробел, что следует оценить как одно из ее достоинств. В разд. VI ГК РФ есть специальная статья под названием «Сфера действия права, подлежащего применению к договору» (ст. 1215). Из названия ясно, что речь идет о *сфере действия обязательственного статута применительно к любому гражданско-правовому договору*. Это подтверждается дополнительно тем, что абз. 1 ст. 1215 содержит весь перечень статей, определяющих применимое право к договорным обязательствам, кроме самой ст. 1215 (ст. 1210–1214, 1216).

Согласно этой статье право, применимое к договорам, решает следующие вопросы, связанные с договором (однако перечень не исчерпывающий):

- 1) толкование договора;
- 2) права и обязанности сторон договора;
- 3) исполнение договора;
- 4) последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора;

- 5) прекращение договора;
- 6) последствия недействительности договора.

При всем разнообразии вопросов, включенных в сферу действия применимого права, обращает на себя внимание то обстоятельство, что все они связаны с правами и обязанностями сторон договора. Даже такой элемент, как последствия недействительности договора, касается прав и обязанностей: либо появляются новые права и обязанности, либо изменяются предусмотренные договором права и обязанности. Следовательно, *за основу определения границ сферы действия обязательственного статута может быть взят главный элемент договорного обязательства — права и обязанности сторон договора*. Любые вопросы, прямо не связанные с правами и обязанностями, не входят в сферу действия обязательственного статута. Форма договора, способность лица обязываться по договору и пр. подчиняются праву, избранному на основании других коллизионных норм, с помощью других коллизионных привязок.

Это не означает категорического неприменения обязательственного статута для решения вопросов, не входящих в его сферу. Такое применение возможно в силу прямого указания закона. Исковая давность (ст. 1208), уплата процентов по договорному обязательству (ст. 1218), уступка требований (в частности, допустимость уступки требования, отношения между новым кредитором и должником, условия, при которых это требование может быть предъявлено к должнику кредитором, и вопрос о надлежащем исполнении обязательства должником — п. 2 ст. 1216) определяются *«по праву страны, подлежащему применению к соответствующему отношению»*. Это означает, что в отношении договорных обязательств *перечисленные вопросы будут определяться обязательственным статутом*, который и регулирует «соответствующее», т. е. обязательственное, отношение. В этом случае обязательственный статут выполняет функцию особой коллизионной привязки: *lex causae*, которая означает закон страны, регулирующий существо отношения.

Последнее, на что необходимо обратить внимание: ст. 1215 устанавливает круг вопросов, которые непременно должны решаться правом, применимым к конкретному договору, избираемым на основании соответствующей коллизионной нормы. Но коллизионные нормы пользуются термином «договор», не раскрывая его содержания. *Поэтому при применении коллизионной нормы, устанавливающей применимое право для того или иного договора, ее объем следует толковать через призму ст. 1215*. Она является обязательной составляющей объема любой коллизионной нормы, предусматривающей выбор права для договорных обязательств.

Например, из ст. 1213 вытекает, что к договору в отношении недвижимого имущества применяется право страны, где находится недвижимое имущество. Объем этой нормы — «договор в отношении

недвижимого имущества». С учетом ст. 1215 объем этой же нормы выглядит по-другому: «договор в отношении недвижимого имущества, в частности: толкование договора, права и обязанности сторон по договору, исполнение договора, последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, прекращение договора, последствия недействительности договора». Для решения всех этих вопросов должно применяться право страны, где находится недвижимое имущество. Статья 1215 как бы конкретизирует содержание понятия «договор» с позиции выбора применимого права и поэтому является обязательной составляющей объема любой коллизионной нормы, предусматривающей выбор права для договорных обязательств.

12.3.2. Автономия воли (*lex voluntatis*)

Коллизионное право большинства государств позволяет сторонам гражданско-правового договора, осложненного иностранным элементом, в том числе и сторонам международного коммерческого договора, подчинить его избранному ими компетентному правопорядку.

Право сторон на выбор является выражением общепризнанного положения об автономии воли сторон, которая понимается как возможность для сторон установить по своему усмотрению содержание договора, его условия, разумеется, в пределах, установленных правом. Эта возможность распространяется и на выбор применимого права, если договор осложнен иностранным элементом. В последнем варианте автономия воли выступает в качестве коллизионного принципа (формулы прикрепления), которая занимает главенствующие позиции в договорных обязательствах.

Автономия воли как коллизионная формула прикрепления — ***lex voluntatis*** получила свое развитие в законодательстве многих государств (законы о международном частном праве Австрии, Венгрии, Венесуэлы, Германии, Польши, Турции, Швейцарии, Закон о договорах Китая 1999 г., Гражданский кодекс Вьетнама 1995 г. и др.)¹. Например, согласно ст. 29 венесуэльского Закона о международном частном праве 1998 г. «договорные обязательства регулируются правом, указанным сторонами»² или согласно ст. 116 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. «договор подчиняется избранному сторонами праву»³. Из этого следует, что стороны могут выбрать право любой страны, которое и будет регулировать конкретное договорное обязательство. Но даже если коллизионный

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. Разд. VI.

² Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 254.

³ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 229.

принцип автономной воли не закреплен во внутреннем праве какого-либо государства, он применяется на практике как норма права, сложившаяся в форме международно-правового обычая.

Автономия воли закреплена во всех международных договорах, касающихся данного вопроса. Среди них: Кодекс Бустаманте 1928 г., Гаагская конвенция о праве, применимом к международной купле-продаже товаров, 1955 г., Гаагская конвенция о праве, применимом к агентским соглашениям, 1978 г., Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г., Гаагская конвенция о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г., Межамериканская конвенция о праве, применимом к международным контрактам, 1994 г. и др.

Данный способ определения применимого права закреплен и в международных договорах, заключенных с участием России в рамках СНГ. Так, в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. установлено, что права и обязанности сторон по сделке определяются по законодательству места совершения, если иное не установлено соглашением сторон (п. «е» ст. 11)¹. Точно такое же правило закреплено и в Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. в ст. 41. На первый взгляд может показаться, что государства принципу автономии воли придают второстепенное значение, указывая, что права и обязанности должны определяться по праву страны, где заключена сделка. Однако главный смысловой акцент лежит на второй части коллизионной привязки: «если иное не установлено соглашением сторон». Именно это правило является генеральной привязкой, имеющей приоритетное, преимущественное применение. Прежде всего стороны могут своим соглашением выбрать право, которое будет регулировать их обязательство. Причем, как следует из двух международных договоров, стороны могут выбрать право любого государства, без каких-либо ограничений, в том числе и за пределами государств — участников СНГ. И только тогда, когда стороны в своем соглашении не указали на применимое право, будет применяться право места заключения сделки.

Автономия воли как способ определения применимого права давно признана в отечественном праве. Она была закреплена в Основых гражданского законодательства Союза ССР и республик 1961 г. в формулировке, которая была применена в рассмотренных договорах между государствами — участниками СНГ, и получила развитие в Основых гражданского законодательства 1991 г. в качестве само-

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 561.

стоятельной коллизийной нормы, имеющей приоритетное применение. Статья 166 Основ 1991 г., посвященная определению права, применимого к внешнеэкономическим сделкам, начинается с того, что права и обязанности «определяются по праву страны, избранному сторонами при совершении сделки или в силу последующего соглашения (курсив наш. — Г. Д.)».

Принятие разд. VI ГК РФ является новым этапом в развитии автономии воли, где ей посвящена отдельная ст. 1210. В данной статье не только предусмотрен принцип автономии воли в качестве основного способа выбора права, компетентного регулировать договорные обязательства, но и *установлены правила его применения*. Причем при регламентации этого принципа были учтены новые тенденции его применения, нашедшие закрепление в законодательстве зарубежных государств и в международных договорах.

Первое правило касается соглашения сторон договора о применимом праве: «Стороны договора могут при заключении договора или в последующем выбрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по этому договору» (п. 1 ст. 1210). Из этого следует, что соглашение сторон о применимом праве возможно в *двух вариантах: оговорка о применимом праве, включенная в текст самого договора, или отдельное соглашение о применимом праве*. Такое соглашение может быть в виде отдельного документа, подписанного сторонами и предназначенного для одного договора или для группы договоров, или оно может быть включено в какой-либо документ, носящий общий характер (например, «Общие условия экспорта»), но при условии, что в договоре есть ссылка на такой документ.

Второе правило касается формы выражения воли сторон. Стороны могут либо в самом договоре, либо в отдельном документе предусмотреть подчинение своих обязательств праву определенного государства. Это *прямо выраженная воля сторон — **expressis verbis***.

В случае если стороны не указали применимое право, законы многих государств и международные договоры предусматривают возможность использовать «*молчаливо выраженную*» волю сторон, т. е. когда из содержания сделки, из обстоятельств, сопутствующих ее совершению, следует, что стороны имели в виду подчинить свое обязательство праву какого-либо государства. Важно подчеркнуть, что применение молчаливо выраженной воли сторон возможно только тогда, когда нет сомнений в ее содержании.

На это указывают различные правовые акты: «Указание (сторон о выборе права. — Г. Д.) должно быть прямо выражено или недвусмысленно вытекать из положений договора» (ст. 2 Гагской

конвенции 1955 г.); соглашение о выборе права «должно быть явно выражено или прямо вытекать из условий договора и поведения сторон, рассматриваемых в совокупности» (ст. 7 Гаагской конвенции 1986 г.); «стороны могут выбрать право и молча, если в силу обстоятельств нет сомнений о волеизъявлении» (§ 9 чехословацкого Закона о международном частном праве и процессе); «выбор права должен быть определенным или вытекать из договора или обстоятельств» (ст. 116 швейцарского Закона о международном частном праве 1987 г. и др.)¹.

В прошлом в нашем законодательстве не было правила о форме выражения воли сторон. Вместе с тем еще в советское время сложилась арбитражная практика применения воли как прямо выраженной, так и молчаливо². Это правило подтверждается и современной практикой МКАС. Например, при рассмотрении спора между российской организацией (продавцом) и фирмой с местонахождением на Кипре (покупателем) возник вопрос о применимом праве. В контракте указаний об этом не было. Однако обе стороны в своих исках и объяснениях по ним (кроме основного был встречный иск) в обоснование своих требований ссылались на положения российского гражданского права. Констатировав эти обстоятельства, арбитраж признал, что стороны исходили из российского права как применимого права к их обязательствам³.

Практика, как сложившаяся в нашей стране, так и мировая, закреплена в ст. 1210 ГК РФ, п. 2 которой установил: «Соглашение сторон о выборе подлежащего применению права *должно быть прямо выражено или должно определенно вытекать из условий договора либо совокупности обстоятельств дела*». Слово «определенно» подчеркивает, что обращение к молчаливо выраженной воле сторон возможно только тогда, когда нет сомнений в волеизъявлении.

Например, сделка подписана в Москве, а в тексте указано, что место ее совершения — Киев; в сделке указано, что споры будут рассматриваться в Киеве; в отдельных статьях сделки могут быть указания на украинское право; в материалах, сопутствующих заключению сделки, есть экспертное заключение по украинскому праву и т. д. Все это может свидетельствовать о намерении сторон подчинить свое обязательство украинскому праву.

¹ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. Разд. VI.

² См.: Луниц Л. А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизийные вопросы). М., 1972. С. 45–47.

³ См.: дело № 22/1995, решение от 1 декабря 1995 г. // Практика Международного коммерческого арбитражного суда. Научно-практический комментарий / сост. и авт. М. Г. Розенберг. М., 1997. С. 167–169 (далее — Практика МКАС 1997 г.).

Третье правило связано с пределами выражения воли сторон. Здесь есть несколько аспектов: *пространственные пределы, временные пределы и пределы, связанные с содержанием обязательств.*

Вопрос о пространственных пределах сводится к следующему: могут ли стороны выбрать в качестве применимого права право любого государства, т. е. без ограничений, либо их выбор ограничен кругом определенных государств, с которыми договор имеет какую-либо связь. Законы большинства государств, а также международные договоры, унифицирующие коллизионное регулирование договорных обязательств, пространственно не ограничивают волю сторон. По этому пути идет наше законодательство. Из текста приведенного выше п. 1 ст. 1210 следует, что *стороны могут выбрать в качестве применимого права любого государства.*

Немногие государства ограничивают право выбора кругом государств, с которыми сделка имеет фактическую связь. Например, согласно ст. 1-105 Единообразного торгового кодекса США стороны могут выбрать право того государства, с которым «сделка имеет разумную связь».

Временные пределы связаны с периодом, когда стороны могут выбрать право: *стороны могут выбрать право при заключении договора или «в последующем»* (п. 1 ст. 1210). «В последующем» можно понимать как в любое время после заключения договора, в том числе и при обращении в суд в случае возникновения спора. Однако здесь возникает весьма важный вопрос *об обратной силе волеизъявления сторон.* Выбор права после заключения договора почти не ограничен во времени, и этот период может быть достаточно длительным. За истекшее время какие-то обязательства могут быть уже выполнены, с этой целью могут быть привлечены третьи лица, что делает актуальным вопрос об обратной силе такого выбора. В ГК РФ он решается в соответствии с распространенной в мире практикой (п. 3 ст. 1210): *во-первых, такой выбор имеет обратную силу и считается действительным с момента заключения договора: во-вторых, при этом не должны ущемляться права третьих лиц.*

Для сравнения обратимся к швейцарскому Закону о международном частном праве 1987 г. и Гаагской конвенции 1986 г.: «Если он (выбор права. — Г. Д.) принят или изменен после заключения договора, то он действует с момента заключения договора. Права третьих лиц не затрагиваются» (п. 3 ст. 116 швейцарского Закона): «Любое изменение применимого права после заключения договора не наносит ущерба формальной действительности договора или правам третьих лиц» (п. 2 ст. 7 Гаагской конвенции).

Пределы ограничения автономии воли, связанные с содержанием договорных обязательств. *Первое ограничение* связано с содержанием обязательственного статута, т. е. на какой круг вопросов распространяется избранное сторонами право. Рассмотренная выше сфера действия права, подлежащего применению к договорным обязательствам, распространяется и на тот случай, когда применимое право выбирается соглашением сторон, что прямо указано в ст. 1215. Кроме того, устанавливая принцип выбора права соглашением сторон, п. 1 ст. 1210 также содержит дополнительные указания на некоторые вопросы, которые должны решаться правом, избранным сторонами. Учитывая, что ст. 1215 не устанавливает исчерпывающего круга вопросов, входящих в обязательственный статут (перечень вопросов сопровождается словом «в частности»), и с учетом положений п. 1 ст. 1210 *избранное сторонами право распространяется на все вопросы, перечисленные в ст. 1215* (толкование договора, права и обязанности сторон договора, исполнение договора, последствия неисполнения или ненадлежащего исполнения договора, прекращение договора, последствия недействительности договора). В любом случае *по избранному праву не рассматриваются* форма договора, право- и дееспособность сторон и любые другие дополнительные вопросы.

Избранное право распространяется также на исковую давность в силу коллизионного принципа *causae* (ст. 1208): если обязательственное правоотношение подчинено в соответствии с соглашением сторон шведскому праву, то шведское право будет компетентно отвечать на все вопросы, связанные с исковой давностью.

Второе ограничение автономии воли, связанное с содержанием договорного обязательства, сводится к следующему: *стороны вправе подчинить избранному праву договорное обязательство в целом либо отдельный вопрос из договорного обязательства или группу вопросов*. Отсюда следует дополнительный вопрос: должно ли договорное обязательство быть подчинено только праву одного государства или разные элементы договорного обязательства могут быть по соглашению сторон подчинены праву разных государств (например, права и обязанности сторон будут определяться российским правом, а последствия неисполнения договора будут рассматриваться по английскому праву)?

ГК РФ однозначно устанавливает, что стороны договора могут выбрать подлежащее применению право как для договора в целом, так и для отдельных его частей (п. 4 ст. 1210). Что касается дополнительной ситуации, когда к одному договору может быть применено право разных государств, то она в законодательстве прямо не рассматривается. Однако такая ситуация является неизбежным следствием права сторон выбрать применимое право для отдельных частей договора, в результате чего разные условия одного договорного обязательства могут оказаться подчиненными праву разных государств.

Тем самым закон обеспечивает более полное и свободное волеизъявление сторон, что должно привести к более взвешенному, адекватному и справедливому для обеих сторон регулированию, но, с другой стороны, это усложняет правоприменительный процесс, так как при одновременном применении права разных государств возникает трудно решаемая проблема их сопоставимости, адаптации друг к другу.

Последнее ограничение автономии воли связано с институтами публичного порядка и сверхимперативных норм. Избранное сторонами иностранное право не должно применяться, если его применение приведет к последствиям, несовместимым с российским правопорядком (публичным порядком).

Вместе с тем ГК РФ предусмотрел специальное ограничение автономии воли сторон договора с помощью института императивных норм. Избранное сторонами право *ограничивается обязательным применением императивных норм права другого государства, с которым связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства.*

Оно предусмотрено п. 5 ст. 1210: «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 императивных норм права той страны, с которой связаны все касающиеся существа отношений сторон обстоятельства».

На что следует обратить внимание при применении данного положения:

1) из всей совокупности обстоятельств дела следует, что *все существенные обстоятельства договора связаны только с одной страной, а стороны выбрали другое право.*

Например, российский предприниматель на территории ОАЭ заключил договор с местной фирмой о выполнении проектных и изыскательских работ, связанных с одним из районов ОАЭ. После выполнения предусмотренных договором работ вознаграждение российскому предпринимателю должно быть начислено на его счет в местном банке. Как видим, договор целиком связан с правом ОАЭ, но стороны при заключении договора выбрали в качестве права, подлежащего применению для регулирования их договорных обязательств, английское право;

2) *такого рода обстоятельства должны существовать на момент выбора права, что предполагает знание сторон о существовании этих обстоятельств.* В данном примере соответствующие обстоятельства существовали и были известны сторонам на момент заключения договора,

что совпало и с моментом выбора права, так как все эти обстоятельства были зафиксированы в самом договоре;

3) при наличии таких обстоятельств *выбор права сторонами не может затрагивать действие императивных норм права, с которым связан договор*. В нашем примере это императивные нормы права ОАЭ.

Таким образом, связь существа договора с правом одной страны не лишает стороны возможности выбрать право любого другого государства, даже если договор с ним вообще не связан. Но наряду с избранным правом должны быть применены императивные нормы государства, с которым договор связан.

12.3.3. Закон наиболее тесной связи — *Proper Law* и другие коллизионные правила

Международное частное право, предоставляя сторонам договора возможность по взаимному соглашению выбрать право какого-либо государства для регулирования их договорных обязательств, придает этому правилу качество генерального коллизионного принципа. *Все другие варианты выбора права, компетентного регулировать договорные обязательства, носят вторичный субсидиарный характер, так как применяются они только тогда, когда стороны право не выберут*.

В кодификациях международного частного права к концу XX в. была законодательно оформлена новая тенденция в выборе компетентного правопорядка для договорных обязательств, сложившаяся в практике, — обращение к праву того государства, с которым конкретный договор наиболее тесно связан — ***Proper Law of the Contract*** (право, присущее данному контракту, или закон наиболее тесной связи).

Истоки данного способа выбора права лежат в английском праве, согласно которому если стороны не выбрали право ни явно, ни молчаливо, то судья поставит вопрос о так называемой предполагаемой, гипотетической воле сторон: какое бы право выбрали «разумные люди», «добрый отец семейства» в данных обстоятельствах? Исходя из критериев справедливости, разумности, английский судья, изучив все обстоятельства дела, определит право, присущее данному договору, т. е. право, с которым данный договор наиболее тесно связан. При этом суд не связан никакими твердыми коллизионными привязками¹.

Несмотря на неопределенность, субъективность закона наиболее тесной связи, в последнее время он был воспринят в континентальной судебной-арбитражной практике, а затем и законами. Считается, что в условиях усложнения международного экономического оборота, появления новых контрактов с нетрадиционным содержанием использование «*твердых*» коллизионных привязок, основанных

¹ См.: Чешир, Норт. Указ. соч. С. 259–260.

на каком-нибудь одном формальном критерии, не всегда приведет к выбору права, которое способно адекватно регулировать соответствующие отношения. Напротив, применение «гибких» критериев, с помощью которых можно было бы установить компетентный порядок с учетом всех обстоятельств данного контракта, в большей степени отвечает порождаемым самой жизнью потребностям. Таким «гибким» инструментом является закон наиболее тесной связи, или закон, присущий данному контракту. Он был закреплен в австрийском Законе о международном частном праве 1978 г., в немецком Законе о новом регулировании международного частного права 1986 г., в швейцарском Законе о международном частном праве 1987 г., в румынском Законе применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 г., в венесуэльском Законе о международном частном праве 1999 г., в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. и заменивший ее впоследствии Регламент ЕС от 17 июля 2008 г. о праве, применимом к договорным обязательствам (Рим I), в Гаагской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи товаров, 1986 г. и др.

Однако, восприняв идею наиболее тесной связи, законы европейских стран и международные договоры придали ей несколько иное содержание. Предусмотрев применение закона наиболее тесной связи в качестве субсидиарной привязки (при отсутствии соглашения сторон о применимом праве), законодатель формулирует систему конкретных привязок, которые, с его точки зрения, презюмируют наиболее тесную связь. Они получили название презумпций наиболее тесной связи.

Например, закон Швейцарии устанавливает, что при отсутствии выбора права сторонами договор подчиняется праву страны, с которым он связан наиболее тесным образом (п. 1 ст. 117). Во второй части этой статьи законодатель поясняет: «Предполагается, что тесная взаимосвязь имеет место со страной, в которой одна из сторон, осуществляющая характерные услуги, имеет свое обычное местопребывание.» — и далее конкретизирует эти стороны по отдельным договорам: по договору продажи — услуги продавца, по договору хранения — услуги хранения и т. д. Иначе говоря, в качестве презумпций наиболее тесной связи выступает закон страны продавца в широком его значении как закон стороны, чье обязательство является характерным для данного договора. Реально отсылка к закону наиболее тесной связи будет применена тогда, когда будет обсуждаться договор, не указанный в швейцарском законе. Следовательно, швейцарское право при отсутствии выбора права сторонами формально придает закону наиболее тесной связи решающее

значение, а фактически он может играть лишь вспомогательную роль при наличии пробела в швейцарском праве.

Большую значимость положению о наиболее тесной связи придает немецкое право. Статья 28 Вводного закона к ГГУ построена по образцу рассмотренной статьи швейцарского закона: если стороны не выбрали право, то применяется право, с которым договор наиболее тесно связан; затем перечисляются презумпции такой связи, среди которых преобладает закон страны продавца в широком его значении. Однако в отличие от швейцарского закона п. 5 ст. 28 дополнительно предусматривает, что указанные презумпции «не действуют, если из совокупности обстоятельств следует, что договор имеет более тесную связь с каким-либо иным государством». Такое уточнение означает, что при отсутствии выбора права сторонами необходимо прежде всего найти право, с которым договор имеет наиболее тесную связь, и лишь при отсутствии такой реальной связи можно воспользоваться теми твердыми привязками, которые установил законодатель в виде презумпций.

Из подобных положений исходит и российское законодательство: в случае если отсутствует соглашение сторон о подлежащем применению праве, в законодательстве предусматриваются дополнительные, субсидиарные правила о выборе права, регламентирующего договорные обязательства.

Прежде всего в п. 1 ст. 1211 формулируется единая субсидиарная привязка — право страны, где на момент заключения договора находится место жительства или основное место деятельности стороны, которая осуществляет исполнение, имеющее решающее значение для содержания договора». Далее она конкретизируется для отдельных договоров как та сторона в договоре, чье исполнение имеет решающее значение: продавец — в договоре купли-продажи, даритель — в договоре дарения, арендодатель — в договоре аренды, ссудодатель — в договоре безвозмездного пользования, подрядчик — в договоре подряда, перевозчик — в договоре перевозки, экспедитор — в договоре транспортной экспедиции и т. д. Всего 18 договоров.

Таким образом, ст. 1211 использует известный коллизийный принцип закона страны продавца как в узком (для договора купли-продажи), так и в широком значении для всех 18 поименованных договоров, который впервые был закреплен в нашем праве в Основах 1991 г. Правда, в Основах этот принцип был закреплен в качестве самостоятельной коллизийной привязки для каждого вида договора, а в Гражданском кодексе он используется в качестве основной субсидиарной привязки на случай, если стороны не выбрали право.

В п. 3–8 ст. 1211 предусмотрен еще ряд договоров, для которых установлены самостоятельные привязки: 1) в отношении договора

строительного подряда и договора подряда на выполнение проектных и изыскательских работ — право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты (в качестве презумпции используется закон места исполнения обязательств — *lex loci solutionis*); 2) в отношении договора простого товарищества — право страны, где в основном осуществляется деятельность такого товарищества (*закон места основной хозяйственной деятельности*); 3) в отношении договора, заключенного на аукционе, по конкурсу или на бирже, — право страны, где проводится аукцион, конкурс или находится биржа (*закон места совершения акта* — *lex loci actus*) и др.

При такой тщательной и дифференцированной разработке коллизионных привязок неизбежно возникает вопрос: какую роль играет сформулированная привязка о применении права страны, с которой договор наиболее тесно связан? Ее значение вытекает из п. 9 ст. 1211: «Если из закона, условий или из существа договора либо из совокупности обстоятельств дела явно вытекает, что договор более тесно связан с правом иной страны, чем та, которая указана в пунктах 1–8 настоящей статьи, подлежит применению право страны, с которой договор более тесно связан».

Прежде всего она выполняет роль основной принципиальной идеи, основного направления правового регулирования договорных обязательств международного характера. Поиск компетентного правопорядка должен быть направлен на установление права, с которым договор реально связан. Только такое право способно обеспечить наиболее адекватное и справедливое регулирование. Выбор права с помощью конкретной коллизионной привязки, основанной на формальном критерии, может привести к выбору случайного, «чужого» права для данного договора.

Второе назначение принципа наиболее тесной связи заключается в том, чтобы корректировать применение сформулированных коллизионных привязок. С одной стороны, развернутая система коллизионных привязок для каждого вида договора, как бы не оставляет места для принципа наиболее тесной связи, ибо каждая такая норма предполагает применение права, в ней указанного (например, право страны страховщика к договору страхования — подп. 12 п. 3 ст. 1211 ГК РФ). Однако, с другой стороны, формулировка п. 9 ст. 1211 свидетельствует, что она имеет преимущественное значение как для генеральной субсидиарной привязки (п. 1 ст. 1211), так и для всех дополнительных привязок, установленных п. 2–8, и одновременно устанавливает пределы их применения: *они применяются только тогда, когда «иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела».* Следовательно, если при поиске применимого права выясняется, что либо из закона, либо из условий или существа договора, либо из всей совокупности обстоятельств договор реально связан с правом одного государства, а применение одной из указанных выше норм ведет к выбору права другого государства, то такая норма не подлежит примене-

нию. При данных обстоятельствах следует применить право страны, с которой договор наиболее тесно связан.

Примером, когда из закона вытекает «иное», в целом по аналогии со ст. 1211 может быть ст. 1213, предусматривающая выбор права к договору в отношении недвижимости. Если стороны не выбрали право, то применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Таким является право страны, где находится недвижимое имущество, т. е. в качестве презумпции используется закон местонахождения имущества — *lex rei sitae*. Так же, как и в ст. 1211, указывается, что это правило применяется, «если иное не вытекает из закона, условий или существ договора либо совокупности обстоятельств дела». Иное, вытекающее из закона, предусмотрено в п. 2 этой же статьи: к договорам в отношении находящихся на территории РФ земельных участков, участков недр, обособленных водных объектов и иного недвижимого имущества применяется российское право. Следовательно, ни принцип автономии воли сторон, ни принцип наиболее тесной связи здесь не применяется: закон требует однозначного применения российского права.

Третья роль принципа наиболее тесной связи вытекает из общего его назначения при регулировании всех видов гражданско-правовых отношений, осложненных иностранным элементом, закрепленного в п. 2 ст. 1186 ГК РФ: если в соответствии с коллизионными нормами невозможно определить право, подлежащее применению, применяется право страны, с которой гражданско-правовое отношение, осложненное иностранным элементом, наиболее тесно связано. Отсюда следует, что, если в соответствии с презумпциями невозможно определить право, подлежащее применению к договорным обязательствам, применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Один из подобных вариантов предусмотрен непосредственно в ст. 1211, п. 10 которой устанавливает, что к договору, содержащему элементы различных договоров, применяется право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан.

Принцип наиболее тесной связи выполняет еще одну функцию: он устанавливает пределы автономии воли сторон, что было рассмотрено выше. В соответствии с п. 5 ст. 1210 ГК РФ, если из всей совокупности обстоятельств следует, что договор связан лишь с одной страной, а стороны выбрали право какой-либо другой страны, то их выбор не затрагивает действия императивных норм того права, с которым договор связан (например, нормы о защите прав потребителей).

Закон наиболее тесной связи применяется не ко всем договорам. В ГК РФ таких договоров два: договор с участием потребителя и договор о создании юридического лица с иностранным участием.

Специальное правовое регулирование договора с участием потребителя связано с необходимостью обеспечения прав и законных интересов потребителя (ст. 1212). К этому виду договоров относится договор с участием физического лица, которое использует, приобретает или заказывает движимые вещи (работы, услуги) для личных, семейных, домашних и иных нужд, не связанных с осуществлением предпринимательской деятельности, либо имеет намерение использовать, приобрести или заказать такие вещи (работы, услуги). Установление права, подлежащего применению, осуществляется на основании двух коллизионных привязок: автономии воли и закона места жительства потребителя — *lex domicilii*. Причем закон места жительства имеет главное значение.

Во-первых, в соответствии с п. 2 ст. 1212 при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве к договору применяется право страны места жительства потребителя при наличии одного из следующих трех обстоятельств:

1) заключению договора предшествовала в стране места жительства потребителя оферта, адресованная потребителю, или реклама и потребитель в этой же стране совершил действия, необходимые для заключения договора (например, отправил акцепт, сделал заказ, перевел деньги и пр.); либо

2) контрагент потребителя или представитель контрагента получил заказ в стране места жительства потребителя (независимо от того, где заказ выполнялся); либо

3) заказ на приобретение движимых вещей, выполнение работ или оказание услуг сделан потребителем в другой стране, посещение которой было инициировано контрагентом потребителя в целях побуждения потребителя к заключению договора.

Во-вторых, закон места жительства потребителя ограничивает автономию воли сторон. Выбор права по соглашению сторон не может лишить потребителя прав, предоставляемых ему императивными нормами права страны места жительства потребителя, и права на защиту этих прав при наличии одного из обозначенных выше обстоятельств (п. 1 ст. 1212).

Рассмотренные правила не распространяются на два вида договоров с участием потребителя. Первое исключение касается договора перевозки: даже если договор перевозки заключается с физическим лицом в качестве потребителя, он будет регулироваться по общим правилам ст. 1211, т. е. по праву страны, с которой наиболее тесно связан, и в частности — по праву страны перевозчика. Однако договоры на оказание за общую цену услуг по перевозке и размещению (например, договоры в сфере туристических услуг) будут регулироваться по правилам, предусмотренным п. 1 и 2 ст. 1212.

Второе исключение касается договора о выполнении работ или об оказании услуг, если работа должна быть выполнена или услуги должны

быть оказаны исключительно в иной стране, чем страна места жительства потребителя. Речь идет о договорах, не связанных со страной места жительства потребителя ни одним из трех рассмотренных выше обстоятельств. Они будут регулироваться по общим правилам ст. 1211 в зависимости от конкретного вида договора: правом страны комиссионера, подрядчика, страховщика и т. п.

Еще один договор, на который не распространяется закон наиболее тесной связи, — это договор о создании юридического лица с иностранным участием. В этом случае применяется право страны, в которой согласно договору подлежит учреждению юридическое лицо (ст. 1214). Специальное регулирование здесь объясняется неразрывной связью договора о создании юридического лица с его правосубъектностью, определяемой личным законом самого юридического лица. Статья 1202 ГК РФ устанавливает, что личным законом юридического лица является право страны, где оно учреждено. Поэтому подчинение договора о создании юридического лица праву страны, в которой оно должно быть учреждено, вполне соответствует юридической логике.

12.4. Форма трансграничных коммерческих сделок

В международном частом праве издавна сложилось правило, что форма сделки (или шире — любого гражданско-правового акта) подчиняется праву места совершения сделки (акта) — *locus regit formam actus*. В связи с тем, что место совершения сделки может носить случайный характер, в XIX в. сформировалось правило, подчиняющее форму сделки праву страны, которое регулирует само обязательство, вытекающее из сделки, т. е. закон существа сделки — *lex causae*. Тем более что особенности формы сделки связаны с особенностями содержания сделки. Например, несложный договор купли-продажи часто совершается в устной форме, а договор подряда на строительство промышленного объекта едва ли возможен в устной форме. В настоящее время применение к форме сделки *lex causae* получило широкое распространение. Однако первоначальная формула закона места совершения сделки сохранилась либо в качестве альтернативной, либо в качестве дополнительной (субсидиарной) привязки.

Например, в швейцарском Законе о международном частном праве 1987 г. эти два правила сформулированы достаточно лаконично: «Договор считается заключенным в надлежащей форме, если она соответствует праву, применимому к договору, или праву места заключения договора» — п. 1 ст. 124. Как видим, обе коллизионные привязки равнозначны, альтернативны: достаточно соблюдения формы договора по одному из правил. Аналогично решен вопрос о форме договора в Вводном законе к ГГУ (ст. 11), в польском За-

коне о международном частном праве 1965 г. (ст. 12). Иногда используется и третья коллизионная привязка, отсылающая к закону суда, т. е. к собственному праву, например в венгерском Законе о международном частном праве 1979 г. Применение двухзначной коллизионной формулы (закона существования обязательства и закона места совершения сделки) закреплено также в ст. 11 Венской конвенции о праве, применимом к договорам международной купли-продажи 1986 г. и в других международных договорах¹.

В отечественном праве коллизионные вопросы формы сделок решены в новой редакции ст. 1209 ГК, которая существенно изменила правила. «Форма сделки подчиняется праву страны, подлежащему применению к самой сделке». Как видим, новый закон перешел к *наиболее распространенной коллизионной привязке в современном мире — Lex causae*. Если сделка (договор) подчинены английскому праву, то и форма будет определяться по английскому праву, и напротив, если договор заключен по российскому праву, то и форма сделки определяется российским правом. При этом предусмотрены две субсидиарные привязки: сделка не может быть признана недействительной вследствие несоблюдения формы, если: 1) соблюдены требования по закону места ее совершения; 2) сделка совершена за границей и личным законом хотя бы одной стороны является российское право, достаточно соблюдения требований по российскому праву.

Обратим внимание на два обстоятельства. *Во-первых*, рассмотренное правило является *основной коллизионной нормой*, устанавливающей выбор права в отношении формы любых международных «гражданско-правовых сделок, в том числе доверенности. Остальные положения п. 1 ст. 1209 являются исключениями из означенного общего правила. Положения п. 1 охватывают как трансграничные бытовые сделки/договоры для удовлетворения собственных потребностей, так и трансграничные коммерческие сделки/договоры, в том числе и с участием российских субъектов.

Первое исключение касается возможного применения российского права даже, если сделка совершена за границей. Для его применения сделка должна отвечать определенному субъектному составу: *личным законом хотя бы одной из сторон является российское право*. В рассматриваемой коллизионной норме предусмотрены два варианта. Первый — одной из сторон сделки является *российское юридическое лицо и его личным законом в соответствии со ст. 1202 является российское право*, т. е. оно учреждено по российским законам. Второй вариант — *физическое лицо, личным законом которого является российское право*.

¹ Названные законы и Конвенцию см. в кн.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 225–231, 249.

Статья 1195 устанавливает шесть случаев, когда личным законом физического лица может быть российское право: лицо является российским гражданином, лицо наряду с российским гражданством имеет иностранное гражданство, иностранный гражданин имеет место жительства в России, лицо, имеющее несколько иностранных гражданств, проживает в России, лицо без гражданства проживает в России, беженец получил убежище в России. Если стороной сделки будет физическое лицо, отвечающее одному из шести вариантов и форма сделки нарушена по иностранному праву, ее форма будет определяться российским правом независимо от места совершения.

Пункты 3 и 4 ст. 1209 касаются сделок с недвижимым имуществом: форма сделки в отношении недвижимого имущества подчиняется праву страны, где недвижимость находится (п. 4). Основная *привязка подчинения формы сделки lex causae уступает вещному статусу*, т. е. праву государства места нахождения вещи, которое регулирует весь комплекс вопросов, определяющих правовое положение недвижимости, в том числе и форму сделок с этим имуществом. Отсылка к праву места нахождения недвижимого имущества оправдана, так как каждое государство предусматривает особый порядок заключения сделок по поводу такого имущества: нарушение его ведет к недействительности сделки. Прежде чем выбрать применимое право на основе рассматриваемого пункта, следует убедиться, что имущество, по поводу которого возникла спорная ситуация, является действительно недвижимым. Иными словами, дать *юридическую квалификацию юридического понятия «недвижимое имущество»*. Согласно п. 2 ст. 1205 такая квалификация должна осуществляться также по праву страны, где имущество находится.

Пункт 3 ст. 1209 содержит еще одно коллизионное правило: форма сделки *«в отношении недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в РФ»*, определяется по российскому праву. Применение этой коллизионной нормы также связано с предварительным толкованием, порядок которого определен в ст. 1187 ГК РФ: при определении права, подлежащего применению, толкование юридических понятий осуществляется в соответствии с российским правом. В частности, для раскрытия понятия «сделки с недвижимым имуществом, которое внесено в государственный реестр», следует прежде всего руководствоваться Федеральным законом от 27 июля 1997 г. «О государственной регистрации прав на недвижимое имущество и сделок с ним». В этом Законе дан следующий перечень сделок с недвижимым имуществом, подлежащим государственной регистрации: сделки, влекущие возникновение, переход, ограничения (обременения) прав на недвижимое имущество, включая аренду, ипотеку, доверительное управление. Кодекс торгового

мореплавания РФ подробно регламентирует порядок государственной регистрации судов, прав и сделок на них. Гражданский кодекс устанавливает объекты, относящиеся к недвижимому имуществу.

В отношениях между странами СНГ остались традиционные для этих стран правила. Они предусмотрены в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, заключенном странами — членами СНГ в 1992 г. Это неудивительно, поскольку рассмотренные правила сложились еще в советский период и сохраняются в настоящее время. В соответствии со ст. 11 Соглашения «форма сделки определяется по законодательству места ее совершения», «форма сделок по поводу строений, другого недвижимого имущества и прав на него определяется по законодательству места нахождения такого имущества» (п. «г»); «форма и срок действия доверенности определяется по законодательству государства, на территории которого выдана доверенность» (п. «д»).

Нельзя не отметить, что решение вопросов о форме внешнеэкономических сделок как коллизионно-правовых, так и материально-правовых, предусмотренное в Соглашении 1992 г. между странами — членами СНГ, в значительной степени расходится с новыми тенденциями, складывающимися в мировой практике. В континентальном и англо-американском праве нет никаких императивных требований к форме сделок, в том числе трансграничных, — они могут совершаться и в письменной, и в устной форме (какие-то требования могут устанавливаться только для определенных видов сделок). Эта практика нашла отражение в Венской конвенции о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Согласно ст. 11 «не требуется, чтобы договор купли-продажи заключался или подтверждался в письменной форме или подчинялся иному требованию в отношении формы. Он может доказываться любыми средствами, включая свидетельские показания».

Одновременно Конвенция предусматривает компромиссный вариант для государств, которые исходят из обязательности письменной формы. Суть его в том, что *государство, законодательство которого требует обязательного соблюдения письменной формы для договора международной купли-продажи, может сделать при присоединении к Конвенции оговорку о неприменении ст. 11, если хотя бы одна сторона договора имеет коммерческое предприятие в этом государстве* (ст. 96). Для тех государств, которые воспользовались этим правом, вместо ст. 11 действует ст. 12 Конвенции, которая *в императивной форме запрещает применение положений о возможности заключения договора не в письменной форме* (в ст. 12 подчеркивается, что стороны договора купли-продажи не могут отступить от ее положений или изменить ее действие). СССР,

присоединяясь к Конвенции, сделал такую оговорку. Так как Россия — участник Конвенции — не денонсировала эту оговорку, для российских предпринимателей соблюдение письменной формы остается обязательным для сделок, лежащих в сфере действия Конвенции 1980 г., если хотя бы одна из сторон имеет свое коммерческое предприятие на российской территории¹.

12.5. Договор международной купли-продажи

Существенные различия в нормах национального законодательства, регулирующего отношения купли-продажи, являются, несомненно, фактором, сдерживающим развитие торговых отношений между государствами. Стороны договора международной купли-продажи (далее — договор МКП) стремятся во избежание различных двусмысленных толкований как можно подробнее оговорить свои отношения в договоре. В связи с этим возникает потребность в создании унифицированных норм, регулирующих международную куплю-продажу. Наиболее важным результатом в этой области является *Конвенция ООН о договорах международной купли-продажи товаров*, принятая на дипломатической конференции в Вене в 1980 г. и получившая широкую известность как *Венская конвенция 1980г.*

Процесс создания подобного нормативного акта о международной купле-продаже товара был начат еще перед началом Второй мировой войны. В начале 30-х гг. Международный институт унификации частного права подготовил проекты двух единообразных законов о купле-продаже товара и о заключении договора купли-продажи товаров для обсуждения с представителями различных государств в Лиге Наций. Однако работа над законами была прервана Второй мировой войной. Она была возобновлена лишь в 50-х гг. Эта работа завершилась принятием в 1964 г. на состоявшейся в Гааге дипломатической конференции двух конвенций: Конвенции о единообразном законе о международной купле-продаже товара и Конвенции о единообразном законе о заключении договоров международной купли-продажи товара. Их принятие в целом положительно повлияло на развитие процесса унификации и принятие национальных нормативных актов по вопросам международной купли-продажи. Однако данные конвенции не учитывали интересы большинства государств, участвующих во всемирном торговом обороте, в частности не учитывали специфику различных сложившихся систем права.

¹ На такой позиции неизменно стоит практика МКАС, который всегда признает недействительными контракты при несоблюдении письменной формы их заключения, изменения или прекращения (например: дело № 304/1993, решение от 3 марта 1995 г.; дело № 22/1995 г., решение от 1 декабря 1995 г.). См.: Практика МКАС 1997 г. С. 46–54; 167–174.

Эти и другие причины, обусловленные потребностями международного торгового оборота, побудили Комиссию ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) подготовить новый документ по унификации норм, регулирующих договор международной купли-продажи.

Подготовленная ЮНСИТРАЛ Конвенция о договорах международной купли-продажи товара была принята на конференции в Вене 10–11 апреля 1980 г. в присутствии представителей 62 стран, а также различных международных правительственных и неправительственных организаций. *Данная Конвенция носит универсальный и компромиссный характер*, поскольку в ней учтены принципы и институты различных правовых систем, а также приняты во внимание новые тенденции в международной торговле. Венская конвенция, которую подписали более 60 государств, вступила в силу с 1 января 1988 г.¹

В Преамбуле Венской конвенции отмечается, что принятие единообразных норм, регулирующих договоры международной купли-продажи товаров, будет способствовать устранению правовых барьеров в международной торговле и содействовать ее развитию. В ней также подтверждаются принципы равенства и взаимной выгоды как основные для развития международной торговли и дружественных связей между народами.

К договорам международной купли-продажи Венская конвенция относит договоры купли-продажи, заключаемые между контрагентами, коммерческие предприятия которых находятся в разных государствах.

Если сторона имеет более одного коммерческого предприятия, во внимание принимается то из них, с которым договор имеет наиболее существенную связь. Ни национальность сторон, ни их гражданский или торговый статус не принимаются во внимание при решении вопроса о применимости Венской конвенции. Факт местонахождения сторон в разных государствах должен быть закреплен в договоре купли-продажи или вытекать из имевших место до или в момент его заключения деловых отношений или обмена информацией между сторонами. Отметим следующие *особенности применения Венской конвенции*.

1. *Положения Конвенции являются юридически обязательными для всех лиц, находящихся под юрисдикцией государства — участника Конвенции* (в том числе и России), при условии что договор купли-про-

¹ На территории СССР она вступила в силу с 1 сентября 1991 г. // Ведомости ВС СССР и СНД СССР. 1990. № 23. Ст. 428. Россия является ее участником как правопреемник. На июль 2001 г. 59 государств участвовало в Конвенции, включая Белоруссию, Грузию, Молдавию, Украину, Узбекистан, Латвию, Литву, Эстонию.

даже заключен со стороной, находящейся под юрисдикцией другого государства-участника.

2. Вместе с тем *Конвенция носит диспозитивный характер*. Диспозитивность проявляется на двух уровнях. Во-первых, в соответствии со ст. 92 государство при присоединении к Конвенции вправе сделать оговорку о том, что оно не будет связано либо ч. II «Заключение договора», либо ч. III «Купля-продажа товаров». Например, Дания, Норвегия, Финляндия, Швеция сделали оговорку о неприменении ч. II Конвенции. Следовательно, на территории данных государств она действует в урезанном виде, и если российский предприниматель заключает договор с предпринимателями из этих стран, то он не обязан руководствоваться положениями ч. II Конвенции.

Раньше порядок заключения договора МКП и его содержание регламентировались двумя вышеназванными конвенциями 1964 г. «Относительно единообразного закона о заключении договора международной купле-продажи» и «Относительно единообразного закона о международной купле-продаже товаров». Государства могли участвовать в одной из них. Венская конвенция призвана заменить оба акта 1964 г., в ней даже есть положение (ст. 99), что при присоединении государство обязано денонсировать ту Конвенцию 1964 г., в которой оно участвует. Поэтому и было включено в Венскую конвенцию положение о праве присоединяющегося государства отказаться от применения той или иной ее части.

Во-вторых, диспозитивность Венской конвенции обращена и к самим сторонам договора МКП. Согласно ст. 6 стороны могут исключить применение Конвенции полностью. Например, в тексте договора МКП стороны прямо укажут, что положения Конвенции неприменимы для регулирования отношений сторон по данному договору. Стороны могут отступить от любого конкретного положения Конвенции или изменить его действие. При этом, однако, сделано одно исключение: стороны не вправе отступить от ст. 12 или изменить ее действие (об обязательности письменной формы договора МКП, о чем подробно сказано выше).

Можно ли рассматривать включение в договор МКП указания о применимом праве (в силу коллизионного принципа автономии воли — **lex voluntatis**) как соглашение сторон о неприменении Венской конвенции? Хотя в целом ответ должен быть отрицательным, он не может быть однозначным. Например, стороны, имеющие коммерческие предприятия на территории государств, участвующих в Конвенции, выбрали в качестве применимого право государства, которое не является участником Конвенции. Воля сторон юридически обязательна, и их отношения должны регулироваться избранным ими

правопорядком. Но стороны прямо не отказались от применения Конвенции, поэтому в случае пробела в избранном национальном праве субсидиарно будут применяться положения Венской конвенции. Напротив, ответ будет иным, если стороны выбрали право государства, которое является участником Конвенции. Даже если стороны или одна из них не имеют коммерческого предприятия на территории участвующего в Конвенции государства, положения Конвенции могут быть применимы на основании п. 1 (b) ст. 1, предусматривающего ее применение, «когда согласно нормам международного частного права применимо право Договаривающегося Государства». В этом случае избранное сторонами право будет лишь субсидиарно применяться по вопросам, которые либо вообще не входят в предмет Конвенции, либо входят, но «прямо в ней не разрешены» (п. 2 ст. 7)¹.

3. *Венская конвенция понимает товар, который является предметом купли-продажи, как определенную материальную вещь, а не право.* Эти вещи могут иметь как родовые признаки, так и индивидуальные. Товары могут существовать в момент заключения договора или должны быть произведены в будущем. Покупатель (заказчик) вправе поставить материалы для изготовления товара. Поэтому Конвенция проводит разграничение между договором МКП товара, изготавливаемого из давальческого сырья, который регулируется Конвенцией, и договором подряда, который Конвенцией не регулируется: *договор на поставку товаров, подлежащих изготовлению, считается договором купли-продажи, если сторона, заказывающая товар, не берет на себя обязанность поставить «существенную часть материалов, необходимых для изготовления или производства таких товаров»* (п. 1 ст. 3).

4. *Из сферы действия Конвенции исключен по различным причинам целый ряд товаров (ст. 2):*

а) товары для личного семейного или домашнего пользования, что связано с имеющимся в большинстве стран законодательством о защите потребителей, нормы которого в большинстве случаев носят императивный характер;

б) товары, проданные с аукциона, в связи с тем, что при их продаже руководствуются специально разработанными аукционными правилами;

в) товары, подлежащие принудительной продаже в силу закона (например, исполнительное производство);

г) специфические товары (фондовые бумаги, акции, обеспечительные бумаги, оборотные документы, деньги, суда водного и воздушного транспорта, суда на воздушной подушке, электроэнергия).

¹ Это подтверждается практикой МКАС, который исходит из того, что выбор сторонами контракта права страны — участницы Венской конвенции не исключает применения положений Конвенции. Например, дело № 142/1994, решение от 25 апреля 1995 г.; дело № 22/1995, решение от 1 декабря 1995 г. (см.: Практика МКАС 1997 г. С. 83–87, 248).

5. Наконец, применение Конвенции ограничено и по кругу вопросов. *Не все вопросы, связанные с куплей-продажей, решаются в ней.* Согласно ст. 4 Конвенция регулирует *«только заключение договора купли-продажи и те права и обязанности продавца и покупателя, которые возникают из такого договора».* Эти две группы отношений соответственно регулируются ч. II «Заключение договора» и ч. III «Купля-продажа товаров». Именно эти части являются сердцевинной, основной содержательной частью Конвенции. Две другие части (I и IV) решают главным образом вопросы, связанные с функционированием Конвенции как международного договора.

Кроме того, *дополнительно Конвенция перечисляет вопросы, к которым она не применяется:* а) действительность самого договора или каких-либо из его положений или любого обычая; б) последствия, которые может иметь договор в отношении права собственности на проданный товар; в) ответственность продавца за причиненные товаром повреждения здоровья или смерть какого-либо лица.

Следовательно, Конвенция регулирует: 1) порядок заключения договора МКП (оферту, акцепт, момент заключения договора); 2) права и обязанности сторон по договору МКП; 3) переход рисков случайной гибели или повреждения товара; 4) ответственность сторон за неисполнение своих обязательств; 5) освобождение от ответственности.

1. *Порядок заключения договора купли-продажи рассматривается во второй части Венской конвенции.* Она устанавливает перечень необходимых условий действительности *оферты* (предложение заключить договор), а именно наименование товара и цена — определенная или определяемая. Кроме того, оферта должна быть адресована конкретному лицу. Но если в оферте не указана цена товара и не указан порядок ее определения, то ст. 55 предусматривает возможность заключения контракта без указания цены. В этом случае считается, что стороны предполагали ссылку на цену, которая в момент заключения договора взималась за такие товары на подобных условиях.

Оферта вступает в силу с момента получения ее адресатом и может быть отзывной и безотзывной. Нельзя отозвать оферту, если в ней указывается *определенный срок для акцепта* (согласие заключить договор) или адресат оферты рассматривал ее как безотзывную. После рассмотрения оферты адресат должен ее акцептовать, сделав определенное заявление, или совершить определенные действия, свидетельствующие о согласии с офертой. *Молчание или бездействие само по себе акцептом не является.*

Акцепт должен содержать лишь согласие с офертой и не вносить какие-либо встречные предложения, в противном случае это будет считаться отклонением оферты. *Согласие на заключение договора, в котором предлагаются новые условия, не является акцептом, а рассматривается как новая оферта.* Договор считается заключенным в момент, когда ак-

цепт оферты вступает в силу, т. е. с момента получения акцепта оферентом по адресу коммерческого предприятия или по его месту жительства.

Второй, третий, четвертый и пятый вопросы рассматриваются в третьей части Конвенции «Купля-продажа товаров». Она является самой обширной и состоит из пяти глав. В ней вводится понятие «*существенное нарушение договора*» и дается его определение. Нарушение договора одной из сторон признается существенным, если вследствие этого другая сторона в значительной степени лишается того, на что могла бы рассчитывать на основании договора.

Именно на этом основании одна сторона может заявить другой стороне посредством извещения о расторжении договора. Конвенция не предусматривает автоматического расторжения договора в силу самого факта его существенного нарушения (*ipso facto avoidance*), как это имело место в Гагской конвенции 1964 г. (ст. 26, 30), поскольку такая возможность вела бы к неопределенности в понимании сторонами факта существования действительного договора.

Обязанности продавца. Согласно Венской конвенции *продавец обязан поставить в определенное место в определенные сроки товар, соответствующий требованиям договора и Конвенции, передать относящиеся к нему документы и право собственности на товар* (ст. 30).

Конвенция различает поставку с использованием перевозчика и без использования такового. Если договор купли-продажи предусматривает перевозку товара, то обязательства продавца считаются выполненными с соответствующим переходом рисков утраты или повреждения товара на покупателя в месте нахождения первого перевозчика и в момент сдачи ему товара. В другом случае товар должен предоставляться покупателю в согласованном с продавцом месте или в месте, где в момент заключения договора находилось коммерческое предприятие продавца. Документы, относящиеся к товару, продавец обязан передать в срок, в месте и в форме, предусмотренные договором.

Обычно стороны согласовывают вопросы качества товара в самом договоре. Но если в последнем это не отражено, то *продавец обязан поставить товар, пригодный для тех целей, для которых товар такого же описания обычно используется.* Если же в договоре прямо или косвенно указана конкретная цель, для которой будет использован товар, то продавец при поставке товара должен также учитывать эту цель.

Товар не будет считаться поставленным в соответствии с договором, если продавец поставил товар с определенным обременением, связанным с притязаниями или правами на товар со стороны третьих лиц. Таким

образом, в обязанность продавца помимо фактической поставки товара входит обязанность *предварительно проинформировать покупателя* о необходимости принятия товара, о существующих или возможных притязаниях третьих лиц на товар. При согласии покупателя принять товар, обремененный таким правом, продавец может осуществить поставку.

Обязанности покупателя. В обязанности покупателя по Венской конвенции входят *уплата цены за товар и принятие поставки в соответствии с требованиями договора* (ст. 53).

Обычно обязательство покупателя относительно места и времени осуществления платежа указывается в договоре. Но если в договоре купли-продажи отсутствуют такие положения, то покупатель *обязан уплатить цену за товар продавцу в месте нахождения его коммерческого предприятия или в месте передачи товара. Причем покупатель обязан уплатить цену за товар в момент передачи продавцом в распоряжение покупателя* либо самого товара, либо товарораспорядительных документов, если не установлен какой-либо конкретный срок для уплаты цены.

При уплате цены покупатель также должен принимать во внимание и условие о переходе риска утраты и повреждения товара. *Если утрата или повреждение товара имеет место после того, как риск перешел на покупателя, то последний не освобождается от обязанности уплатить цену.* Особое значение в этом случае имеет установление момента перехода риска с продавца на покупателя. Например, при наличии в договоре условия о перевозке товара риск утраты или повреждения определяется в момент передачи товара первому перевозчику для покупателя.

Предвидимое нарушение договора. Согласно этому положению стороны имеют право приостановить исполнение своих обязательств по договору, если после заключения договора становится ясно, что другая сторона не исполнит значительной части своих обязательств. В этом случае *при наличии условий возможного «существенного» нарушения договора потерпевшая сторона вправе заявить о его расторжении.*

Ответственность сторон. Конвенция уделяет много внимания ответственности сторон за неисполнение своих обязательств (независимо от того, полное или частичное неисполнение). Отметим наиболее важные, концептуальные положения.

1. Конвенция исходит из *понимания ответственности как особого вида правоотношений, которые возникают между сторонами существующего правоотношения, если они нарушили свои первоначальные обязательства.* То есть конвенционная концепция ответственности принципиально отличается от весьма распространенного в нашей доктрине понимания юридической ответственности как санкции, применяемой к стороне, нарушившей свои обязанности.

Исходя из такого понимания ответственность не выделена в отдельную главу, ее правила помещены соответственно в главах, регулирующих обязанности продавца или покупателя, и называются

«средства правовой защиты в случае нарушения договора» в одном случае продавцом, в другом — покупателем. *В качестве средств правовой защиты выступают дополнительные права, которые возникают у покупателя*, если продавец не выполнил свои обязанности по договору, и, наоборот, дополнительные права возникают у продавца, если покупатель не выполнил свои обязанности. Причем каким дополнительным правом воспользоваться для защиты своих интересов, прежде всего решает потерпевшая сторона (ряд условий применения конкретного дополнительного права определен самой Конвенцией). У другой стороны, которая не выполнила свои обязанности, возникают при этом дополнительные обязанности выполнить требования потерпевшей стороны.

2. Система дополнительных прав построена на *четырёх основополагающих правилах*.

Первое правило исходит из принципа реального исполнения обязательств. Как продавец, так и покупатель при неисполнении своим контрагентом обязанностей по договору может воспользоваться мерами, стимулирующими реальное исполнение договора.

Например, покупатель может потребовать от продавца замены товара (п. 1 ст. 46) или исправления несоответствия товара условиям контракта (п. 3 ст. 46), предоставить определенный срок для исполнения обязанностей (п. 2 ст. 47) или исправить несоответствие товара за свой счет с отнесением расходов на продавца. Продавец в свою очередь имеет право также установить срок разумной продолжительности для исполнения покупателем своих обязанностей.

Второе правило исходит из принципа возможности расторжения договора.

Однако потерпевшая сторона вправе заявить о расторжении договора лишь тогда, когда неисполнение обязательств другой стороной является существенным нарушением договора. Причем если сторона потребовала реального исполнения обязательств и назначила дополнительный срок, то неисполнение обязательств в этот дополнительный срок автоматически превращается в существенное нарушение договора.

Третье правило касается возмещения убытков: независимо от того, каким защитным правом воспользовалась потерпевшая сторона, она имеет право требовать возмещения убытков (ст. 74–76), под которыми Конвенция понимает как реальный ущерб, который был причинен продавцу (покупателю) неисполнением обязательств другой стороной, так и упущенную выгоду (ст. 74).

Обычно убытки составляют разницу между договорной ценой по неисполненной сделке и ценой по другой сделке, совершенной взамен. Также учитываются любые дополнительные убытки. Если сторона не совершала взамен другой сделки, то убытки могут составить разницу между договорной ценой и текущей рыночной ценой на данный товар на момент расторжения договора.

Если сторона допустила просрочку в уплате суммы денег, то другая сторона дополнительно к возмещению всех убытков имеет право на *проценты с просроченной суммы* (ст. 78).

Четвертое правило касается оснований ответственности: ответственность возникает в силу самого факта неисполнения обязательств по договору, что соответствует давно сложившемуся в мировой практике принципу ответственности без вины в сфере предпринимательской деятельности (этот принцип зафиксирован и в ГК РФ — п. 3 ст. 401).

Пятое правило. Конвенция предусматривает единственное основание освобождения от ответственности, которое по своему смыслу является непреодолимой силой, или форс-мажором.

Правда, в самой Конвенции ни тот, ни другой термин не используется. Согласно ст. 79 сторона не несет ответственности за неисполнение обязательства, если докажет, что оно было вызвано «препятствием вне ее контроля» и что от нее нельзя было разумно ожидать принятия этого препятствия в расчет при заключении договора, и если докажет, что не смогла избежать или преодолеть это препятствие (ст. 79).

Следовательно, Конвенция исходит из презумпции ответственности стороны, не выполнившей свои обязательства, и только тогда, когда сама сторона докажет, что неисполнение было вызвано «препятствием вне ее контроля», она может быть освобождена от ответственности.

Заключительная, четвертая часть Венской конвенции рассматривает вопросы о порядке присоединения к Конвенции, ее действия на территории государства, имеющего две и более территориальные единицы с самостоятельными системами гражданского права, об оговорках и др. Венская конвенция не затрагивает действие любого международного соглашения, которое уже заключено или может быть заключено и содержит положения, подобные положениям данной Конвенции. Она применяется к договорам, заключенным после ее вступления в силу на территории договаривающихся государств, где стороны имеют свои коммерческие предприятия (ст. 100).

Действие положений Венской конвенции на территории России можно рассматривать как еще один шаг в направлении интегрирования ее экономики в мировую систему путем приведения законодательства России в соответствие с общепринятыми международно-правовыми нормами, которые должны соблюдать российские предприниматели во внешнеэкономической деятельности.

Кроме Венской конвенции, важное значение в регулировании международной купли-продажи имеет *Конвенция об исковой давности в международной купле-продаже товаров*, принятая 14 июня 1974 г. на дипломатической конференции в Нью-Йорке. 11 апреля 1980 г. одновременно с принятием Венской конвенции был принят Протокол об изменении Конвенции об исковой давности. Ряд ее положений, прежде всего касающихся сферы действия, был приведен в соответствие с Венской конвенцией¹.

Конвенция об исковой давности *определяет условия, при которых требования* покупателя и продавца друг к другу, вытекающие из договора МКП или связанные с его нарушением, прекращением или недействительностью, *не могут быть осуществлены вследствие истечения определенного периода времени*. Такой период времени Конвенция именует сроком исковой давности (ст. 1).

В Конвенции установлен *единый срок исковой давности — 4 года*.

По общему правилу течение срока исковой давности начинается со дня возникновения права на иск (п. 1 ст. 9). Для некоторых требований Конвенция конкретизирует момент возникновения права на иск: право на иск, вытекающий из нарушения договора МКП, возникает в день, когда имело место такое нарушение; право на иск, вытекающий из дефекта или иного несоответствия товара договорным условиям, возникает в день фактической передачи товара покупателю или его отказа от принятия товара; право на иск, вытекающее из обмана, возникает в день, когда обман был или разумно мог быть обнаружен (ст. 10); право на иск, вытекающий из гарантий, возникает в день, когда покупатель уведомил продавца о факте несоответствия, однако не позднее срока окончания действия гарантии (ст. 11), и некоторые другие.

Срок исковой давности прерывается возбуждением кредитором судебного (арбитражного) разбирательства, а также признанием должником до истечения срока исковой давности в письменной форме своего обязательства перед кредитором или частичным исполнением обязательства (например, уплата процентов). В результате начинает течь новый четырехлетний срок исковой давности. Однако

¹ Конвенция вступила в силу 1 августа 1988 г., в ней участвует более 20 государств. Россия не участвует.

в любом случае такой срок истекает не позднее десяти лет со дня, когда началось его течение.

Последствия истечения срока исковой давности принимаются во внимание судом (арбитражем) только по заявлению стороны, участвующей в процессе (ст. 24).

12.6. Трансграничные договоры с коммерческим финансированием

При осуществлении международных торговых операций стороны часто сталкиваются с финансовыми проблемами, острота и сложность которых дополнительно объясняется нахождением сторон в разных государствах и соответственно подчинением их разным правовым системам. Стремление решить финансовые проблемы породило новые виды международных коммерческих сделок, которые в свой круг правоотношений включают, помимо традиционных сторон (например, продавец — покупатель), сторону, берущую на себя бремя финансовых проблем. К таким многосторонним, преимущественно трехсторонним, сделкам относятся договоры *международного финансового лизинга, международного факторинга*. Существенные различия национального регулирования данных договоров в разных странах, а часто и отсутствие такого регулирования, с одной стороны, и широкое использование новых договорных форм в международной практике — с другой, сделало необходимым создание единообразного регулирования. На сегодня названные договоры стали предметом регулирования двух международных конвенций, содержащих систему унифицированных материально-правовых норм по каждому из этих договоров.

Трансграничный финансовый лизинг. Проект Конвенции о международном финансовом лизинге был подготовлен в рамках Международного института по унификации частного права (УНИДРУА) и принят 26 мая 1988 г. на дипломатической конференции в Оттаве при участии 55 государств, в том числе и СССР. Россия присоединилась к Конвенции в 1998 г. Кроме того, 29 января 2002 г. был принят Федеральный закон «О финансовой аренде (лизинге)» (далее — Закон о лизинге¹), в котором есть ряд норм относительно международного финансового лизинга. Это новая редакция Федерального закона «О лизинге» от 15 ноября 1998 г.²

Термин «лизинг» — новый для отечественного права. В переводе с английского *lease, leasing* означает «аренда». Поэтому в нашей литературе часто термин «лизинг» используют для обозначения

¹ СЗ РФ. 2002. № 5. Ст. 376.

² СЗ РФ. 1998. № 44. Ст. 5494.

различного рода арендных операций, что не соответствует российскому праву. В ГК РФ § 6 гл. 34, посвященный в целом аренде, был назван «Финансовая аренда (лизинг)». Следовательно, «лизинг» ГК РФ использует только для обозначения круга правоотношений, опосредуемых особым договором финансовой аренды. В этом качестве наш термин «лизинг» является аналогом термина «финансовый лизинг», используемого в международной практике.

Оттавская конвенция определяет *лизинг как единую трехстороннюю сделку*, согласно которой одна сторона — лизингодатель (арендодатель) на основе спецификации другой стороны — лизингодержателя (арендатора) заключает договор с третьей стороной — поставщиком, по которому лизингодатель приобретает основное оборудование, средства производства и другое оборудование (далее — оборудование) на условиях, одобренных арендатором, и заключает с арендатором договор аренды, которому передается оборудование в пользование в обмен на арендные платежи (п. 1 ст. 1). В п. 2 этой же статьи выделяются *основные характерные особенности лизинговой сделки*:

- 1) *арендатор определяет оборудование, выбирает поставщика*, не полагаясь при этом на опыт и мнение арендодателя;
- 2) *арендодатель приобретает имущество у поставщика в связи с договором о лизинге*, который с ведома поставщика уже заключен или будет заключен между арендодателем и арендатором;
- 3) *арендные платежи рассчитываются с учетом, в частности, амортизации* всего или существенной стоимости оборудования.

Как видим, Оттавская конвенция исходит из определяющей роли арендатора в системе лизинговых отношений, который является инициатором всей сделки. Правда, из смысла п. 1-а ст. 8 инициатором сделки может быть и арендодатель, который по собственному усмотрению приобретает оборудование в качестве предмета будущего лизинга. Это обстоятельство влияет на объем ответственности арендодателя. Отметим, что содержание договора финансовой аренды, закрепленной в ст. 665 ГК РФ, соответствует положениям Оттавской конвенции. Конвенция применяется к лизинговым операциям независимо от того, имеет ли арендатор право на покупку оборудования по истечении срока аренды или имеет право продолжать пользование оборудованием на основе аренды, заключаемой на дополнительный срок.

Главное внимание в Конвенции уделено распределению ответственности между сторонами в случае ненадлежащего исполнения обязательства по лизингу. Конвенция преследует цель освобождения от ответственности арендодателя за поставленное оборудование (качество,

сроки и пр.), исходя из того, что последний в лизинговой сделке имеет только финансовый интерес. Поэтому общий принцип ответственности заключается в том, что *арендодатель не несет ответственности перед арендатором за поставленное оборудование*, за исключением случая, когда арендатору нанесен ущерб в результате его обращения к компетенции арендодателя или в результате вмешательства арендодателя в выбор поставщика или оборудования (п. 1-а ст. 8).

Этот принцип нашел отражение еще в двух положениях Конвенции. Во-первых, ст. 10 устанавливает, что *обязанности поставщика по договору поставки имеют силу также и по отношению к арендатору*, как если бы он являлся стороной такого договора и как если бы оборудование поставлялось непосредственно арендатору. Но поставщик не несет ответственности за одно и то же упущение и перед арендодателем, и перед арендатором. Во-вторых, согласно п. 5 ст. 12 арендатор вправе предъявлять претензии к арендодателю за непоставку, задержку в поставке или поставку оборудования, не соответствующего договорным требованиям, только в случае если это произошло в результате действия или бездействия со стороны арендодателя.

Если оборудование не поставлено, или поставлено с просрочкой, или не соответствует условиям договора поставки, права сторон договора лизинга сводятся к следующему (ст. 12): а) *арендатор вправе отказаться от оборудования* или расторгнуть договор аренды; б) *арендодатель вправе исправить свое неисполнение* поставкой оборудования, соответствующего договорным условиям; в) *арендатор вправе задержать выплату арендных платежей* до момента, когда арендодатель исправит свое неисполнение; г) если *арендатор* воспользовался своим правом на расторжение договора, то он *имеет право получить обратно арендные платежи*. В случае неуплаты арендатором арендных платежей *арендодатель вправе* (ст. 13): д) *взыскать причитающиеся ему просроченные платежи вместе с процентами и убытками*; е) *требовать досрочной выплаты будущих платежей* или *расторгнуть договор аренды* и в этом случае вправе потребовать возврата имущества и возмещения ущерба. Однако при расторжении договора арендодатель не вправе требовать выплаты арендных платежей, срок исполнения которых не наступил, но их сумма может быть учтена при исчислении убытков.

В заключение отметим, что положения Оттавской конвенции, определяющие сферу ее действия, юридическую силу ее положений, во многом совпадают с Конвенцией о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г. Так, Оттавская конвенция, так же как и Конвенция 1980 г., применяется тогда, когда стороны договора лизинга имеют свои коммерческие предприятия на территории разных договаривающихся государств или когда договор лизинга регулируется правом одного из договаривающихся государств (ст. 3). Оттавская

конвенция, будучи юридически обязательной в указанных случаях, *носит диспозитивный характер*: стороны вправе договориться о неприменении всей Конвенции либо об исключении или изменении практически любого из ее положений (отдельные исключения даны в тексте Конвенции — ст. 5).

Договор трансграничного факторинга. В последний день работы дипломатической конференции в Оттаве 26 мая 1988 г. была принята еще одна конвенция, подготовленная в рамках УНИДРУА, — Конвенция по международным факторинговым операциям¹. В Конвенции содержатся унифицированные материально-правовые нормы, регулирующие международные факторинговые операции и обеспечивающие баланс интересов всех ее участников.

Согласно Конвенции «*договор по факторинговым операциям*» — это договор, заключенный между одной стороной (поставщик по договору купли-продажи) и другой стороной (фирмой по факторинговым операциям, фактор), именуемой в дальнейшем цессионарием, *в соответствии с которым поставщик может или должен уступить цессионарию обязательственные требования, вытекающие из договоров поставки, заключаемых между поставщиком и его заказчиками (дебиторами)*. При этом цессионарий должен взять на себя не менее двух из следующих обязанностей: а) финансирование поставщика (заем или досрочный платеж); б) ведение счетов по денежным требованиям, являющимся предметом уступки; в) предъявление к оплате дебиторских задолженностей; г) защиту от неплатежеспособности дебиторов (ст. 1).

Конвенция *требует поставить в известность дебиторов об уступке дебиторских задолженностей, однако не ставит действительность уступки в зависимость от согласия дебиторов*. Более того, предусмотрено положение о приоритетности договора о факторинге. Уступка требования поставщиком может быть осуществлена, несмотря на любое соглашение между поставщиком и дебитором, запрещающее такую уступку (ст. 6). Правда, при присоединении к Конвенции государство может сделать оговорку о неприменении этого правила, если на его территории дебитор имеет коммерческое предприятие (ст. 18).

Права и обязанности сторон. *Дебитор, получив письменное уведомление от поставщика или цессионария, в силу полномочий, выданных поставщиком, обязан уплатить цессионарию, если: он не знает другого преимущественного права на получение данного платежа; в уведомлении достаточно точно идентифицированы платежное требование и цессионарий; уведомление касается требований, вытекающих из договора поставки, заключенного до или в момент отправки уведомления.*

¹ Россия ратифицировала Конвенцию в 2014 г. // ФЗ от 5 мая 2014 г. № 86-ФЗ «О присоединении Российской Федерации к международным факторинговым операциям».

Дебитор вправе использовать против цессионария все средства защиты, вытекающие из договора поставки, которые он мог бы использовать против поставщика. Однако если дебитор сделал платеж цессионарию, а поставщик не поставил ему товары или поставил с нарушением, то он не может потребовать у цессионария возврата платежа. Из этого правила есть два исключения. *Дебитор вправе потребовать от цессионария возврата уплаченной суммы*, если: 1) цессионарий не уплатил соответствующей суммы поставщику; 2) цессионарий выплатил дебиторскую сумму поставщику тогда, когда он знал, что поставщик не выполнил свои обязательства перед дебитором (ст. 9, 10).

Практике известны два вида факторинга: *прямой и косвенный*. *Прямой* — когда поставщик (экспортер) уступает право требования цессионарию, а он непосредственно вступает в отношения с дебитором (импортером по договору купли-продажи). *Косвенный* — когда цессионарий передает право требования другому фактору, находящемуся в стране импортера, и этот второй цессионарий вступает в отношения с дебитором и полученный платеж перечисляет первому цессионарию. В принципе все рассмотренные положения Конвенции регулируют отношения по первому виду факторинга. Однако ст. 11 говорит о том, что положения Конвенции применяются к любой последовательной цессии. Отсюда следует, что *Конвенция в равной степени регулирует как прямой, так и косвенный факторинг, за исключением одного случая, когда последовательная цессия запрещена договором по факторинговым операциям* (ст. 12).

Конвенция о факторинге применяется, если все стороны факторинговых операций *имеют коммерческие предприятия на территории разных договаривающихся государств* или если договорные отношения регулируются правом договаривающегося государства. Стороны могут исключить применение Конвенции полностью. Исключение отдельных положений Конвенции или их изменение не предусматривается (ст. 2, 3).

12.7. Договор трансграничного франчайзинга

Одним из современных видов партнерского бизнеса является франчайзинг, именуемый также «льготным предпринимательством».

Franchir в переводе с французского означает «освобождать». Франшиза рассматривалась как привилегия, после выдачи которой отдельные подданные получали права продавать товары, осуществлять перевозки или охотиться на территории феодальных угодий. Распоряжаться франшизами мог только король.

Оксфордский словарь определяет *franchising* как все права и свободы епископатов, пожалованные им королевской короной в 1559 г., в то время как понятие *franchises* уже означает места, отведенные для

торговли. Свободным людям было разрешено (дана франшиза) продавать свои товары на территории города — на рынках и ярмарках.

Современная концепция франчайзинга была сформулирована в США компанией «Зингер», которая предоставляла другим фирмам на определенной территории исключительные права на продажу и обслуживание своих швейных машин и право пользования своим товарным знаком (*товарный франчайзинг*).

В 1950-е гг. появляется новый вид франчайзинга — так называемый «*франчайзинг бизнес-формата*» (***Business Format Franchisings***). В отличие от товарного франчайзинга, он предполагает передачу не только товарного знака, но и всей технологии ведения бизнеса, включая внешние параметры и даже стиль отделки, созданные и используемые франчайзером. Основателем современного франчайзинга стал основатель сети «Макдоналдс» Рэй Крок. Его заслугами являются прежде всего разработка соответствующей дизайну ресторана рекламы и постоянный надзор за качеством. Именно по этой причине из небольшого кафе San Bernardino на западе США развилась всемирная сеть ресторанов быстрого обслуживания, которая сегодня насчитывает более чем 14 000 предприятий.

Институт франчайзинга известен большинству правовых систем современности и признан самостоятельным объектом правового регулирования более чем в 80 странах мира. Однако подходы и принципы правового регулирования отношений франчайзинга сильно различаются от страны к стране. В большинстве государств отсутствуют отдельные нормативные правовые акты, регулирующие отношения франчайзинга. По мнению экспертов ВОИС, с правовой точки зрения франчайзинг в достаточной степени регулируется договорным правом, поэтому для его функционирования и развития не нужны ни особые законы, ни специальные регулирующие структуры¹.

Сущность франчайзинговых взаимоотношений партнеров в том, что одна сторона — *франчайзер* передает другой стороне — *франчайзи* право вести определенный вид деятельности, используя разработанную систему его ведения и имидж франчайзера (товарный знак, знак обслуживания, фирменное наименование и т. п.). В современных зарубежных правовых порядках термин «франчайзинг» используется для обозначения договоров, одним из основных условий которых является предоставление одним предпринимателем другому разрешения на коммерческое использование комплекса исключительных и иных прав — так называемого делового комплекса².

¹ Евдокимова В. Н. Франшиза и договор коммерческой концессии в Гражданском кодексе РФ // Хозяйство и право. 1996. № 12.

² См.: Брагинский М. И., Витрянский В. В. Договорное право: в 5 т. // Договоры о выполнении работ и оказании услуг. Кн. 3. М.: Статут, 2002.

В международной коммерческой практике договор франчайзинга обычно определяется как соглашение, согласно которому франчайзер предоставляет франчайзи в обмен на прямую или косвенную финансовую компенсацию право на использование комплекса прав промышленной или интеллектуальной собственности, относящихся главным образом к ноу-хау и коммерческим символам, а также на получение коммерческого или технического содействия в течение срока действия контракта¹.

Договор франчайзинга, как правило, носит исключительный характер — франчайзи передаются исключительные права на определенное время в рамках определенной территории. Франчайзер в свою очередь обязуется не заключать договоры с третьими лицами в оговоренный контрактом временной отрезок и на оговоренной территории и не создавать тем самым конкуренцию франчайзи.

В настоящее время не разработано каких-либо унифицированных материальных или коллизионных норм, относящихся непосредственно к договору франчайзинга. Отдельные вопросы затронуты в международных договорах, посвященных проблематике промышленной собственности, например в *Парижской конвенции об охране промышленной собственности* от 20 марта 1883 г. Кроме того, существуют примеры регионального регулирования отдельных вопросов, имеющих отношение к франчайзингу. Так, в отношении стран — членов Европейского союза действует *Римская конвенция о праве, применимом к договорным обязательствам*, от 19 июня 1980 г.

Поскольку международно-правовых средств регулирования в данной сфере общественных отношений не существует, определенные их элементы регулируются с помощью национально-правовых инструментов, а также с использованием рекомендательных норм, выработанных в рамках международных организаций и органов.

В качестве примера регионального регулирования можно привести Регламент № 4887/88, принятый в 1988 г. Комиссией ЕС, в котором кодифицированы прецедентные решения Европейского суда в области регулирования франчайзинговых соглашений. В Регламенте впервые в праве ЕС дано определение договора о франшизе. Под франшизой (ст. 1.3a) понимается *совокупность прав промышленной или интеллектуальной собственности, касающихся товарных знаков, фирменных наименований вывесок магазинов, полезных моделей, дизайна, авторских и патентных прав, ноу-хау, используемых при перепродаже товаров или оказании услуг конечным потребителям*. Соглашение о франшизе (ст. 1.3b) представляет договор, посредством которого одно лицо (франчайзер) предоставляет другому лицу

¹ См.: *Вилкова Н. Г.* Договорное право в международном обороте. М.: Статут, 2004. С. 361.

(франчайзи) в обмен на прямую или непрямую денежную компенсацию право использовать франшизу для продвижения на рынке определенных видов товаров и (или) услуг. Договор должен содержать следующие обязательства: единообразное использование наименования или вывески на помещениях и (или) транспортных средствах, поименованных в соглашении; передачу франчайзером франчайзи ноу-хау; оказание им франчайзи коммерческой или технической помощи в течение срока действия соглашения.

22 декабря 1999 г. Комиссией ЕС был принят Регламент № 2790/1999, который создал единообразное правовое регулирование вертикальных отношений, возникающих при реализации двух близких по экономической сущности коммерческих отношений: дистрибьюторских отношений и франчайзинга.

Важное значение в регулировании данных отношений имеют международные документы неюридического характера, например *Модельный закон УНИДРУА о раскрытии информации по договору франчайзинга 2002 г.* Закон охватывает лишь преддоговорное раскрытие информации и не затрагивает договорные отношения сторон. Документ предназначен для применения и к внутреннему, и к международному франчайзингу, к различным видам соглашений в виде единичного договора о франшизе, мастер-соглашения о франшизе и соглашения о развитии, а также к новым формам франчайзинга, которые могут появиться в будущем.

Институтом унификации международного частного права в Риме было также разработано *Руководство по международным соглашениям о мастер-франшизе*¹. Документ содержит обобщение договорной практики и рекомендации по использованию этого вида отношений по франшизе. Данное Руководство содержит нормы рекомендательного характера, но в силу авторитета УНИДРУА, глубины проработки вопросов он пользуется большим авторитетом в деловых кругах.

Важную роль в развитии правового регулирования франчайзинга играют национальные и международные неправительственные организации: Ассоциация франчайзеров США, Британская ассоциация франчайзинга, Международная ассоциация франчайзинга и др. Такие организации также занимаются нормотворчеством. Европейской ассоциацией франчайзинга² в 1972 г. был принят *Европейский кодекс принципов и стандартов поведения* (по франчайзингу).

¹ UNIDROIT. Rome, 1998. Guide to International Master Franchise Arrangements. UNIDROIT. Rome, 1998.

² В Ассоциацию входят национальные ассоциации Австрии, Бельгии, Дании, Франции, Германии, Венгрии, Италии, Нидерландов, Португалии и Великобритании.

Одним из наиболее объемных документов, регулирующих отношения в рассматриваемой сфере, является *Типовой контракт франчайзинга* — один из последних типовых контрактов, разработанных Комиссией Международной торговой палаты (МТП) по международным торговым обычаям (*ICC Commission on International Commercial Practice*). Документ содержит единообразные правила, рекомендуемые МТП участникам международных коммерческих правоотношений.

Так, Публикация МТП № 557 рекомендует не подчинять договор международного франчайзинга какому-либо национальному праву, а в первую очередь регламентировать положениями самого договора и повсеместно признаваемыми в международной торговле правилами и принципами, включая Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА.

Цель подобного условия — избежать возможных коллизий при применении норм какого-либо национального права и использовать положения Типового контракта в отношениях между франчайзерами и франчайзи из разных стран, не предоставляя преимуществ одной стороне и не ущемляя другую при применении права одной из сторон, что призвано обеспечить сторонам контракта о франчайзинге большую юридическую безопасность. Существующее многообразие национальных законов и правоприменительной практики разных государств создает большие трудности при решении возможных проблем. В большинстве стран соглашения о франчайзинге не регулируются национальными законами, а относящаяся к франчайзингу судебная практика обычно затрагивает договорные отношения между франчайзи и местным франчайзером. Поэтому следующие из такой судебной практики правила не всегда соотносимы с импортом и международным размещением товаров или предоставлением услуг.

Типовой контракт вобрал в себя много норм из права Европейского союза, например предписания о признании недействительными соглашений о франчайзинге, существенно ограничивающих конкуренцию на конкретном рынке, например ведущие к установлению ограничительной практики в отношении продажных цен франчайзи на товары или на предоставление услуг. Как и другие документы, разработанные МТП, Типовой контракт франчайзинга носит рекомендательный характер и применяется при наличии прямой ссылки в контракте. В документе явно прослеживается стремление сконцентрировать в нем основные права и обязанности сторон и избежать применения национального права какой-либо страны.

Основным источником правового регулирования отношений из договора франчайзинга в странах с развитой рыночной экономикой

является национальное законодательство. В ряде стран принято специальное законодательство, регламентирующее преддоговорную стадию отношений в виде правил о раскрытии преддоговорной информации, тогда как договорные отношения регламентируются правилами обязательственного права.

В 1979 г. Федеральной комиссией по торговле США был принят документ под названием «Требования о раскрытии и запрещения, касающиеся франчайзинга и иных форм осуществления бизнеса» (*Disclosure Requirements and Prohibitions Concerning Franchising and Business Opportunity Ventures — FTC Rules №436*), который действует и по сей день. Наряду с федеральным регулированием разрабатываются нормативные акты на уровне отдельных штатов. Законы штатов применяются в ситуациях, когда оферта или продажа франшизы осуществляется в данном штате. Штаты, в которых приняты инвестиционные законы о франчайзинге, приняли законодательство, которое дает право в случае их нарушения потребовать в судебном или арбитражном порядке возмещения убытков как в виде упущенной выгоды, так и в виде возмещения реально понесенных расходов. Например, законы штатов Гавайи и Вашингтон допускают взыскание убытков в трехкратном размере по сравнению с понесенными убытками; в законах штатов Миннесота, Южная Дакота и Северная Дакота отсутствуют предписания относительно размера убытков, и суды могут по своему усмотрению определить размер взыскиваемых убытков; по законам штатов Мэриленд, Мичиган, Нью-Йорк могут быть взысканы убытки в размере действительно понесенного ущерба плюс годовые проценты, а также разумные расходы по ведению дела.

Во Франции в 1989 г. в *Торговый кодекс* были включены правила предоставления информации при включении в договор франчайзинга оговорки об исключительности. Правила сформулированы в общем виде и касаются не только договора о франшизе, но и всех иных договоров, содержащих оговорку об исключительности; специальные правила в отношении договора о франшизе отсутствуют. Судебная практика Франции делает возможным отсутствие в договоре о франшизе оговорки об исключительности.

Великобритания относится к группе стран, в праве которых отсутствуют нормативные предписания о преддоговорных отношениях, а франчайзинг не выделяется в качестве отдельного вида договоров, и поэтому договорные отношения регламентируются общими законами об осуществлении отдельных видов коммерческой деятельности. *Закон об ограничительной торговой практике* Англии и Уэльса¹ 1976 г. является основным законом, регулирующим во-

¹ Competition Act 1980 / Restrictive Trade Practices Act 1976, 1977.

просы, возникающие в связи с торговой практикой, нарушающей свободу конкуренции, и затрагивает в основном вопросы формы соглашений, а не их содержания.

ФРГ также относится к государствам, в которых специальное законодательство о франчайзинге не принято и отсутствуют предписания относительно преддоговорного раскрытия информации, а отношения сторон по договору о франшизе регламентируются отдельными общими законами. К таким законам, регламентирующим права и обязанности сторон, относятся: *Гражданское и Торговое уложение*, в частности нормы об общих условиях сделок, *Закон о потребительском кредите*, *Закон против ограничения конкуренции*, а также законы об интеллектуальной собственности, включая Патентный закон и Закон о торговых знаках. Германской ассоциацией франчайзинга разработано специальное руководство.

Для международного частного права важное значение имеет коллизионно-правовой аспект регулирования. В силу отсутствия унифицированных материальных или коллизионных норм, относящихся непосредственно к франчайзингу, необходимо обращаться к национальным коллизионным нормам и материально-правовым предписаниям.

Основным коллизионным принципом для договора франчайзинга, как и для других международных контрактов, будет закон, избранный сторонами (*lex voluntatis*). Среди международных договоров применительно к франчайзингу можно выделить *Римскую конвенцию о праве, применимом к договорным обязательствам*, от 19 июня 1980 г. (ч. 1 ст. 3). Но сфера ее применения ограничена членами Европейского союза.

Соглашение о выборе подлежащего применению права не обязательно должно быть прямо закреплено в договоре. В большинстве стран выбор права считается действительным, в случае если это определенно вытекает из условий договора либо совокупности обстоятельств дела. Так, если договор был заключен между российским франчайзи и английским франчайзером на территории Соединенного Королевства, на английском языке и в нем указано, что возникающие из него споры должны быть рассмотрены в судах Лондона, то из обстоятельств дела можно предположить, что стороны сделали выбор в пользу английского права.

Зачастую франчайзер, являясь сильной стороной договора, обладает возможностью диктовать свои условия франчайзи и требует установления в качестве применимого права права своего государства.

В случае если стороны не избрали права, применимого к договору, в большинстве стран действует иной коллизионный принцип — к договору применяется право страны, с которой договор наиболее тесно связан. Поскольку основное (решающее) предоставление по договору франчайзинга осуществляет франчайзер (правообладатель), то в слу-

чае, когда стороны не избрали применимого к договору правопорядка, применяется право его страны. Таким образом, сформулирован общий принцип — *lex venditoris* (право страны продавца) в широком значении. Это же положение закреплено в п. 3 ст. 1211 ГК РФ.

12.8. Договор трансграничного подряда

Во внешнеэкономических связях договором подряда (трансграничный подряд) обычно оформляются внешнеэкономические отношения, связанные с выполнением каких-либо строительных, геолого-разведочных, проектно-изыскательских, монтажных, консультационных и информационных услуг в сфере научной организации и управления производством (консалтинговые услуги) и других видов работ. По договору подряда подрядчик обязуется выполнить за свой риск определенную работу по заданию заказчика из его или своих материалов, а заказчик обязуется принять и оплатить выполненную работу. Это наиболее распространенное определение договора подряда, применяемого во внешнеэкономических связях. Оно в целом соответствует и общим положениям договора о подряде, установленным ГК РФ (ст. 702–705). Однако отношения сторон по осуществлению работ и их оформление договором подряда во внешнеэкономической деятельности имеют некоторые особенности.

Отношения по международному подряду регулируются нормами национального права (главным образом коллизионными и гражданско-правовыми), *нормами международных договоров и обычаями международного делового оборота*, сложившимися в сфере подрядных отношений¹.

ГК РФ подрядные отношения в целом подчиняет общим коллизионным правилам для договорных обязательств: стороны могут выбрать права — *lex voluntatis*; при отсутствии выбора права соглашением сторон применяется *право страны, где в основном создаются предусмотренные соответствующим договором результаты (lex loci solutionis)*.

Из имеющихся международных соглашений о подряде следует отметить соглашения, заключенные еще в период существования СЭВ. Они продолжают действовать, хотя их нормативная природа была изменена в отношении ряда государств. Прежде всего это Общие условия монтажа и оказания услуг, связанных с поставками машин и оборудования, 1973 г. (ОУМ) в редакции 1991 г. и Общие условия технического обслуживания машин и оборудования (ОУТОМО) в редакции 1991 г. Как и Общие условия поставок (ОУП), эти акты сохранили юридическую обязательность для России, Вьетнама, Монголии, Кубы, а в отношениях с предпринимателями из Польши,

¹ См. разд. 11.8 настоящего учебника.

Болгарии, Венгрии, Чехии и Словакии они являются рекомендательными и применяются лишь тогда, когда стороны предусмотрят в контракте их применение.

ОУМ 1973 г. содержит унифицированные правила по основным вопросам, составляющим содержание подрядного договора: порядок подготовки и проведения монтажных работ, порядок помесячной приемки и расчетов, условия командирования специалистов подрядчика в страну, где работы осуществляются; правила, относящиеся к гарантиям качества, гарантийным срокам и срокам предъявления претензий и исков. По ряду вопросов, связанных с ответственностью сторон, в частности условия освобождения от ответственности, и о порядке заключения договора ОУМ и ОУТОМО отсылают к Общим условиям поставок.

Весь комплекс отношений, возникающих при строительстве объектов за рубежом или с участием иностранных компаний в России, регулируется в контрактах. Именно в таких договорах оговариваются наиболее существенные правовые, экономические и технические вопросы строительства, реконструкции и проведения иных работ. Однако при реализации какого-либо крупномасштабного проекта при участии государства *предварительно заключается межправительственное соглашение*, в которое наряду с другими положениями о сотрудничестве включается пункт о строительстве, реконструкции объекта, о производстве определенных работ. Затем *на базе уже имеющегося межправительственного соглашения предприятия-контрагенты заключают подрядный, гражданско-правовой договор*, конкретизируя и развивая положения международного договора.

В международной практике наиболее широко применяются следующие виды договоров: договор на выполнение строительных, научно-исследовательских, геолого-разведочных работ, а также договор о сооружении объекта «под ключ». О последнем виде подрядного договора следует сказать подробнее.

В международной практике сложились *два способа* правового оформления строительства объекта. *Один из них* состоит в том, что заказчик заключает несколько договоров с разными подрядчиками на проектно-исследовательские работы, поставку машин и оборудования, монтаж оборудования и др. и координирует деятельность своих партнеров. *При другом способе* заказчик заключает всего лишь один договор со своим контрагентом (подрядчиком), в котором они согласовывают условия выполнения всех необходимых работ. В этом случае обязанность по обеспечению выполнения всего комплекса работ лежит на подрядчике, который обязуется передать заказчику объект «под ключ» и устранить в гарантийный период дефекты, а заказчик содействует выполнению договора, принимая и оплачивая работу.

Основное содержание договоров о производстве геолого-разведочных и проектно-изыскательских работ состоит в том, что подрядчик выполняет определенные работы, связанные с разработкой полезных ископаемых и подготовкой всего комплекса технической документации для крупномасштабного строительства, и после окончания работ представляет заказчику отчеты с приложением материалов, например проектно-изыскательские карты, расчеты и др.

12.9. Обычаи международной торговли. *Lex mercatoria*

Как уже указывалось, одной из особенностей регулирования отношений в сфере международной торговли является широкое распространение *обычаев международной торговли*, под которыми понимаются *единообразные устойчивые правила, сложившиеся в практике, но не имеющие обязательной юридической силы*. Исходя из строго формальной юридической терминологии данное определение относится не к обычаям, а к *обыкновениям*, так как под обычаем в юридической науке понимается тоже единообразное устойчивое правило, сложившееся в практике, *но обладающее обязательной юридической силой*. Различие между двумя понятиями — в их юридической природе: обычай — это юридическая норма, а обыкновение — не юридическая норма. Поэтому и механизм их применения разный. Особенности обычая и обыкновения и возможности перетекания одного в другое достаточно подробно рассмотрены в гл. 3 об источниках международного частного права. Однако в мировой торговой практике термин «обычаи международной торговли» используют для обозначения сложившихся в практике устойчивых правил, не являющихся юридическими нормами. Когда же нужно подчеркнуть, что применяемое правило является юридически обязательным, говорят о «правовом обычае»¹.

Термин «обычаи международной торговли» — обобщающий. Он охватывает все применяемые в международной торговле правила неюридического характера. Но они неоднозначны. В зависимости от их значимости, уровня применения выделяют три группы подобных правил.

Первая группа включает: *правила общего характера, наиболее значимые*; правила, которые могут применяться к любым видам внешнеэкономических сделок. Их, собственно, и называют *обычаем*.

Вторая группа — *правила, применяемые в отдельных областях международного делового сотрудничества*, в торговом обмене определенными группами товаров. Их часто называют *обыкновениями*.

¹ См.: Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. М., 1983. С. 10—30; *он же*. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994. С. 195 и след.; Давид Р., Жоффре-Спинози К. Указ. соч. С. 262—264; Вилкова Н. Г. Базисные условия договора международной купли-продажи товаров: ИНКОТЕРМС // Правовое регулирование внешнеэкономической деятельности. М., 2001.

Например, существуют комплексы обычных правил, применяемых в торговле зерном, кофе и пр. или в строительстве промышленных объектов. В свою очередь, и обычаи, и обыкновения могут быть универсальными, т. е. применяться в любой части света, региональными — применяться в конкретном регионе (например, в период существования СССР и других социалистических стран сложились комплексы обычных правил, применяемых в отношениях с партнерами из этих стран), или локальными (например, обычаи одного морского порта).

Третья группа — заведенный порядок. Это обычные правила, сложившиеся между конкретными партнерами в определенной сфере международного предпринимательства. Рассмотренная классификация носит достаточно условный характер: обычные правила международной торговли легко перетекают друг в друга.

Обычаи международной торговли складывались в течение многих веков. Но это не застывший конгломерат. Они постоянно изменяются, приспособляются к условиям международного торгового (экономического) обмена, появляются новые. Главная трудность в применении торговых обычаев заключается в том, что они неписаные. Чтобы их применять, они должны быть известны предпринимателям — участникам международного делового оборота. Но одни и те же правила воспринимаются участниками неодинаково в разных регионах и странах. Разная интерпретация одинаковых по наименованию правил приводит к недоразумениям и спорам между участниками торговой операции.

Для предотвращения подобных проблем в мировом сообществе получила распространение *неофициальная кодификация или унификация обычаев международного делового оборота*. Она представляет собой деятельность по изучению, обобщению обычных правил и публикации их в документированном виде, что способствует их единообразному восприятию и применению. Такой деятельностью занимаются многие организации: международные, как правительственные, так и неправительственные, и национальные организации предпринимателей в разных странах.

Издаваемые ими документы имеют *разные названия* (унифицированные правила, общие условия, руководства, типовые контракты или проформы и пр.), характеризуются *разной степенью обобщения* (одни имеют четко выраженный нормативный характер и представляют собой комплексы правил поведения сторон, другие формулируются в виде руководящих указаний) и *разной степенью применимости* (одни формулируют правила общего характера, применяемые во всей сфере или в значительной сфере международного делового сотрудничества; дру-

гие — правила, применяемые в торговле отдельными видами товаров или в отдельных сферах делового сотрудничества; третьи — правила, применяемые в отношениях конкретных партнеров, составляющие их заведенный порядок). *Но все документы характеризуются одним общим принципиальным качеством: они не обладают юридической силой и применяются только в силу прямо выраженной воли сторон конкретного международного коммерческого договора.*

Среди международных правительственных организаций отметим значительную роль Европейской экономической комиссии ООН, которая разработала несколько десятков общих условий по продаже конкретных видов товаров и типовых проформ контрактов. Например: Общие условия экспортных поставок машинного оборудования; Общие условия монтажа машинного оборудования за границей; Руководство по составлению договоров на сооружение промышленных объектов; Руководство по договорам международной встречной торговли и др. Комиссия ООН по праву международной торговли и Международный институт по унификации частного права занимаются главным образом унификацией правовых норм. Но одновременно в них проводится работа и по унификации торговых обычаев. Так, в 1976 г. был одобрен Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ, а в 1980 г. — Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ; в 1988 г. ЮНСИТРАЛ опубликовал Правовое руководство по составлению международных контрактов на строительство промышленных объектов. Получили большую известность подготовленные УНИДРУА и опубликованные в 1994 г. Принципы международных коммерческих контрактов.

Такая международная неправительственная организация, как Международная федерация инженеров-консультантов, готовит публикации сложившихся обычных правил в сфере своей профессиональной деятельности. Например, в практике широко используются подготовленные Федерацией Условия договоров на работы в гражданском строительстве.

Из национальных организаций часто отмечается деятельность Ассоциации по торговле зерном и кормами (Лондон), в которой участвуют фирмы из многих стран. Разработанные ею более 70 типовых контрактов отражают особенности торговли в зависимости от вида товара, места его происхождения, места назначения и т. д. и применяются в торговле повсеместно¹.

И все же самая значительная роль в неофициальной кодификации и унификации обычаев международного делового оборота принадлежит

¹ См.: Зыкин И. С. Обычаи и обыкновения в международной торговле. С. 94—95.

Международной торговой палате. Созданная в 1920 г. как неправительственная организация с целью организационного, технического и иного содействия международной торговле, в настоящее время она объединяет тысячи коммерческих объединений и национальных торговых или торгово-промышленных палат из 130 государств¹. В 1993 г. членом МТП стала Торгово-промышленная палата РФ, действующая на основе Закона от 7 июля 1993 г. «О торгово-промышленных палатах в Российской Федерации»² (ранее членом МТП была Торгово-промышленная палата СССР).

МТП проводит большую работу по изучению, обобщению и систематизации обычаев в сфере международной торговли и в кредитно-финансовой сфере, но связанной с торговлей. Публикации унифицированных обычаев, обыкновений и иных обычных правил, осуществляемые МТП, получили широкую известность и применение едва ли не во всех странах мира. Среди публикаций МТП наибольшей известностью пользуются *Международные правила толкования торговых терминов — International Commercial Terms — ИНКОТЕРМС* (предыдущая редакция — 2000 г.)³, последняя в 2010 г.⁴ Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов (последняя редакция — 2006 г.), Унифицированные правила по инкассо (последняя редакция — 1995 г.), Унифицированные правила для договорных гарантий 1978 г., Унифицированные правила для гарантий по требованию и др. (анализ публикаций МТП, относящихся к кредитно-финансовой сфере, дан в гл. 14).

ИНКОТЕРМС является одним из важнейших международных документов неофициальной кодификации, в котором сформулированы унифицированные правила по толкованию торговых терминов, получивших наиболее широкое распространение в мировой торговле. *Под терминами, толкование которых дается в ИНКОТЕРМС, понимаются некоторые типы договоров международной купли-продажи, основанные на определенном, фиксированном распределении прав и обязанностей между торговыми партнерами.* По крайней мере, можно выделить *три группы вопросов*, по которым фиксируются права и обязанности сторон по каждому типу договоров: 1) права и обязанности сторон, *связанные с перевозкой товаров*, включая распределение дополнительных расходов, которые могут возникнуть в процессе перевозки; 2) права и обязанности сторон *по осуществлению таможенных формальностей*, связан-

¹ См.: Шрепелер Х.-А. Международные экономические организации: справочник. М., 1998. С. 185–190.

² Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 33. Ст. 1309 (в ред. от 19 мая 1995 г.) // СЗ РФ. 1995. № 21. Ст. 1930.

³ См.: ИНКОТЕРМС 2000. Международные правила толкования торговых терминов. М., 2000.

⁴ ИНКОТЕРМС 2010. Публикация ICC № 715 (перевод Н. Т. Вилковой). М.: Инфотропик Медиа, 2010.

ных с вывозом товара с территории одного государства и с ввозом его на территорию другого государства и транзитом через третьи страны, включая уплату таможенных сборов и других обязательных платежей; 3) *момент перехода рисков* с продавца на покупателя в случае гибели или повреждения товара.

В зависимости от того, как распределяются права и обязанности сторон по этим вопросам, сложились *определенные типы договоров, известных под определенным названием, например ФОб, СИФ, франко-перевозчик, доставка с пристани и т. д. Они и функционируют как торговые термины*. Поскольку рассмотренные права и обязанности сторон, определяющие специфику конкретного типа договора, во-первых, составляют важную часть содержания этого договора, а во-вторых, влияют на решение других условий договора (например, на условия о цене, на определение места исполнения договора и пр.), их часто называют *базисными условиями* или *базисом поставки*.

Торговые термины (типы договоров) складывались в практике (некоторые из них, например СИФ, ФОб, известны очень давно) и приобрели качество обычаев международной торговли. Однако содержание этих терминов неодинаково в практике разных государств, что приводит к множеству недоразумений.

Например, российский импортер, заключив договор поставки с американским экспортером на условиях ФАС, — американский порт отгрузки, будет уверен в том, что экспортер доставит товар в порт отгрузки и разместит его в месте, удобном для погрузки на борт судна (свободно вдоль борта судна), которое обеспечит российская сторона. Напротив, американский экспортер будет считать, что он выполнил свои обязательства, если погрузил товар на транспортные средства (например, контейнеры погрузил на автомобиль) и отправил его в адрес порта отгрузки. Следовательно, российский импортер должен встретить товар в порту отгрузки, разгрузить прибывший транспорт, обеспечить погрузку на борт судна и пр.¹

На предотвращение подобных недоразумений направлен подготовленный МТП свод правил, именуемых ИНКОТЕРМС. Впервые такой документ был опубликован Международной торговой палатой в 1936 г. В 1953 г. были опубликованы пересмотренные правила (ИНКОТЕРМС 1953 г.). Эти правила содержали толкование всего 9 типов договоров и за сравнительно короткий период стали широко применяться в международной купле-продаже товаров. Последующие изменения и дополнения 1967, 1976, 1980 гг. расширили число типов договоров.

¹ О торговых терминах см.: *Шмитгофф К.* Экспорт: право и практика международной торговли. М., 1993. С. 14–45.

В 1990 г. была принята редакция, которая принципиально изменила подход к толкуемым терминам¹. ИНКОТЕРМС 1990 г. пошел не по пути дальнейшего расширения числа торговых терминов, а по пути их обобщения и распределения *по четырем группам в зависимости от специфических качественных особенностей, присущих всем договорам данной группы*. Общее качество, присущее всем договорам, конкретизируется затем в отношении каждого договора соответствующей группы. В результате было сформулировано *13 терминов, которые были разделены на четыре группы*. Такое расположение способствовало единообразному пониманию терминов и облегчает их применение. Данный подход был сохранен и в ИНКОТЕРМС 2000 г., который уточнил содержание ряда терминов, с тем чтобы обеспечить их согласованное применение и избежать ошибок при их употреблении.

13 толкуемых терминов (типов договоров) были разделены на четыре группы: 1) термины группы «E», согласно которым продавец предоставляет товары покупателю в своем коммерческом предприятии; 2) термины группы «F», обязывающие продавца предоставить товары в распоряжение перевозчика, обеспечиваемого покупателем; 3) термины группы «C», согласно которым продавец обязан заключить договор перевозки и отправить товар в адрес покупателя, но не принимая на себя рисков, связанных с возможной гибелью или повреждением товара; 4) термины группы «D», в соответствии с которыми продавец несет все расходы и все риски до момента доставки товара в страну назначения. Из краткой характеристики каждой группы можно сделать вывод, что разграничение договоров по группам построено на одном классификационном критерии: объем обязанностей продавца. В первой группе у продавца минимальные обязанности, в последней — максимальные.

Новая редакция ИНКОТЕРМС (2010 г.) внесла значительные изменения. Прежде всего изменилась принципиально структура: вместо 13 типов договоров предусмотрены 11 типов, объединенных в две группы в зависимости от способов перевозки товаров. Первая группа включает семь типов договоров, применяемых к любому виду транспорта: **EXW, FCA, CPT, CIP, DAF, DAP, DDP**; вторая группа включает такие типы договоров, которые применимы при морской перевозке и перевозке внутренним водным транспортом: **FAS, FOB, CFR, CIF**. При этом исчезли практически все типы договоров из четвертой группы «D» (**delivered**): из пяти остался один тип **DDP (Delivered Duty Paid)**. Однако введены два новых типа: **DAP — доставлено до места (Delivered**

¹ Основными причинами пересмотра старых и принятия новых правил, во-первых, явились изменения в технике транспортировки (широкое использование контейнеров, смешанных перевозок, перевозка грузов на судах типа ро-ро) и, во-вторых, возрастающее использование средств электронного обмена данными (средств компьютерной связи).

at Place) и **DAT** — доставлено на терминал (**Delivered at Terminal**), которые являются производными от исчезнувших четырех.

Важно подчеркнуть, что, несмотря на столь большие изменения, остался главный подход к выделению отдельных типов договоров купли-продажи — объем обязанностей продавца: в контракте **EXW** у продавца минимальные обязанности и в контракте **DDP** — максимальные обязанности.

Как и в предыдущих редакциях, **ИНКОТЕРМС 2010** закрепляет толкование конкретных типов договоров в зависимости от определенного, фиксированного распределения прав и обязанностей между торговыми партнерами, т.е. между продавцом и покупателем в договоре купли-продажи по четырем параметрам: 1) подготовительные действия, необходимые для перевозки и страхования товара; 2) момент и условия передачи товаров от продавца покупателю; 3) распределение расходов между сторонами по перевозке и страхованию; 4) на какой из сторон лежат риски утраты или повреждения товара.

Договор: **EXW** с указанием пункта (*ex works* — с завода или франко-завод). *Согласно договору на условиях EXW продавец обязан в предусмотренный договором срок передать товары в распоряжение покупателя на своем предприятии (заводе, фабрике, складе и пр.).* Это единственная обязанность продавца. *Она конкретизируется в его обязанности индивидуализировать товар для данного покупателя, т.е. привести его в состояние, при котором он может быть взят покупателем (складирован, упакован, затарирован, взвешен, подсчитан, проверен на соответствие качества), и известить покупателя о дате и месте, когда товар будет предоставлен в его распоряжение.*

С момента, когда товар передан в распоряжение покупателя, с продавца на покупателя переходят все риски гибели или повреждения товара.

Договор не предусматривает перевозки: товар передается в распоряжение покупателя и его дело, перевозить ли товар своими транспортными средствами, заключать ли договор перевозки и пр. У покупателя нет никаких обязанностей в связи с этим. Выполнение всех таможенных формальностей и по вывозу из страны продавца, и по ввозу в страну покупателя целиком лежит на покупателе. Правда, *по просьбе покупателя продавец должен оказать ему полное содействие в получении документов, необходимых для вывоза, ввоза и транзита товара через третьи страны. Однако риски неполучения таких документов и дополнительные расходы, которые в связи с этим возникают, несет покупатель.*

Договоры «F» объединяют договоры на условиях:

FCA (*free carrier* — свободно у перевозчика);

FAS (*free alongside ship* — свободно вдоль борта судна);

FOB (*free on board* — свободно на борту).

Во второй группе определяющей является обязанность продавца поставить товар, прошедший таможенную очистку для вывоза, до транс-

портных средств, указанных покупателем, и предоставить товар в распоряжение перевозчика, но без обязанности организовать перевозку.

Договор типа FCA с указанием пункта является определяющим в данной группе. *Он означает, что покупатель выполнил свое обязательство по поставке товара, прошедшего таможенную очистку для вывоза, в момент передачи его в распоряжение перевозчика в обусловленном пункте.*

При этом под «перевозчиком» понимается любое лицо (включая экспедитора), которое на основании договора перевозки обязуется осуществить перевозку любым видом транспорта. Термин «сдать товар в распоряжение перевозчика» толкуется в зависимости от вида транспорта, способа перевозки. Например, при железнодорожной перевозке «сдать товар» толкуется в зависимости от того, составляет товар вагонную или контейнерную партию либо не составляет. В первом случае продавец обязан загрузить товар в вагоны или контейнеры и сдать их железной дороге; во втором случае либо сдать товар в приемном пункте железной дороги, либо погрузить товар в транспортное средство, предоставленное железной дорогой.

Основные обязанности продавца: 1) поставить товар и представить коммерческие счета или иные документы, подтверждающие соответствие товара договорным условиям; 2) выполнить все официальные (например, получить лицензию) и таможенные формальности, необходимые для вывоза товара; 3) предоставить товар в распоряжение перевозчика, указанного покупателем, в согласованном пункте и в согласованную дату; 4) известить покупателя о передаче товара перевозчику или об отказе последнего принять товар; 5) нести на себе все риски до момента сдачи товара в распоряжение перевозчика и все расходы до этого момента; 6) передать покупателю транспортные документы.

Основные обязанности покупателя: 1) принять поставку при предоставлении товара в распоряжение перевозчика; 2) уплатить цену товара; 3) выполнить все официальные и таможенные формальности при ввозе товара и в случае необходимости — при транзите через третьи страны; 4) заключить договор перевозки от согласованного пункта; 5) нести все риски с момента сдачи товара в распоряжение перевозчика и все расходы с этого момента; 6) известить продавца о наименовании перевозчика, способе транспортировки, дате поставки.

Следующие два условия — *FAS* и *FOB* — *применяются при морской перевозке грузов.* В первом случае основной обязанностью продавца является размещение товара на причале вдоль борта судна в определенном порту отгрузки в пределах досягаемости грузового оборудования в установленную дату. *Момент размещения товара вдоль борта судна является моментом перехода рисков с продавца на покупателя.* Условие

FOB означает, что продавец должен погрузить за свой счет товар на судно. Этот момент является моментом перехода рисков с продавца на покупателя. По условиям обоих договоров, так же как и в договоре типа FCA, продавец выполняет экспортные официальные и таможенные формальности, а покупатель — импортные и транзитные.

Договоры «С» включают четыре типа договоров на условиях:

CFR (*cost and freight* — стоимость и фрахт);

OF (*cost, insurance, freight* — стоимость, страхование и фрахт);

CPT (*carriagepaid to...* — провозная плата оплачена до.);

OP (*carriage and insurance paid to...* — провозная плата и страхование оплачены до.).

Основной отличительной чертой, присущей всем четырем договорам, на основании чего они объединены в одну группу, является появление у продавца новой, дополнительной по сравнению с договорами группы «F», обязанности заключить договор перевозки до согласованного пункта. Поэтому данный пункт обязательно указывается после наименования договора, например OF — порт назначения. Однако так же, как и в группе «F», моментом перехода рисков с продавца на покупателя является сдача товара в распоряжение перевозчика. Следовательно, покупатель везет товар до пункта назначения за свой счет, но не на свой риск. Это внутреннее противоречие, характерное для договоров группы «С», приводит к появлению у продавца новой обязанности: застраховать товар за свой счет, но в пользу покупателя.

Договоры на условиях CFR и OF используются при перевозке товаров морским или речным путем; договоры на условиях CPT и OP — при перевозке любым транспортом.

Договор типа CIF означает оплатить расходы и фрахт, необходимые для доставки товара в указанный порт назначения, и заключить договор морского страхования от риска гибели или повреждения товара во время перевозки.

Основные обязанности продавца: 1) поставить товар и представить коммерческий счет или иные документы, подтверждающие соответствие товара договорным условиям; 2) выполнить все официальные и таможенные формальности, необходимые для вывоза товара; 3) заключить за свой счет на обычных условиях договор перевозки до согласованного порта назначения; 4) заключить за свой счет договор страхования в пользу покупателя и передать ему страховой полис; 5) погрузить товар на борт судна в порту отгрузки в установленную дату или срок; 6) нести все риски до момента пересечения товаром линии борта судна в порту отгрузки; 7) известить покупателя о погрузке товара на борт судна и передать обычный транспортный документ (коносамент, морская накладная); 8) нести все расходы до погрузки товара на борт судна, включая расходы по оплате договора фрахта и страхования. Обычно продавец страхует груз на минимальных условиях в соответствии с Ус-

ловиями страхования грузов, разработанными Институтом Лондонских страховщиков, в редакции 2009 г. Согласно сложившейся практике страхование должно быть выражено в валюте контракта и покрывать цену контракта плюс 10%.

Основные обязанности покупателя: 1) принять поставку в момент погрузки товара на борт судна в порту отгрузки и получить товар от перевозчика в порту назначения; 2) уплатить предусмотренную договором купли-продажи цену; 3) выполнить все официальные и таможенные формальности, необходимые при ввозе товара и при необходимости для транзитной перевозки; 4) нести на себе все риски с момента передачи товара на борт судна в порту отгрузки; 5) выгрузить товар в порту назначения; 6) нести все расходы, возникшие с момента погрузки товара на борт судна в порту отгрузки, во время перевозки транзитом.

Договор на условиях CFR отличается от договора CIF лишь одним: отсутствием у продавца обязанности по страхованию перевозимого товара.

Морская транспортировка грузов, совершаемая при условиях CFR и CIF, имеет ряд особенностей, которые хотя и не оговорены в ИНКОТЕРМС 2000 г., но широко применяются на практике. Эти особенности связаны с уточнением обязанностей продавца по транспортировке товара. Например, если продавец обязан не только перевезти товар, но и выгрузить его на причал, то в таких случаях к условиям CIF, CFR *добавляется слово landed* (включая разгрузку). Как правило, такое добавление используется при транспортировке на судах регулярной судоходной линии.

Договор на условиях CIP по объему обязанностей у продавца является аналогом договора типа CIF, *договор на условиях CPT* — аналогом договора типа CFR. Однако в отличие от них они применяются при любых видах перевозки.

Договоры «D» включают три договора на условиях:

DAT (*delivered at Terminal*— доставлено на терминал);

DAP (*delivered at place* — доставлено до места);

DDP (*delivered duty paid*— доставлено с оплатой пошлины).

В эту группу объединены наиболее обременительные для продавца условия. Он должен нести все затраты и риски, связанные с доставкой груза в пункт назначения. Только в этой группе обязанность продавца по передаче товара перемещается в страну назначения. По другим группам он обязан передать товар в своей стране.

Условия DDP предусматривают самый большой объем обязанностей продавца. Он может применяться при перевозке товара любым транспортом. Условия DDP означают, что продавец выполнил свои обязанности с момента предоставления товара в распоряжение покупателя в согласованном пункте в стране ввоза. Продавец несет все риски и расходы, связанные не только с вывозом, перевозкой, транзитом, но и с ввозом

товара, включая оплату налогов, пошлин и иных сборов, взимаемых при ввозе товаров. При договоре на условиях DDU продавец выполняет все официальные и таможенные формальности при вывозе товара и транзите, но не проводит таможенную очистку для импорта и не платит налоги, пошлины и иные официальные сборы, взимаемые при ввозе товаров.

В заключение необходимо подчеркнуть, что ИНКОТЕРМС является неофициальной кодификацией обычаев, сложившихся в мировой торговой практике, в котором дается их унифицированное толкование. Поэтому ни отдельные правила, которые в нем содержатся, ни документ в целом не обладают юридической силой. Они применяются по договоренности сторон. Это положение прямо закреплено в ИНКОТЕРМС: «Торговцы, которые желают использовать ИНКОТЕРМС, должны четко указать, что они в договоре купли-продажи руководствуются ИНКОТЕРМС любого года выпуска».

Чаще всего в договор включается указание на применение документа в целом или отдельного правила. Например, можно указать: договор заключается на условиях СИФ — Новороссийск (ИНКОТЕРМС 2000 г.). Указание на год обязательно, так как существуют разные редакции этого документа. Взяв за основу документ в целом, стороны вправе изменить любое входящее в него конкретное правило, но такие изменения необходимо отразить в договоре. Ссылка на ИНКОТЕРМС может быть включена в общие условия договоров, разработанных партнерами и фиксирующих заведенный между ними порядок; в таком случае в каждом конкретном договоре ссылка на ИНКОТЕРМС не нужна. Могут быть и другие варианты выражения воли сторон о применении этого документа.

Правда, ничто не мешает государству придать правилам ИНКОТЕРМС или любому другому документу подобного рода юридическую силу, и тогда соответствующие правила будут применяться независимо от воли сторон. Такая практика имеет место. Например, в Украине был издан Указ Президента от 4 октября 1994 г., обязывающий всех субъектов предпринимательской деятельности при заключении договоров, в том числе и внешнеэкономических, «обеспечивать соблюдение правил ИНКОТЕРМС» (в ред. 1990 г.¹). В результате эти правила стали юридически обязательными. Являются ли правила ИНКОТЕРМС обязательными при заключении внешнеэкономического договора между российским и украинским предпринимателем? Нет. И в этом случае они будут применяться тогда, когда стороны прямо оговорят это в договоре. Но если стороны в качестве применимого к договору права выберут украинское право,

¹ См.: Галицькі Контракта. 1994. № 41. С. 17.

то тогда будут применяться все относящиеся к договорным отношениям нормы украинского права, в том числе и правила ИНКОТЕРМС.

Принципы международных коммерческих договоров (Принципы УНИДРУА). Исключительно важным примером неофициальной кодификации правил международной торговли являются Принципы международных коммерческих договоров (далее — Принципы). Принципы подготовлены рабочей группой УНИДРУА, в которую входили представители почти всех правовых систем мира, и опубликованы в 1994 г. За короткий срок этот документ получил широкое признание среди участников международной торговли и высокую оценку специалистов международного торгового права¹. В 2004 г., а затем в 2010 г. были опубликованы новые редакции Принципов².

Документ состоит из Преамбулы, 11 глав, разделенных на разделы и статьи, и комментариев к ним. Согласно Преамбуле Принципы устанавливают «*общие нормы для международных коммерческих контрактов*». В официальном комментарии отмечаются два подхода (критерия), которые были использованы при включении тех или иных положений в кодификационный акт: во-первых, он содержит принципы, которые являются общими для всех (или в значительной степени) правовых систем, иначе говоря, являются общими принципами права; во-вторых, в него вошли принципы, которые наиболее приспособлены или лучше всего отвечают особым потребностям международных коммерческих сделок. Вместе с тем Принципы представляют собой набор достаточно гибких правил, учитывающих все разнообразие международной торговой практики, что делает возможным их широкое применение.

Принципы предназначены для участников международной торговли с целью использования их в договорной практике. *Они не являются международным договором, поэтому не обращены к государствам и не предполагают какого-либо одобрения с их стороны, не обладают юридической силой и не обязательны для сторон внешнеэкономических сделок.* В Преамбуле подчеркивается, что Принципы подлежат применению, если стороны согласились, что их договор будет регулироваться настоящими Принципами. Причем возможна не только прямая отсылка к Принципам. Они могут применяться и тогда, когда стороны в договоре согласились, что их отношения будут регулироваться общими принципами права, или *lex mercatoria*, либо другими аналогичными положениями (например, обычаями международной торговли).

¹ См.: *Bonell M. J.* An International Restatement of Contract Law. 2d ed. Ph., 1997. P. 1930; *Berger K. P.* The Lex mercatoria doctrine and the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts // Law and Policy in International Business. 1997. № 4.

² См.: Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА: пер. и вступ. ст. А. С. Комарова. М., 2004; Алимова Я. О. Принципы международных коммерческих договоров // Российский внешнеэкономический вестник. 2009. № 9, 10.

Не обладая обязательной юридической силой, Принципы широко применяются на практике. Их признание и престиж обусловлены как минимум двумя факторами: во-первых, авторитетом УНИДРУА; во-вторых, взвешенным, убедительным содержанием включенных в них правил, основанным на сравнительном анализе права разных государств и международной торговой практики. По замечанию немецкого профессора К. П. Бергера, *применение Принципов обеспечивается не «юридической властью», а «властью разума», т. е. разумностью, убедительностью, целесообразностью их содержания*¹.

В Преамбуле выделяют четыре аспекта применения Принципов:

— первый: *они подлежат применению* в случае если стороны согласились, что их договор будет регулироваться этими Принципами;

— второй: *они могут применяться*, когда стороны согласились, что их договор будет регулироваться общими принципами права, *lex mercatoria* или т. п.;

— третий: *они могут использоваться* в случаях, если стороны не выбрали право, а также для толкования и восполнения международных унифицированных правовых документов или национального законодательства;

— четвертый: *они могут служить* в качестве модели для национальных и международных законодателей.

В гл. 1 «Общие положения» закреплены принципы международных коммерческих договоров, большая часть которых являются общими принципами права: принцип свободы договора (свобода вступать в договор, устанавливать его содержание, однако свобода формы договора не является общепризнанной), принцип обязательности договоров, добросовестности и др.

Вопросы заключения договора являются основополагающими для договорных обязательств. Принципы уделили им значительное место (32 статьи во главе второй «Заключение договора»). Наряду с традиционными вопросами, связанными с офертой и акцептом, сформулированы принципиальные положения по ряду специфических условий международных коммерческих договоров, достижение согласия по которым влияет на их заключение. Например, если одна из сторон настаивает на обязательном соглашении по конкретному вопросу, то договор не будет заключен, пока такое соглашение не будет достигнуто (ст. 2.1.13). Решается противоречие между стандартными и неожиданными условиями. Стандартные условия — это условия, подготовленные одной стороной для неоднократного пользования и фактически применяемые без переговоров с другой стороной (договоры присоединения). Если среди них есть условие, которого другая сторона не могла разумно ожидать (неожиданные условия), то оно является действительным толь-

¹ Berger K. P. Op. cit. P. 949.

ко в случае прямого согласия с ним этой стороной (ст. 2.1.19 и 2.1.20). Статья 2.1.22 посвящена конфликту проформ: если обе стороны пользуются стандартными условиями, то договор считается заключенным на условиях, которые совпадают.

Принципы содержат основополагающие правила о действительности договоров, их содержании и толковании. Обязательства могут быть прямыми и подразумеваемыми. Последние вытекают из характера и цели договора, практики, которую стороны установили в своих взаимоотношениях, добросовестности и честной деловой практики и из разумности (ст. 5.1.1–5.1.2). Принципы устанавливают общие правила для определения качества исполнения, цены, прекращения договора, заключенного на определенный срок, если эти вопросы не решены в договоре (кстати, эти правила совпадают с соответствующими нормами Венской конвенции 1980 г.). Так, договор, заключенный на неопределенный срок, может быть прекращен любой стороной путем уведомления, сделанного предварительно в разумный срок (ст. 5.1.8).

Значительное внимание уделено принципам исполнения и последствий неисполнения договоров. На практике достаточно сложно решаются вопросы штрафных санкций, возмещения убытков, взыскания процентов с неуплаченной суммы. В Принципах даются особенно подробные правила их решения. Например, в гл. 7 убыткам посвящен целый раздел, состоящий из 13 статей. Любое неисполнение договора дает право потерпевшей стороне на возмещение убытков независимо от того, какие другие меры защиты предприняты (ст. 7.4.1). Остальные статьи содержат правила, устанавливающие порядок исчисления убытков как реальных, так и упущенной выгоды. В любом случае убытки должны быть исчислены либо в валюте, в которой было выражено денежное обязательство, либо в валюте, в которой был понесен ущерб, в зависимости от того, что более соответствует обстоятельствам (ст. 7.4.12).

Далеко не полный перечень правил, закрепленных в Принципах, свидетельствует о его масштабности. Принципы — это свод наиболее значимых, основополагающих положений, охватывающих все стороны договорных обязательств. В комментарии подчеркивается, что появление Принципов предоставляет сторонам международного коммерческого договора обращаться к «систематизированному и хорошо сформулированному своду норм¹».

Lex mercatoria. В западной литературе широко обсуждается доктрина, согласно которой международные коммерческие контракты регулируются особой нормативной системой, называемой *транснациональным коммерческим правом* (далее — ТКП) или современным *lex mercatoria*.

¹ См.: Принципы международных коммерческих договоров / пер. и вступ. ст. А. С. Комарова. М., 2004. С. 5.

Понятие *lex mercatoria* или *law merchant* (право торговли) — не новое в международной торговой практике. Оно уже было известно в далеком Средневековье как право купцов, которое представляло собой своеобразный свод универсальных, т. е. применяемых повсеместно, обычных, сложившихся в практике правил, не связанных с государствами. По мере укрепления государственности и развития национального права эти правила были восприняты, хотя и с большими различиями, национальными правовыми системами. Принятие Торгового кодекса во Франции в 1807 г., Общегерманского торгового уложения в 1861 г. ознакомили завершение этого процесса. Вопрос о *lex mercatoria* потерял свою актуальность, но обычаи международной торговли продолжали существовать и развиваться. С новой силой о нем заговорили во второй половине XX в.

Главную причину возросшего внимания к *lex mercatoria* видят в неспособности национального права адекватно реагировать на стремительные изменения, происходящие в международной торговле. Да и сам выбор подлежащего применению национального права, осуществляемый национальными судами на основе коллизионных норм, часто носит непредсказуемый характер и несвободен от политики данного государства. Национальное право, применяемое национальными судами, оказалось не в состоянии обеспечить справедливые решения юридических проблем, возникающих из международных коммерческих сделок¹.

Истоки и содержание современного *lex mercatoria* кроются в самой международной торговой практике, в обычаях (обыкновениях) международной торговли. Однако во второй половине XX в. происходит достаточно быстрая консолидация этих правил в единую систему благодаря их частной (неофициальной) кодификации и унификации, осуществляемой самими участниками международной торговли (типовые контракты, общие условия, создаваемые единолично или в рамках различного рода объединений) и международными организациями, о чем подробно говорилось выше. Именно расширяющийся процесс неофициальной кодификации правил международной торговли и породил теоретические построения о формировании транснационального коммерческого права (иногда говорят — международного торгового права). Большую роль

¹ См.: *Rabel E. International Tribunals for Private Matters // Rabel Zeitschrift. 1986. Bd. 10. P. 324—326; Juenger K. F. The Lex Mercatoria and the Conflict // Lex Mercatoria and Arbitration. Paris. 1990. P. 213, 222.* Один из авторов — немецкий профессор А. Людеритц даже заявил, что правила транснационального коммерческого права способны заменить «падающую экономическую продуктивность международного частного права»: *Luderitz A. Progress in German Private International Law // Commemorative Publication of the Law Faculty for the 600th Anniversary of Cologne University. 1988. P. 271, 281; Houtte H. V. The Law of International Trade. L., 1995. P. 26—29.*

в этом сыграли и международные коммерческие арбитражи: во-первых, сами стороны все чаще с помощью арбитражной оговорки изымают международные коммерческие споры из юрисдикции национальных судов, а следовательно, и в значительной степени из-под действия национального права, и передают их на рассмотрение международным коммерческим арбитражам, во-вторых, арбитражи довольно часто разрешают споры не на основании национального права, а по *lex mercatoria*.

Развитие ТКП связано с завершением работы УНИДРУА по кодификации принципов международных коммерческих договоров. Как было сказано выше, Принципы УНИДРУА кодифицируют обычные правила международной торговли. Но это не простые, а наиболее важные обобщенные правила, имеющие основополагающий, принципиальный характер. Известно, что принципы являются системообразующим фактором. Например, о международном (публичном) праве стали говорить как о системе права только после того, как сформировалась система общепризнанных международно-правовых принципов. Аналогию можно провести и по отношению к ТКП. Благодаря публикации Принципов УНИДРУА разрозненные правила международной торговли, в том числе и кодифицированные, приобрели системность, что позволяет говорить о ТКП как о самостоятельной регулирующей системе. Дополнительно это подтверждается и тем фактом, что в мае 1995 г. были опубликованы «Принципы Европейского контрактного права», в значительной степени повторяющие Принципы УНИДРУА.

Итак, сложилась самостоятельная система транснационального коммерческого права. В литературе ее называют *третьей правовой системой*: первая — национальное право государств, вторая — международное (публичное) право¹. Однако словосочетание «правовая система» не должно вводить в заблуждение. Даже сами авторы, использующие подобную терминологию, объясняют, что речь идет не о юридической системе, а о параюридической: ТКП — это параюридическая система (*paralegal law*)². Термин «право», «правовая система» следует понимать условно как нормативная регулирующая система. По своей природе ТКП является системой обычаев международной торговли в широком смысле этого слова.

Будучи особой нормативной системой, ТКП имеет свой специфический механизм применения. Основу его составляет воля сторон: как отдельные нормы и принципы, входящие в эту систему, так и ТПК в целом применимы при наличии соглашения об этом сторон международной коммерческой сделки. Подобное соглашение может быть выражено по-разному: прямым отсылка к *lex mercatoria*, отсылка к обычаям международной торговли или к общим принципам права, передача спора на разрешение дружеским посредникам. Механизм реализации

¹ Berger K. P. Op. cit. P. 956.

² Там же.

норм ТКП основан преимущественно на принципе самоконтроля, который обеспечивается наличием неофициальных «черных списков» (списков ненадежных партнеров), возможным исключением предпринимателей из различного рода торговых ассоциаций, другими рисками подрыва деловой репутации. Все это образует неформальные общественные санкции международного делового сообщества.

В заключение отметим несколько положений.

1. Вопрос о ТКП или о *lex mercatoria* относится к наиболее дискуссионным. По-разному определяется нормативная природа этого права, его составные элементы, источники, механизм применения и реализации; по-разному определяется взаимодействие ТКП с национальным и международным правом. Все эти и другие вопросы требуют еще своего доктринального решения.

2. При всей нерешенности и дискуссионности практически всех составляющих рассматриваемого явления необходимо признать, что ТКП — это *нормативная реальность, играющая существенную роль в международном коммерческом обороте.*

3. Как самостоятельная нормативная система ТКП *взаимодействует* при регулировании международного коммерческого оборота *со всеми другими нормативными системами* и прежде всего с юридической системой, с ее обеими подсистемами: национальным правом и международным (публичным) правом. Только при согласованном применении этих нормативных систем можно обеспечить адекватное постоянно меняющимся реалиям международной торговли регулирование международных контрактных обязательств.

4. Возрастающая роль ТКП *не означает, что оно в состоянии заменить национальное право*, являющееся главным регулятором обязательств, вытекающих из международных коммерческих договоров. Воля сторон, которая является определяющей в создании и действии ТКП, ограничена рамками национального права. Во-первых, отсылка сторон к *lex mercatoria* *юридически действительна, если национальное право допускает такую отсылку.* Во-вторых, отсылка к *lex mercatoria* *не означает полного ухода от национального права.* Продолжают действовать императивные нормы подлежащего применению правопорядка, а значит, и национальное коллизионное право, на основе которого определяется такой правопорядок; применяются публично-правовые нормы тех государств, с которыми данный контракт связан (порядок ввоза и вывоза товаров, таможенное регулирование, режим иностранных инвестиций, защитные меры, применяемые государством в сфере международной торговли и т. д.).

Следовательно, даже если стороны избрали в качестве регулятора своих контрактных обязательств *lex mercatoria*, обычаи международной торговли будут применяться в контексте подлежащего применению национального правопорядка.

12.10. Электронная торговля

Развитие электронных средств связи привело к тому, что все чаще юридически значимые документы, в том числе оферта и акцепт, передаются участниками международных деловых связей через всемирную сеть Интернет. Подобные операции получили название электронной торговли, которая в силу трансграничности сети Интернет объективно становится международной. Отсутствие достаточно разработанного национального законодательства в этой сфере и международно-правового регулирования может порождать правовые препятствия для передачи юридически значимой информации в форме «небумажных носителей» и для признания их юридической действительности.

При осуществлении электронной торговли возникают *три взаимосвязанные проблемы: юридическая действительность документов* в электронной форме; *доступность и сохранность информации*, помещенной в электронных документах; *аутентичность подписи на электронных документах*. Все три проблемы в конечном счете сводятся к одной проблеме — *юридической действительности электронных документов*. По решению Генеральной Ассамблеи ООН с 1984 г. разработкой правовых основ разрешения означенных проблем занимается Комиссия по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ). К настоящему времени Комиссия приняла два акта: Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронной торговле от 10 декабря 1996 г. (далее — Закон 1996 г.) и Типовой закон ЮНСИТРАЛ об электронных подписях от 5 июля 2001 г. (далее — Закон 2001 г.). Оба закона утверждены резолюциями Генеральной Ассамблеи ООН в качестве рекомендаций государствам для принятия соответствующих национальных законов¹.

Хотя Закон 1996 г. и называется «Об электронной торговле», на самом деле он *решает только один аспект* проблемы: *устанавливает правовой режим электронной информации* в сфере торговли (правда, ничто не мешает государствам расширить его сферу действия). Согласно ст. 1 Закона «сфера его применения определяется как любая информация в форме сообщения данных (*data message*), осуществляемая в целях коммерческой деятельности». Под «сообщением данных» понимается информация, созданная, отправленная, полученная или хранимая с помощью электронных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными, электронную почту, телеграмму, телекс, телефакс и другие подобные средства (ст. 2).

Закон устанавливает *несколько условий, при соблюдении которых электронная информация (сообщение данных) является юридически действительной*. Во-первых, формулируется общий принцип юридической

¹ Комиссия продолжает работу в рассматриваемой сфере, разрабатывая проект Конвенции об электронных сделках.

действительности электронных документов, согласно которому информация не может быть лишена юридического значения только лишь на основании того, что она существует в форме сообщения данных (ст. 5). Этот же общий принцип используется и в отношении обязательств лиц, делающих оферту и акцепт посредством электронных документов: оферта и акцепт не могут быть лишены юридической силы лишь на том основании, что они содержатся в форме сообщения данных (ст. 12).

Во-вторых, Закон приравнивает сообщение данных к письменной форме документов, если содержащаяся в нем информация «является доступной для последующего к ней обращения» (ст. 6). Любой стабильный, т. е. сохраняющийся в течение неопределенного периода времени, электронный документ приравнивается к традиционному бумажному носителю. При этом важно отметить, что существующее в государстве правовое регулирование, основанное на таких понятиях, как «письменная форма», «оригинал» и т. п., должно распространяться на информацию в форме электронного документа («сообщения данных»).

Фактор стабильности является также необходимым условием использования сообщения данных в качестве оригинала документа. *Сообщение данных приравнивается к оригиналу документа при соблюдении двух требований*: 1) имеются надежные доказательства неизменности информации с того момента, когда она была впервые подготовлена в виде сообщения данных; 2) при необходимости предъявления информации она может быть продемонстрирована лицу, которому она должна быть предъявлена (ст. 8).

В-третьих, Закон устанавливает несколько правил касательно отправки сообщения данных и получения подтверждения, в частности места и времени отправления и получения: 1) отправление сообщения данных происходит в момент, когда оно поступает в информационную систему, находящуюся вне контроля отправителя, либо в информационную систему адресата; 2) местом отправления сообщения данных считается местонахождение коммерческого предприятия отправителя, а местом получения — местонахождение коммерческого предприятия адресата (ст. 15).

Наконец, *еще одним требованием к электронному документу является условие об электронной подписи и идентификации личности составителя сообщения данных*¹. Электронная подпись является действительной при условии, что использован надежный и соответствующий цели сообщения способ идентификации лица и указания на его согласие с передаваемой информацией (ст. 7)².

¹ Под составителем (*originator*) понимается лицо, которым или от имени которого сообщение данных было отправлено или подготовлено до хранения, за исключением лица, действующего в качестве посредника в отношении этого сообщения данных (п. «с» ст. 2).

² Кроме рассмотренных положений, Типовой закон 1996 г. содержит ряд специальных правил, касающихся обмена информацией между сторонами договора перевозки грузов, в том числе транспортными документами.

Более детально условия юридической действительности подписи содержатся в *Типовом законе об электронных подписях* 2001 г. Так же как и предыдущий, Закон 2001 г. ограничивает сферу его действия использованием электронной подписи¹ в области торговой деятельности, оставляя при этом государствам право расширить его области действия (ст. 1). Так же как и предыдущий, Закон 2001 г. приравнивает по юридической силе электронную подпись к подписи на письменном документе: в тех случаях, когда законодательство требует наличия подписи лица, это требование считается выполненным в отношении сообщения данных, если использована электронная подпись, отвечающая требованиям надежности (п. 1 ст. 6).

Электронная подпись считается надежной, если она удовлетворяет *следующим требованиям* (п. 3 ст. 6):

1) данные для создания электронной подписи исключительно связаны с подписавшим, а не с каким-то другим лицом. Это должно исключить любую неясность относительно личности подписавшего. «Подписавший» означает лицо, которое обладает данными для создания подписи и действует от своего собственного имени или от имени лица, которое он представляет» (п. «d» ст. 2);

2) означенные данные в момент подписания находились под контролем подписавшего, а никакого другого лица. Это правило направлено на исключение возможности подписания электронного документа другим лицом;

3) любое изменение, внесенное в электронную подпись после момента подписания, «поддается обнаружению». Это требование не касается изменений, которые могут быть внесены в сам документ. Оно не означает, что измененная подпись автоматически утрачивает юридическую силу, важно, чтобы «полагающееся лицо» (лицо, которое может действовать на основании сертификата или подписи, — п. «f» ст. 2) имело возможность обнаружить любые изменения в подписи;

4) если по законодательству наличие подписи направлено на гарантирование целостности документа, то любое изменение электронного документа «поддается обнаружению», т. е. контрагент (полагающееся лицо) должен иметь возможность обнаружить подобные изменения.

Кроме юридических условий надежности электронных подписей последние связаны с компьютерными технологиями изготовления подписей. Они устанавливаются внутренним законодательством государств. Для того чтобы разрешить коллизии между национальными технологиями

¹ Под электронной подписью понимаются «данные в электронной форме, которые содержатся в сообщении данных, приложены к нему или логически ассоциируются с ним и которые могут быть использованы для идеи идентификации подписавшего в связи с сообщением данных и указания на то, что подписавший согласен с информацией, содержащейся в сообщении данных» (п. «а» ст. 2 Закона 2001 г.).

осуществления электронных подписей и облегчить признание надежности подписи, сделанной по технологии одного государства, за его пределами, Законом 2001 г. вводится *третий субъект* — «*поставщик сертификационных услуг*», или «*сертификационный провайдер*» (*certification service provider*).

Основная функция провайдера — *подтверждение подлинности электронной подписи*, т. е. ее сертификация с использованием надежных систем, процедур, технологий, что должно способствовать признанию юридической действительности сертификата или подписи за пределами государства, где он выдан или она изготовлена. Одновременно Закон 2001 г. устанавливает общий принцип признания сертификатов и подписей, изготовленных в одном государстве, на территории других государств (ст. 12). Так, сертификат, выданный за пределами принимающего государства, обладает в этом государстве такой же юридической силой, как и собственные сертификаты, если он обеспечивает эквивалентный уровень надежности; электронная подпись, созданная или используемая за пределами принимающего государства, обладает в этом государстве такой же юридической силой, как и подписи, созданные или используемые в этом же государстве, если она обеспечивает эквивалентный уровень надежности.

Кроме сертификации электронной подписи, сертификационный провайдер исполняет некоторые другие услуги, но все они связаны с обеспечением надежности сертификата или подписи. Например, он предоставляет «полагающейся стороне» разумно доступные средства, которые позволяют ей определить: методы, используемые для идентификации подписавшего; действительность данных для создания подписи; реальное наличие контроля подписавшего над данными для создания подписи в момент выдачи сертификата; личность самого сертификационного провайдера и др. (ст. 9).

Таким образом, Типовой закон об электронных подписях направлен на то, чтобы обеспечить действительность электронной подписи и (или) сертификата такой подписи, изготовленной (выданного) в одном государстве с использованием систем, процедур, технологий, предусмотренных законодательством этого государства, за его пределами, в любом принимающем государстве.

В России технология изготовления электронной подписи, направленная на обеспечение ее надежности, предусмотрена в *Федеральном законе об электронной цифровой подписи* от 10 января 2002 г. Основной целью Закона согласно ст. 1 является обеспечение правовых условий использования электронной цифровой подписи (далее — ЭЦП) в электронных документах, при соблюдении которых она признается равнозначной собственноручной подписи в документе на бумажном носителе. Согласно Закону технологическая система, обеспечивающая надежность электронной подписи, включает аппаратные и (или) про-

граммные средства, реализующие хотя бы одну из следующих функций: во-первых, создание ЭЦП в электронном документе с использованием закрытого ключа ЭЦП; во-вторых, подтверждение с использованием открытого ключа ЭЦП подлинности такой подписи; в-третьих, создание закрытых и открытых ключей ЭЦП (ст. 3). Эта система называется «средства ЭЦП». Она состоит из таких элементов:

1) закрытый ключ ЭЦП — уникальная последовательность символов, известная владельцу сертификата ключа подписи и предназначенная для создания в электронных документах ЭЦП;

2) открытый ключ ЭЦП — уникальная последовательность символов, соответствующая закрытому ключу ЭЦП, доступная любому пользователю информационной системы и предназначенная для подтверждения подлинности ЭЦП;

3) сертификат ключа подписи — документ на бумажном носителе или электронный документ с ЭЦП уполномоченного лица удостоверяющего центра, который включает открытый ключ ЭЦП и который выдается удостоверяющим центром для подтверждения подлинности ЭЦП и идентификации владельца сертификата ключа подписи.

Надежность системы средств ЭЦП подтверждается сертификатом средств ЭЦП — документом на бумажном носителе, выданным в соответствии с правилами системы сертификации для подтверждения соответствия средств ЭЦП установленным требованиям.

ЭЦП будет равнозначна собственноручной подписи на бумажном носителе, если она одновременно отвечает трем условиям: сертификат ключа ЭЦП не утратил силу на момент проверки или на момент подписания электронного документа, если он известен; подтверждена подлинность ЭЦП на электронном документе; ЭЦП используется в соответствии со сведениями, указанными в сертификате ключа подписи. Участник информационной системы может иметь любое количество сертификатов ключей ЭЦП.

Для обеспечения функционирования системы средств ЭЦП вводится особый орган — «удостоверяющий центр». Это юридическое лицо, получившее специальную лицензию на данную деятельность. Закон особо подчеркивает, что удостоверяющий центр должен обладать необходимыми материальными и финансовыми возможностями, позволяющими ему нести гражданскую ответственность перед пользователями сертификатов ключей подписей за убытки, которые могут быть понесены ими вследствие недостоверности сведений в сертификатах (п. 1 ст. 8).

В ст. 9 Закона 2002 г. очерчен круг вопросов, решением которых занимается центр:

- изготавливает сертификаты ключей ЭЦП;
- создает ключи ЭЦП с гарантией сохранения тайны закрытого ключа;

- приостанавливает и возобновляет, а также аннулирует действие сертификатов ключей подписей;
- ведет реестр ключей ЭЦП, обеспечивает возможность свободного доступа к нему участников информационных систем;
- проверяет уникальность открытых ключей ЭЦП в реестре сертификатов и архиве центра;
- выдает сертификаты ключей в форме бумажных документов и (или) в форме электронных документов с информацией об их действии;
- подтверждает подлинность ЭЦП в электронном документе и др.

Сертификат ключей подписи изготавливается на основе заявления участника информационной системы, в котором должны содержаться все сведения, необходимые для идентификации владельца сертификата. Заявление подписывается собственноручно. Удостоверяющий центр оформляет два экземпляра сертификата на бумажном носителе, которые заверяются собственноручными подписями владельца сертификата и уполномоченного лица центра и печатью центра. Один экземпляр вручается владельцу сертификата, второй остается в удостоверяющем центре.

Кроме того, Закон предусматривает контроль за деятельностью удостоверяющего центра со стороны федерального органа исполнительной власти: центр обязан передать этому органу сертификат ключа подписи каждого уполномоченного лица центра в форме электронного документа и в форме бумажного документа, собственноручно подписанного уполномоченным лицом, заверенного подписью руководителя и печатью центра; федеральный орган ведет реестр сертификатов подписей уполномоченных лиц; уполномоченные лица могут воспользоваться своими электронными подписями только после включения их в единый государственный реестр.

С позиций международной электронной торговли особое значение имеет положение ст. 18 российского Закона о признании иностранного сертификата ключа подписи. Во-первых, как видно из названия статьи, признавать можно только иностранный сертификат ключа подписи, а не саму электронную полнись. Во-вторых, признание возможно только в отношении сертификата на бумажном носителе (выше было указано, что сертификат выдается как в форме документа на бумажном носителе, так и в форме электронного документа). Согласно названной статье «иностранный сертификат ключа подписи, удостоверенный в соответствии с законодательством иностранного государства, в котором этот сертификат ключа подписи зарегистрирован, признается на территории Российской Федерации в случае выполнения установленных законодательством Российской Федерации процедур признания юридического значения иностранных документов» (курсив наш. — Г. Д.). Например, Арбитражно-процессуальный кодекс РФ признает иностранные доку-

менты только при наличии их легализации или проставлении апостиля, если иное не установлено международным договором. Документы должны сопровождаться надлежащим образом заверенным переводом на русский язык (ст. 255).

Дополнительная литература

Викторова Н. Н. Особенности установления дополнительного срока для исполнения обязательств по договору международной купли-продажи товаров // Журнал международного частного права. 2007. № 1.

Вилкова Н. Г. Договорное право в международном обороте. М., 2002.

Зыкин К. С. Внешнеэкономические операции: право и практика. М., 1994.

Канашевский В. А. Концепция «Lex mercatoria» в международном частном праве // Российский ежегодник международного права. 2007. СПб., 2008.

Канашевский В. А. Внешнеэкономические сделки: материально-правовое и коллизионное регулирование. М., 2008.

Луңц Л. А. Внешнеторговая купля-продажа (коллизионные вопросы). М., 1972.

Малкин О. Внешнеэкономические сделки: проблемы выбора применимого права // Капитал и право. 2004.

Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров. 4-е изд. М., 2002.

Розенберг М. Г. Сфера действия Конвенции ООН о договорах международной купли-продажи товаров и соглашение сторон договора о применимом праве // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1.

Глава 13.

ДЕНЕЖНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА И РАСЧЕТНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Венская конвенция о договорах международной купли-продажи товаров 1980 г.; Женевская конвенция, устанавливающая единообразный закон о переводном и простом векселях, 1930 г.; Женевская конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях, 1930 г.; Конвенция, устанавливающая Единообразный закон о чеках, 1931 г.; Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях 1988 г.; Принципы международных коммерческих договоров УНИДРУА; Унифицированные правила Международной торговой палаты для гарантий по первому требованию 1992 г.; Унифицированные правила по инкассо 1996 г.; Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 2006 г.; Федеральный закон Российской Федерации от 10 декабря 2003 г. «О валютном регулировании и валютном контроле»; Федеральный закон Российской Федерации от 3 февраля 1996 г. «О банках и банковской деятельности»; Федеральный закон Российской Федерации от 11 марта 1997 г. «О простом и переводном векселе»

13.1. Трансграничные денежные обязательства

Денежные обязательства международного характера многообразны: они вплетаются в договорные и внедоговорные имущественные правоотношения, могут иметь как регулятивные, так и охранительные характеристики. Юридическая природа денежных обязательств обусловлена такими экономическими свойствами денег, как способность выступать в качестве всеобщего средства обращения и всеобщего эквивалента стоимости. При осуществлении платежей деньги не являются товаром, а используются «в качестве средства погашения денежного долга, восстановления эквивалентности обмена, компенсации продавцу стоимости переданного им товара»¹. Обязанность уплатить деньги относится

¹ Новоселова Л. А. Проценты по денежным обязательствам. М., 2000. С. 25. О юридической природе денежных обязательств см. также: Луц Л. А. Деньги и денежные обязательства в гражданском праве. М.: Статут, 1999; Лавров Д. Г. Денежные обязательства в российском гражданском праве. СПб., 2001.

к определяющим признакам денежных обязательств, содержанием которых «является право требования кредитора и корреспондирующая ему юридическая обязанность должника совершить уплату или платеж, т. е. действие (или действия) по передаче определенной (определимой) суммы денег (валюты)»¹. Основаниями возникновения денежных обязательств в международной частноправовой сфере являются прежде всего трансграничные коммерческие сделки.

Примерами денежных обязательств с участием иностранных субъектов права могут служить: обязательства иностранных инвесторов по внесению денег в качестве вклада в уставный капитал либо оплате акций российского хозяйственного общества; аналогичные обязательства российских инвесторов в иностранных государствах; обязательства российских банков по предоставлению кредитов иностранным заемщикам, по предоставлению иностранным клиентам финансирования под уступку денежного требования (факторинговое обязательство), по выдаче иностранным клиентам денежной суммы, внесенной во вклад, а также обязательства по переводу денежных требований с банковского счета и их зачислению на банковский счет; обязательства по уплате денежных сумм, составляющих предмет векселя и чека; обязательства из договора поручительства или банковской гарантии. В правовой литературе выделяют также обязательства передачи денег как цены договора. К такого рода денежным обязательствам международного характера следует отнести: обязательства по уплате цены товара по договорам международной купли-продажи; обязательства по уплате процентов; обязательства по единовременной и периодической уплате цены исключительного имущественного права, возникшие из авторского, издательского, лицензионного договора с иностранным элементом; обязательства по периодическим выплатам, вытекающие из международных договоров аренды, финансового лизинга, строительного подряда, на выполнение научно-исследовательских, опытно-конструкторских или технологических работ, перевозки, транспортной экспедиции, хранения, поручения, комиссии, доверительного управления и др.

Обязательства покупателя по уплате цены. Согласно Венской конвенции «обязательство покупателя уплатить цену включает принятие таких мер и соблюдение таких формальностей, которые могут требоваться согласно договору или согласно законам и предписаниям, для того, чтобы сделать возможным осуществление платежа» (ст. 54). Для выполнения своего обязательства покупатель должен предпринять конкретные действия, результатом которых будет получение денег продавцом.

¹ Белов В. А. Денежные обязательства. М., 2001. С. 14.

Это может быть обращение в банк с поручением перевести денежные средства на счет продавца, открытие аккредитива в пользу продавца, предоставление банковской гарантии, получение разрешения (при необходимости) на перевод платежа за границу и другие подобные меры.

Место платежа. В Венской конвенции не уточняется, законы и предписания какого государства должны соблюдаться покупателем для выполнения обязательств по оплате, однако в первую очередь покупатель должен знать и соблюдать законы государства, из которого осуществляются платежи и в котором находится коммерческое предприятие покупателя. В соответствии со ст. 57 Венской конвенции «если покупатель не обязан уплатить цену в каком-либо ином определенном месте, он должен уплатить ее продавцу: а) в месте нахождения коммерческого предприятия продавца; или б) если платеж должен быть произведен против передачи товара или документов — в месте их передачи».

Сроки уплаты покупной цены имеют важное значение во внешнеторговых сделках. Участники сделки конкретизируют эти сроки в контрактах. Если покупатель не обязан уплатить цену в какой-либо конкретный срок, он должен по условиям Венской конвенции (ст. 58) уплатить цену, когда продавец в соответствии с договором передает покупателю либо сам товар, либо товарораспорядительные документы. Продавец может установить дополнительный срок разумной продолжительности для исполнения покупателем денежного обязательства. При неуплате цены в течение дополнительного срока продавец может заявить о расторжении договора (ст. 64).

Продавец может обусловить передачу товара или документов осуществлением такого платежа. Если договор предусматривает перевозку товара, продавец может обусловить передачу товара или документов только против уплаты цены. Наконец, покупатель не обязан уплачивать цену до тех пор, пока у него не появилась возможность осмотреть товар. Покупатель обязан уплатить цену в день, который установлен сторонами или может быть определен.

К охранительным денежным обязательствам международного характера относятся обязательства, вытекающие из причинения вреда, а также из договорных или международных конвенционных условий о возмещении убытков, неустойке, об уплате штрафа, о выплате процентов, компенсации. При неисполнении покупателем обязанности по оплате товара *продавец вправе потребовать возмещения убытков*. Согласно ст. 74 Венской конвенции убытки за нарушение договора международной купли-продажи товаров одной из сторон составляют сумму, равную тому ущербу, включая упущенную выгоду, который понесен другой стороной вследствие нарушения договора. Такие убытки не могут превышать ущерба, который нарушившая договор сторона предвидела или должна была предвидеть в момент заключения договора как возможное последствие его нарушения. При расторжении догово-

ра и покупке покупателем товара взамен или перепродаже продавцом товара сторона, требующая возмещения убытков, может взыскать разницу между договорной ценой и ценой по совершенной взамен сделке, а также дополнительные убытки.

Согласно ст. 78 Венской конвенции, если сторона договора допустила просрочку в уплате цены или иной суммы, другая сторона имеет *право на проценты с просроченной суммы* без ущерба для любого требования о возмещении убытков. Процент может быть начислен в связи с неправомерным использованием либо несвоевременным возвратом денежных средств в ситуации непоставки товара после уплаченного аванса или после расторжения договора, когда сторона, осуществившая платеж, вправе потребовать возврата денежных средств. При этом Конвенция не решает вопроса о ставке процентов годовых по просроченным денежным обязательствам.

Согласно п. 2 ст. 7 Венской конвенции вопросы, относящиеся к предмету ее регулирования, которые прямо в ней не разрешены и не могут быть разрешены в соответствии с ее общими принципами, подлежат разрешению в соответствии с правом, применимым в силу норм международного частного права. Такой подход применяется в судебной практике при определении ставки процентов годовых при просрочке уплаты цены или иной суммы.

Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ при рассмотрении иска российской организации (продавца) к китайской компании (покупателю) удовлетворил требование истца об уплате задолженности за поставленный товар на основании Венской конвенции, а требование об уплате процентов за период просрочки платежа удовлетворил с учетом п. 1 § 55 ОУП СССР — Китай 1990 г., который предусматривает уплату процентов в размере 6% годовых от суммы просроченного платежа (решение от 24 января 2005 г. по делу № 66/2004)¹. В решении от 12 января 1998 г. (в рамках дела № 152/196) МКАС удовлетворил требование истца об уплате процентов годовых с основного долга, применив субсидиарно со ст. 78 Венской конвенции нормы германского права (право страны продавца по контракту) и определив, что размер процентов в соответствии с п. 1 § 352 Германского торгового уложения составляет 5% в год².

Следует отметить, что иски о взыскании процентов годовых с учетом норм того или иного национального права должны

¹ Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / сост. М. Г. Розенберг. М., 2006. С. 39–44.

² Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. / сост. М. Г. Розенберг. М., 1999. С. 18–20.

быть надлежащим образом обоснованы по размеру соответствующим расчетом и этому расчету должно быть дано необходимое правовое обоснование.

МКАС в решении от 27 декабря 2005 г. по делу № 41 /2005¹ не удовлетворил требование истца (российской организации — продавца) о взыскании с ответчика (швейцарской фирмы — покупателя) процентов годовых на основании ст. 78 Венской конвенции и ст. 395 ГК РФ, поскольку истец, предъявив это требование в соответствии с контрактом в долларах США, не представил надлежащих доказательств размера ставки процентов. Как отметил суд, «составленный истцом расчет на основании ставки, установленной Банком России для расчетов в рублях (ставки рефинансирования), не может быть использован при расчетах в иностранной валюте, что констатировано Пленумом ВС РФ и ВАС РФ». Согласно совместному постановлению Пленума Верховного Суда РФ и Пленума Высшего Арбитражного Суда РФ от 1 июля 1996 г. № 6/8², в случаях когда денежное обязательство выражено в иностранной валюте и отсутствует официальная учетная ставка банковского процента по валютным кредитам на день исполнения денежного обязательства в местонахождении кредитора, размер процентов определяется на основании публикаций в официальных источниках информации о средних ставках банковского процента по краткосрочным валютным кредитам, предоставляемым в местонахождении кредитора. Если такие публикации отсутствуют, размер подлежащих взысканию процентов устанавливается на основании справки одного из ведущих банков в местонахождении кредитора, подтверждающей применяемую им ставку по краткосрочным валютным кредитам. В вышеуказанном решении от 27 декабря 2005 г. МКАС отметил, что считает возможным учитывать приведенные положения в случае применения к отношениям сторон российского права.

13.2. Регулирование валютных операций

Особенностью международных платежей является отсутствие единого и обязательного для всех стран платежного средства, что обуславливает *обращение к средствам платежа как в национальной, так и в иностранной валюте.*

Согласно Принципам УНИДРУА (ст. 6.1.9), если денежное обязательство выражено в иной валюте, чем валюта места платежа, оно может быть исполнено должником в валюте места платежа, кроме случаев, ког-

¹ Практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 2005 г. / сост. М. Г. Розенберг. М.: Статут, 2006. С. 362–365.

² Вестник Высшего Арбитражного Суда РФ. 1996. № 9.

да: а) эта валюта не является свободно конвертируемой или б) стороны договорились, что платеж должен быть осуществлен в валюте, в которой выражено денежное обязательство. Если для должника невозможно исполнить денежное обязательство в валюте, в которой выражено денежное обязательство, кредитор может потребовать осуществить платеж в валюте места платежа. Платеж в валюте места платежа должен быть совершен в соответствии с применимым курсом обмена валюты, преобладающим в этом месте при наступлении срока платежа. При этом, если должник не совершил платеж в установленный срок, кредитор может потребовать совершить платеж в соответствии с применимым курсом обмена валюты, преобладающим либо в момент наступления срока платежа, либо в момент фактического платежа. Если денежное обязательство не выражено в какой-либо конкретной валюте, платеж должен быть совершен в валюте места, где должен быть совершен платеж.

Несмотря на то, что денежное обязательство может быть выражено в иностранной валюте, в отечественной доктрине и правовой практике не сформировалась коллизийная привязка к закону валюты платежа (*lex monetae*). В международном торговом обороте *не используется «валютная привязка»*, и употребление иностранной валюты для определения суммы долга само по себе не создает предпосылок для отсылки к иностранному праву.

После вступления Российской Федерации в Международный валютный фонд на нее также распространяются международные правила валютно-финансовых и платежных процедур. В валютном регулировании в России в разные периоды применялись такие меры, как обязательная продажа экспортерами на внутреннем валютном рынке части валютной выручки, регулирование сроков платежей по экспорту и импорту, валютный контроль (посредством оформления паспортов экспортных и импортных сделок) за авансовыми платежами по импорту и платежами в рассрочку по экспорту. *В денежных обязательствах международного характера иностранная валюта используется в качестве средства платежа.* В так называемых *валютных сделках* — приобретение иностранной валюты по заранее согласованной сторонами цене (валютные фьючерсы и форварды), валютно-обменные операции — *валюта исполняет не денежную, а товарную функцию.*

Согласно Конституции РФ денежной единицей и законным платежным средством на территории Российской Федерации является рубль (ст. 75). Использование иностранной валюты, а также платежных документов в иностранной валюте при осуществлении расчетов на территории Российской Федерации по обязательствам допускается лишь в случаях, в порядке и на условиях, определенных федеральным законом или в установленном им порядке (ст. 317 ГК РФ).

С 18 июня 2004 г. вступил в силу Федеральный закон от 10 декабря 2003 г. № 173-ФЗ «О валютном регулировании и валютном контроле»

(далее — Закон о валютном регулировании), который устанавливает правовые основы и принципы валютного регулирования и валютного контроля в Российской Федерации, полномочия органов и агентов валютного контроля, определяет права и обязанности резидентов и нерезидентов в отношении владения, пользования и распоряжения валютными ценностями, права и обязанности нерезидентов в отношении операций с валютой РФ и внутренними ценными бумагами. *Понятие «иностранная валюта» включает в себя:* а) денежные знаки в виде банкнот, казначейских билетов, монеты, находящиеся в обращении и являющиеся законным средством наличного платежа на территории соответствующего иностранного государства (группы иностранных государств); б) средства на банковских счетах и в банковских вкладах в денежных единицах иностранных государств и международных денежных или расчетных единицах.

К валютным операциям Законом отнесены: а) приобретение резидентом у резидента и отчуждение резидентом в пользу резидента валютных ценностей на законных основаниях, а также использование валютных ценностей в качестве средства платежа; б) приобретение резидентом у нерезидента либо нерезидентом у резидента и отчуждение резидентом в пользу нерезидента либо нерезидентом в пользу резидента валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг на законных основаниях, а также использование валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг в качестве средства платежа; в) приобретение нерезидентом у нерезидента и отчуждение нерезидентом в пользу нерезидента валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг на законных основаниях, а также использование валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг в качестве средства платежа; г) ввоз на таможенную территорию Российской Федерации и вывоз с таможенной территории Российской Федерации валютных ценностей, валюты Российской Федерации и внутренних ценных бумаг; д) перевод иностранной валюты, валюты Российской Федерации, внутренних и внешних ценных бумаг со счета, открытого за пределами территории Российской Федерации, на счет того же лица, открытый на территории Российской Федерации, и со счета, открытого на территории Российской Федерации, на счет того же лица, открытый за пределами территории Российской Федерации; е) перевод нерезидентом валюты Российской Федерации, внутренних и внешних ценных бумаг со счета (с раздела счета), открытого на территории Российской Федерации, на счет (раздел счета) того же лица, открытый на территории Российской Федерации.

Субъекты валютных операций подразделяются на *резидентов и нерезидентов*. *К резидентам отнесены:* физические лица, являющиеся гражданами Российской Федерации (за исключением граждан Российской

Федерации, признаваемых постоянно проживающими в иностранном государстве в соответствии с законодательством этого государства); постоянно проживающие в Российской Федерации на основании вида на жительство иностранные граждане и лица без гражданства; юридические лица, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации; находящиеся за пределами территории Российской Федерации филиалы, представительства и иные подразделения российских юридических лиц. Кроме этого, к резидентам отнесены публично-правовые образования — Российская Федерация, субъекты Российской Федерации, муниципальные образования, дипломатические представительства, консульские учреждения Российской Федерации и иные официальные представительства Российской Федерации, находящиеся за пределами территории Российской Федерации, а также постоянные представительства Российской Федерации при межгосударственных или межправительственных организациях.

К нерезидентам Законом отнесены: а) физические лица, не являющиеся резидентами; б) юридические лица, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств и имеющие местонахождение за пределами территории Российской Федерации; в) организации, не являющиеся юридическими лицами, созданные в соответствии с законодательством иностранных государств и имеющие местонахождение за пределами территории Российской Федерации; г) аккредитованные в Российской Федерации дипломатические представительства, консульские учреждения иностранных государств и постоянные представительства указанных государств при межгосударственных или межправительственных организациях; д) межгосударственные и межправительственные организации, их филиалы и постоянные представительства в Российской Федерации; е) находящиеся на территории Российской Федерации филиалы, постоянные представительства и другие обособленные или самостоятельные структурные подразделения нерезидентов, указанных в пп. «б» и «в»; ж) иные лица, не являющиеся резидентами.

Резиденты могут иметь счета в иностранной валюте в уполномоченных банках Российской Федерации и зарубежных банках. Порядок открытия и ведения уполномоченными банками счетов нерезидентов устанавливает Центральный банк РФ. От имени юридического лица — нерезидента договор банковского счета с уполномоченным банком заключается руководителем филиала (представительства) юридического лица — нерезидента, действующим на основании доверенности от нерезидента.

В связи с исполнением денежных обязательств по внешнеэкономическим сделкам возникают расчетные правоотношения международного характера. *В круг субъектов международного расчетного отношения наряду с контрагентами по договорам включаются и банки разных государств.*

Международные безналичные расчеты — функция уполномоченных банков. К *уполномоченным банкам* в Российской Федерации согласно Закону о валютном регулировании относятся кредитные организации, созданные в соответствии с законодательством Российской Федерации и имеющие право на основании лицензий Центрального банка РФ осуществлять банковские операции со средствами в иностранной валюте, а также действующие на территории Российской Федерации в соответствии с лицензиями Центрального банка РФ филиалы кредитных организаций, созданных в соответствии с законодательством иностранных государств, имеющие право осуществлять банковские операции со средствами в иностранной валюте.

Органы валютного контроля (Банк России и Правительство РФ) для реализации своих функций уполномочены издавать в пределах своей компетенции акты, обязательные для резидентов и нерезидентов. Если указанными органами порядок осуществления валютных операций, порядок использования счетов не установлены, то валютные операции осуществляются, счета открываются и операции по счетам проводятся без ограничений.

Валютные операции между резидентами и нерезидентами согласно ст. 6 Закона о валютном регулировании осуществляются без ограничений, за исключением операций по купле-продаже иностранной валюты и чеков (в том числе дорожных чеков), номинальная стоимость которых указана в иностранной валюте, поскольку указанные операции производятся в Российской Федерации только через уполномоченные банки.

Нерезиденты вправе без ограничений осуществлять между собой: а) переводы иностранной валюты со счетов (вкладов) в банках за пределами территории Российской Федерации на банковские счета (в банковские вклады) в уполномоченных банках или с банковских счетов (банковских вкладов) в уполномоченных банках на счета (во вклады) в банках за пределами территории Российской Федерации или в уполномоченных банках; б) валютные операции с внутренними ценными бумагами на территории Российской Федерации в порядке, установленном Банком России, который может предусматривать требование об использовании специального счета при совершении указанных валютных операций. *Валютные операции между нерезидентами на российской территории в российской валюте* осуществляются через банковские счета (банковские вклады), открытые на территории Российской Федерации.

13.3. Трансграничные расчетные правоотношения

Международные денежные обязательства по коммерческим сделкам исполняются путем осуществления международных (трансграничных) расчетов и платежей. В процессе исполнения этих денежных обязательств путем безналичных расчетов возникают *международные (транс-*

граничные) расчетные правоотношения. Несмотря на такую взаимосвязь, расчетные отношения носят автономный характер по отношению к денежным обязательствам. Поскольку международные безналичные расчеты осуществляются при участии коммерческих банков, они подчинены особым банковским правилам. Эти правила регулируют взаимоотношения клиентов с банками, а также определяют режим банковских счетов и порядок осуществления расчетов в зависимости от их формы. Под *формами международных безналичных расчетов* понимаются предусмотренные законом, банковскими правилами и обычаями международного делового оборота способы документального оформления и подтверждения волеизъявления владельца банковского счета или (в установленных законом случаях) третьего лица на перечисление денежных сумм, числящихся на банковском счете.

Правоотношения по международным безналичным расчетам носят многосторонний характер и включают в себя как отношения банк — клиент, так и *международные корреспондентские банковские отношения.* Международное банковское сотрудничество основано на установлении между банками различных государств специальных договоренностей об установлении корреспондентских связей, о порядке и условиях проведения международных расчетных и платежных операций. Корреспондентские отношения оформляются межбанковскими частноправовыми договорами.

Развитие международных корреспондентских банковских отношений является необходимостью для банков, осуществляющих валютные операции, в силу того что именно сеть корреспондентских счетов, поддерживаемых банками из различных государств, обеспечивает функционирование *международной системы платежей.*

Коммерческие банки из различных стран становятся корреспондентами друг друга для того, чтобы получить доступ к локальным иностранным рынкам, как к крупным и развитым, так и к малым и новым, а также к иностранным валютам. Целью получения такого доступа является необходимость производить расчеты по международным коммерческим операциям клиентов, а также осуществление взаимодействия с иностранным банком, который может предоставлять различные услуги своему банку-корреспонденту. *Развитие таких отношений связано с потребностями в обслуживании экспортно-импортных операций клиентов банка.*

Выбор иностранного банка-корреспондента определяется рядом факторов, в том числе: характером и географией внешнеэкономических сделок клиентов, видом иностранной валюты, в которой осуществляются платежи и расчеты, содержанием и условиями предоставления банковских услуг. *При установлении корреспондентских отношений с иностранным банком (открытии корреспондентского счета)* принимаются во внимание следующие факторы: структура банковской системы

страны, с финансовым институтом которой планируется установление корреспондентских отношений; законодательство, регулирующее деятельность банков (как иностранное, так и российское); информация об иностранных платежных системах; стоимостные условия открытия и проведения операций по корреспондентскому счету.

Устанавливать корреспондентские отношения с иностранными банками имеют право российские банки, имеющие лицензию на осуществление банковских операций со средствами в иностранной валюте (уполномоченные банки). Указанная лицензия позволяет устанавливать корреспондентские отношения с банками-нерезидентами без специальных разрешений Банка России. В соответствии с требованием ст. 28 Закона о банках и банковской деятельности¹ уполномоченные банки уведомляют Банк России о вновь открытых корреспондентских счетах «ностро» в банках-нерезидентах и счетах «лоро», открытых банкам-нерезидентам. Иностранные банки также вправе открывать корреспондентские счета в российских банках, причем как в иностранной валюте, так и в российских рублях. Условия установления российскими банками международных корреспондентских связей регулируются Банком России, который своими нормативными актами может вводить в действие нормы, закрепленные в локальных (корпоративных) актах самих коммуникационных и расчетных систем.

В настоящее время значительная часть международных банковских операций осуществляется по системе *SWIFT* (*Society for Worldwide Interbank Financial Telecommunications*; далее — система СВИФТ), которая представляет собой международную межбанковскую организацию по финансовым расчетам по телекоммуникационным сетям. Скорость прохождения банковских переводов в системе СВИФТ по сравнению с обычными телеграфными намного выше, поскольку используются специальное оборудование и цифровой формат банковских сообщений. Каждая страна — член СВИФТ имеет свой национальный узловой пункт (концентратор сообщений), который связан телефонными линиями с одним из распределительных центров и вместе с линиями является собственностью СВИФТ. Банки — члены сообщества подключаются к концентраторам по местным линиям связи своей страны.

Система СВИФТ дает возможность осуществлять следующие виды телеграфных переводов: телеграфные переводы клиентов; банковские телеграфные переводы; извещения о получении переводов; обмен иностранной валюты; долгосрочные займы и вклады; запросы и извещения о займах и вкладах; платежи процентов; подтверждение дебета; выписки со счета. Для каждого вида сообщения разработан свой специальный

¹ Федеральный закон о банках и банковской деятельности от 3 февраля 1996 г. // СЗ РФ. 1996. № 6. Ст. 492.

формат, в котором указывается количество обязательных или произвольных реквизитов в сообщении. К середине 2007 г. пользователями сети СВИФТ являлись почти 8000 крупнейших кредитных и финансовых организаций, центральные и национальные банки, ведущие промышленные компании из 208 стран.

Процедуры автоматической обработки платежных поручений, поступающих по СВИФТ, внедрены в настоящее время практически во всех банках, предоставляющих расчетные услуги банкам-корреспондентам. *Основная задача таких процедур* — определить в автоматическом режиме действие, которое необходимо произвести над полученным платежным поручением, и сформировать соответствующее исходящее платежное поручение.

Формирование платежных поручений — это построение цепочки перевода, начинающееся с банка бенефициара и завершающееся либо банком, в который направляется платежное поручение, либо банком, расположенным в стране происхождения валюты платежа; при этом банки, вовлеченные в цепочку, должны быть связаны друг с другом корреспондентскими счетами в валюте платежа.

Для предоставления банкам России, их корреспондентам и контрагентам возможности осуществления операций в российских рублях с использованием сети СВИФТ, но с соблюдением обязательных требований Центрального банка РФ по проведению платежей и расчетов РОССВИФТом разработаны стандарты SWIFT-RUR (правила формирования сообщений SWIFT при операциях с российскими рублями), которые позволяют производить однозначное кодирование и декодирование символов русского алфавита в тексте сообщений SWIFT. Согласно рекомендациям РОССВИФТа порядок применения стандартов SWIFT- RUR определяется специальными дополнительными соглашениями к договорам о расчетном обслуживании, которые заключаются между банками в рамках установления корреспондентских отношений.

Основные субъекты международных расчетных отношений — участники внешнеторговых сделок, а также обслуживающие их банки. Содержание расчетного правоотношения составляют права и обязанности субъектов в связи с осуществлением платежей согласно валютно-финансовым условиям внешнеэкономических сделок, а также с движением товарно-распорядительных документов и операционным оформлением денежного оборота. *Международные расчеты находятся в зависимости от конкретных условий коммерческих сделок* по таким вопросам, как цена товара, валюта цены, валюта платежа, условия платежа, формы расчетов. Выбирая ту или иную форму безналичных расчетов, субъекты расчетных отношений выбирают предусмотренные

законом, банковскими правилами и обычаями делового оборота способы документального оформления и подтверждения волеизъявления владельца банковского счета на перечисление денежных сумм, числящихся на банковском счете.

Обязанность платежа связана с обязанностью должника исполнить свое обязательство перед кредитором за поставленный товар, выполненные работы, оказанные услуги. При этом *обязательства по осуществлению расчетов являются самостоятельными обязательствами*, отличающимися от обязательств, в исполнение которых производится платеж. В случае проведения через конкретный банк расчетов по поставке товара банк не связан условиями договора купли-продажи товаров, а также с указанной в договоре формой расчетов. Банк осуществляет расчет, к примеру, в форме аккредитива на основании поручения и соответствующих инструкций клиента. В отличие от обязательств по международной купле-продаже товаров обязательства банков, возникающие при осуществлении международных платежей, регулируются в основном не многосторонними международными договорами, а национальным банковским правом либо международными правилами, имеющими характер международных обычаев.

Некоторые виды международных расчетных правоотношений регулируются международно-правовыми актами и правилами. Среди них следует выделить такие, как: Конвенция ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях 1988 г., Женевская конвенция о единообразном законе о переводном и простом векселе 1930 г., Женевская конвенция, разрешающая коллизии законов о переводных и простых векселях, 1930 г., Женевская конвенция о единообразном законе о чеках 1931 г., Женевская конвенция о гербовом сборе в отношении переводных и простых векселей 1930 г., Брюссельская конвенция об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. (в ред. 1968 г.), Конвенция о международном финансовом лизинге 1988 г., Конвенция о международном финансовом факторинге 1990 г. Необходимо отметить особую роль унифицированных международных правил и обычаев, публикуемых, в частности, Международной торговой палатой: Унифицированные правила и обычаи для документарных аккредитивов 2006 г. (Публикация № 600), Унифицированные правила для инкассо 1996 г. (Публикация № 522), Унифицированные правила для контрактных гарантий 1978 г. (Публикация № 325), Унифицированные правила для гарантий по требованию 1992 г. (Публикация № 458), Унифицированные правила для межбанковского рамбурсирования документарным аккредитивам 1996 г. (Публикация № 525).

В 1992 г. на 25-й сессии Комиссии ООН по праву международной торговли был принят Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международных

кредитовых переводах, который носит характер рекомендаций участникам международных расчетов по совершению международных переводов.

В практике международных расчетов, в том числе и с участием российских организаций, получили распространение так называемые *документарные операции (аккредитив, инкассо) и недокументарные операции (открытый счет)*. В зависимости от сроков платежа различают такие разновидности условий платежа, как *немедленный платеж* и *платеж с рассрочкой*, а также *авансовый платеж*. Под *немедленным платежом* понимается оплата товара после его отгрузки поставщиком и против передачи в распоряжение покупателя документов, подтверждающих отгрузку товара согласно условиям контракта. Обычно импортеру и его банку предоставляется 3–5 льготных дней для ознакомления с товарораспорядительными документами и осуществления платежа, если иные условия не оговорены в контракте и платежных инструкциях экспортера. *Рассрочка платежа* практически сводится к предоставлению экспортером коммерческого кредита импортеру. При реализации указанных форм расчетов применяются также *банковские гарантии* и такие платежные инструменты, как *переводные векселя (тратты) и чеки*.

13.3.1. Расчеты в форме аванса и платежа по открытому счету

При расчетах в форме аванса импортер осуществляет полный или частичный платеж до отгрузки товара в счет исполнения обязательств по контракту. Очевидно, что данная форма расчетов наибольшей степени выгодна экспортеру. Для него минимизируются риски неплатежа за отгруженный товар и создается определенное обеспечение обязательств импортера: в случае отказа принять товар экспортер имеет право обратителю полученный им аванс на возмещение убытков. Для импортера же данная форма расчетов сопряжена с существенными рисками, в первую очередь с неисполнением либо ненадлежащим исполнением обязательств экспортером. В связи с этим авансовая форма расчетов должна сопровождаться банковскими гарантиями возврата авансового платежа или надлежащего исполнения контракта.

Согласие импортера на условия авансового платежа может быть связано с его заинтересованностью в поставке товара либо с давлением экспортера. В международной практике получили распространение авансовые платежи, которые уплачиваются в течение определенного в контракте срока. Стороны также должны оговорить, через какое время после выплаты аванса будет осуществлена поставка товара. Соглашаясь на выплату аванса, импортер вправе выторговывать определенное снижение цены товара. Погашается аванс обычно при поставке товара путем зачета.

Сущность расчетов по открытому счету состоит в периодических платежах импортера экспортеру после получения товара. Сумма текущей задолженности учитывается в книгах торговых партнеров. Порядок расчетов по погашению задолженности по открытому счету определяется соглашением сторон. Обычно предусматриваются периодические платежи в установленные сроки (после завершения поставок или перепродажи товара импортером в середине или конце месяца). После выверки расчетов окончательное погашение задолженности по открытому счету производится через банки, как правило, с использованием банковского перевода или чека.

Особенностью расчетов по открытому счету является то, что товарораспорядительные документы поступают непосредственно к импортеру и экспортер должен контролировать своевременность платежей. Другой характерной особенностью данной формы расчетов является то, что движение товаров опережает движение денег. Поэтому ее относят к наиболее рискованным для экспортера формам международных расчетов. После передачи товарораспорядительных документов и соответственно всех прав на товар импортеру наступает период ожидания платежа. Риск неоплаты импортером при использовании открытого счета аналогичен риску непоставки или недопоставки товара экспортером при авансовых платежах. Открытый счет используется при расчетах между фирмами, связанными устойчивыми и надежными торговыми отношениями, либо в случаях, когда импортер обладает солидной деловой репутацией. К преимуществам данной формы расчетов следует отнести простоту исполнения и экономию на банковских расходах. Вместе с тем, как и в случаях с документарным инкассо или авансовым платежом, здесь могут возникнуть дополнительные расходы, связанные с оформлением банковской гарантии.

Распространенной формой международных расчетов является *банковский перевод (используется также термин «международный кредитовый перевод»)*. Расчеты осуществляются согласно условиям договора банка с клиентом, по которому банк перевододателя производит от имени и за счет перевододателя перевод денежных средств в иностранный банк в пользу лица, указанного в поручении (бенефициара). При данной форме расчетов бенефициар не приобретает права требовать от банка перевододателя совершения платежа. Согласно Типовому закону ЮНСИТРАЛ о международных кредитовых переводах участниками расчетных отношений являются: перевододатель — лицо, выдающее первое платежное поручение (как правило, покупатель товара, заказчик работы по контракту), банк перевододателя, бенефициар — лицо, указанное в платежном поручении в качестве получателя средств (как правило, продавец товара, подрядчик или исполнитель работ), банк бенефициара, отправитель — лицо, которое выдает платежное поручение, банк получателя. Исполнение платежного поручения произ-

водится путем списания банком перевододателя денежных средств со счета перевододателя и перевода указанных средств банку бенефициара (через международные корреспондентские счета банков), который зачисляет переведенные средства на счет бенефициара.

Оформление международного банковского перевода начинается с заполнения стандартной банковской формы (заявления на перевод) и ее подписания уполномоченными лицами перевододателя. С момента акцепта поручения (проставления отметки, подписи операционного сотрудника банка) поручение считается принятым банком перевододателя. Условием принятия поручения к исполнению является наличие достаточных для исполнения средств на счете перевододателя. Вместе с тем стороны могут договориться о различных вариантах кредитования счета (овердрафт, контокоррентный счет).

Поручение о переводе считается принятым банком бенефициара после акцепта последним данного поручения в соответствии с условиями межбанковских корреспондентских отношений. В частности, таким условием может быть направление банком бенефициара уведомления об акцепте полученного поручения. При наличии оснований для отказа в акцепте банк бенефициара также направляет банку перевододателя соответствующее уведомление. Уведомление об отказе в акцепте должно быть отправлено не позднее следующего рабочего дня после истечения срока исполнения платежного поручения.

Международный перевод считается завершенным согласно ст. 19 Типового закона после акцепта поручения банком бенефициара в интересах бенефициара. Если денежные средства не «дойдут» до бенефициара после такого акцепта, то убытки ложатся на бенефициара. Соответственно в период до акцепта банковские риски лежат на перевододателе (плательщике). Следует также заметить, что до момента фактического исполнения банком перевододателя поручения о переводе платежное поручение может быть изменено или отозвано приказодателем (при условии своевременного извещения банка о таком изменении или отзыве).

13.3.2. Международные расчеты в форме документарного аккредитива

При аккредитивной форме международных расчетов роль непосредственного плательщика принимает на себя уполномоченный банк, что создает для экспортера дополнительные гарантии получения платежа по контракту. В расчетах по документарному аккредитиву участвуют: импортер (приказодатель), который обращается к банку с просьбой об открытии аккредитива; банк-эмитент, открывающий аккредитив; авирующий банк, которому поручается известить экспортера об открытии в его пользу аккредитива, передать ему условия аккредитива и выпла-

тить денежные средства бенефициару; *бенефициар-экспортер*, в пользу которого открыт аккредитив.

Документарный аккредитив совместил такие интересы экспортера и импортера товара, как своевременное и гарантированное получение валютного платежа экспортером и отсрочка оплаты товара импортером до завершения отгрузки товара и предоставления импортеру товарораспорядительных документов.

В международных торговых расчетах применяются единые стандартизированные процедуры и правила документарных аккредитивов. В соответствии с Унифицированными правилами и обычаями для документарных аккредитивов (Публикация Международной торговой палаты 2006 г. № USP-600; далее — УПДА) термин «*документарный аккредитив*» означает соглашение между банком и клиентом, в силу которого банк-эмитент, действующий по поручению и на основании инструкций своего клиента-импортера (приказодателя аккредитива) или от своего имени, обязуется произвести платеж бенефициару или его приказу. Под обязательством платежа понимается также обязательство банка акцептовать и затем оплатить переводные векселя (тратты), выставляемые бенефициаром. Причем платеж производится при выполнении бенефициаром условий, отраженных в аккредитиве.

Принцип независимости аккредитива от основной сделки. Обязательство банка по аккредитиву является самостоятельным и не зависит от правоотношений сторон по внешнеэкономической сделке. Этот принцип направлен на защиту интересов банков и их клиентов. Оно обеспечивает экспортеру ограничение требований к оформлению документов и получению платежа только условиями аккредитива, а импортеру — четкое выполнение экспортером всех условий аккредитива.

Согласно ст. 3 УПДА «аккредитив по своей природе представляет собой сделку, обособленную от договора купли-продажи или иного договора (контракта), на котором он может быть основан, и банки ни в коей мере не могут быть затронуты или связаны такими контрактами, даже если какие-либо ссылки на такие контракты включены в текст аккредитива».

Еще один существенный принцип, действующий при аккредитивной форме расчетов, — это *принцип документарности*. Он заключается в том, что при проведении операций по аккредитиву *банки имеют дело только с документами, а не с товарами, услугами или другими действиями*, к которым эти документы могут иметь отношение.

Инструкции по выставлению аккредитива и сам аккредитив должны быть полными и точными. Они должны безошибочно указывать документы, против которых должен быть произведен платеж. Этому соответствует *принцип строгого соответствия*, который означает, что банк осуществляет платеж только против тех документов, которые полностью соответствуют аккредитиву. Кроме того, указанная в ак-

кредитиве дата истечения срока для представления в банк документов и предельный срок отгрузки должны соблюдаться (*принцип строгого соблюдения сроков*).

Схема аккредитивной формы расчетов по внешнеторговому контракту сводится к следующему. Стороны контракта формулируют в нем условия оплаты в форме аккредитива. Импортер в согласованные с экспортером сроки дает своему банку поручение об открытии аккредитива. Об открытии аккредитива импортер извещается особым письмом обслуживающего его банка. Данное письмо означает, что банк принимает на себя обязательство перед импортером (приказодателем) обеспечить исполнение аккредитива. Банк-эмитент, открывший аккредитив, направляет соответствующее письмо (авизо) банку бенефициара (либо другому банку-посреднику), назначая его своим авизиующим банком и поручая ему передать соответствующее извещение бенефициару. Назначение авизо состоит, в частности, в наделении исполняющего банка полномочиями уплатить сумму аккредитива бенефициару и сообщении условий, согласно которым исполняющий (авизиующий) банк вправе реализовать данные полномочия. В свою очередь, исполняющий банк направляет авизо бенефициару, извещая его: об открытии в его пользу аккредитива, о способе исполнения аккредитива, об условиях, на которых исполняющий (авизиующий) банк уполномочен банком-эмитентом произвести исполнение аккредитива.

После получения авизо об открытом в его пользу аккредитиве экспортер приобретает статус бенефициара и право требовать исполнения аккредитива на согласованных ранее с приказодателем и отраженных в аккредитиве условиях. Экспортер производит отгрузку товара (выполняет работы, услуги) и оформляет необходимые для получения платежа документы. Затем он представляет товарораспорядительные и другие указанные в аккредитиве документы в исполняющий банк. Последний проверяет документы на предмет их соответствия условиям аккредитива, производит платеж на счет бенефициара (экспортера), пересылает документы и требование о возмещении платежа банку-эмитенту. После проверки правильности оформления документов банк-эмитент возмещает исполняющему банку сумму валютного платежа (если это не было сделано ранее) и передает приказодателю (импортеру) полученные документы, которые дают право получить внешнеторговый груз.

Нарушение условий аккредитива бенефициаром лишает его права обратиться к банку с требованием об уплате ему стоимости поставленного товара.

Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ при рассмотрении иска бенефициара, представившего документы в банк с нарушением сроков, отклонил ходатайство о привлечении в качестве соответчика Внешэкономбанка СССР (дело №

261/1993). Исковая сумма была взыскана с ответчика, которым был получен товар по контракту¹. Необоснованное неисполнение банком его твердого обязательства об оплате товара с аккредитива, открытого им в пользу бенефициара, служит основанием для взыскания с банка в пользу бенефициара суммы аккредитива. Такой вывод следует из решения МКАС от 22 февраля 1995 г. (дело № 104/1994)². Согласно материалам дела экспортер-бенефициар (чехословацкая организация) предъявила иск к импортеру (российской организации) и банку-эмитенту в связи с тем, что поставленный истцом товар не был оплачен с безотзывного аккредитива, открытого в его пользу банком-эмитентом по поручению ответчика. Платежи за поставленные истцом товары должны были осуществляться по контракту в долларах США с безотзывного аккредитива, открытого по поручению импортера в пользу экспортера. Поэтому импортер дал поручение российскому банку открыть такой аккредитив в Чехословацком торговом банке в пользу истца. Сумма аккредитива была списана банком со счета импортера, что подтверждалось мемориальным ордером банка. Однако, несмотря на предъявленные истцом документы по раскрытию аккредитива, никаких средств за поставленную продукцию перечислено не было. Сумма аккредитива не была возвращена и импортеру (ответчику), находилась на счете банка и представляла собой задолженность банка перед истцом на основании открытого банком безотзывного аккредитива. Поскольку банк открыл в пользу истца безотзывный аккредитив на полную стоимость товара, он в силу действовавшей в тот период редакции УПДА 1983 г. (ст. 10) принял перед истцом твердое обязательство оплатить товар при условии своевременного представления истцом документов, предусмотренных в аккредитиве, и соблюдения условий аккредитива.

В случае отказа в принятии документов банк-эмитент должен об этом сообщить без задержки (УПДА, ст. 16, п. «d»). Как следует из материалов указанного судебного дела, банк такого извещения без задержки не дал и тем самым безоговорочно признал соответствие документов требованиям аккредитива и свое твердое обязательство произвести оплату с аккредитива. Аккредитив и контракт купли-продажи, на основании которого открыт аккредитив, представляют собой самостоятельные сделки, обособленные одна от другой. Из каждой из них при неисполнении или ненадлежащем исполнении обязательств возникает право на предъявление требований. Соответственно неисполнение банком его твердого обязательства об оплате товара с аккредитива является основанием для взыскания

¹ Практика Международного коммерческого арбитражного суда: научно-практический комментарий / сост. и авт. коммент. М. Г. Розенберг. М., 1997. С. 32–33.

² Там же. С. 38–43.

с банка суммы иска. МКАС признал банк-эмитент надлежащим ответчиком и возложил на него обязанность по истцу исковой суммы.

Различные формы аккредитива отличаются договоренностью об объеме обеспечения и моменте принятия на себя риска. При дополнительных обязательствах другого банка по аккредитиву выделяют *подтвержденный и неподтвержденный аккредитивы*. В зависимости от предполагаемого способа использования аккредитива различаются его виды. *Аккредитив с платежом по предъявлении* предусматривает немедленное получение суммы, указанной в документах при представлении документов. Возможен *аккредитив с рассрочкой платежа*. Специфические виды аккредитива: 1) аккредитив, предусматривающий акцепт тратт бенефициара и получение суммы аккредитива по наступлении срока, указанного в переводном векселе; 2) аккредитив, предусматривающий неоговоренную тратт бенефициара, по которому бенефициар может получить сумму, указанную в документах, в исполняющем банке и банке, уполномоченном произвести неоговоренную (учет или покупку) переводного векселя. Для оплаты товара, отгружаемого частичными поставками, используется *возобновляемый (револьверный) аккредитив*, который открываются на часть стоимости контракта с условием восстановления первоначальной суммы аккредитива после его использования. Исходя из возможности использования аккредитива вторыми бенефициарами (непосредственными поставщиками товара) различаются *переводные и непереводные аккредитивы*. В качестве вторичного средства платежа *выставляется резервный аккредитив (stand by)*, который служит гарантией исполнения приказодателем своего основного обязательства перед бенефициаром за рамками аккредитива. Распространение резервных аккредитивов связано было, в частности, с тем, что в некоторых странах (например, в большинстве штатов США) банки не могут выдавать гарантии. Посредством резервных аккредитивов могут быть гарантированы, в частности, следующие обязательства: оплата товарных поставок, погашение банковских кредитов, выполнение договоров подряда, выплата по векселям, подлежащим оплате по предъявлении. *При аккредитиве «с красной оговоркой» (аккредитив с авансом)* экспортер (бенефициар) может потребовать от банка аванс на оговоренную сумму. Аванс выплачивается под квитанцию и письменное обязательство бенефициара представить в срок отгрузочные документы. Выплата аванса производится за счет исполняющего банка, но под ответственность банка-эмитента. Если экспортер (бенефициар) не представит в срок требуемые документы и не погасит аванс, то исполняющий банк дебетует на сумму аванса и процентов корсчет банка-эмитента. Банк-эмитент в свою очередь удерживает эти суммы с приказодателя, который тем самым несет риск по невозврату аванса и уплате процентов.

13.3.3. Расчеты в форме документарного инкассо

При инкассовой форме расчетов банк по поручению экспортера получает платеж от импортера за отгруженные в его адрес товары и перечисляет полученные средства на счет экспортера. Это одна из форм расчетов в кредит — с отсрочкой платежа, когда оплата происходит через определенный период после поставки (отгрузки) товара. Инкассо представляет собой типичную банковскую операцию: в расчетах за экспортированные товары уполномоченный банк принимает от экспортера инкассовое поручение, действует в строгом соответствии с инструкциями клиента и принимает на себя обязательство провести операции с представленными документами для получения платежа. В отличие от аккредитива инкассо не связано с платежным обязательством банка. Стандартные международные правила по международным инкассовым операциям были впервые разработаны Международной торговой палатой в 1936 г. Позднее они неоднократно перерабатывались.

Участвующими сторонами инкассовой операции согласно Унифицированным правилам по инкассо 1995 г. (далее — Правила по инкассо) являются: *доверитель* — клиент, который поручает операцию по инкассированию своему банку; *банк-ремитент* — банк, которому доверитель поручает операцию по инкассированию; *инкассирующий банк* — банк, участвующий в операции по выполнению инкассового поручения; *представляющий банк* — инкассирующий банк, делающий представление документов плательщику; *плательщик*.

Документарное инкассо является операцией, в которой банк действует в качестве посредника между экспортером и импортером. Документы передаются импортеру через взаимодействующие банки. Действуя согласно инструкциям, содержащимся в инкассовом поручении, инкассирующий банк выдает документы плательщику (импортеру) и после получения платежа переводит инкассированную сумму банку экспортера для зачисления денежных средств на счет экспортера. Выплата экспортеру происходит не ранее получения платежа от инкассирующего банка, в который направлены документы, т. е. экспортер вынужден ждать поступления денег дольше, чем при аккредитивной форме расчетов.

В Правилах по инкассо различаются *финансовые* и *коммерческие документы*. К финансовым документам относятся переводные векселя, простые векселя, чеки, платежные расписки. К коммерческим документам относятся счета, отгрузочные документы, документы о праве собственности и т. п. *Инкассо финансовых документов получило название «чистое инкассо», а взывание платежа по коммерческим документам и финансовым документам, сопровождаемым коммерческими документами — «документарное (коммерческое) инкассо».*

Все документы, отосланные на инкассо, должны быть сопровождены полными и точными инструкциями. Банкам разрешается действовать только в соответствии с инструкциями, содержащимися в инкассовом поручении, и в соответствии с Правилами по инкассо. Если банк не может по какой-либо причине выполнить данные инструкции, он должен немедленно известить сторону, от которой он получил инкассовое поручение. Банки обязаны действовать добросовестно и проявлять разумную заботливость. Они должны удостовериться в том, что *полученные документы по внешним признакам соответствуют тем, которые перечислены в инкассовом поручении*, и должны немедленно известить сторону, от которой было получено инкассовое поручение, об отсутствии какого-либо документа. Банки не имеют каких-либо иных обязательств по проверке документов.

Банки, участвующие в инкассировании, не несут обязательств и ответственности за последствия, возникающие из-за задержки и (или) потерь в пути каких-либо сообщений, писем или документов, а также за последствия, возникающие в результате форс-мажорных обстоятельств.

Документы должны быть представлены плательщику в той форме, в которой они получены банком. Инкассовые поручения должны содержать полный адрес плательщика, по которому должно быть сделано представление. В случае если документы подлежат оплате по предъявлении, представляющий банк должен сделать представление к платежу без задержки. *Платежные документы представляются в соответствии с банковской практикой, принятой в месте платежа, которым при инкассовой форме расчетов считается местонахождение плательщика.*

Инкассовые операции относятся к категории комиссионных и являются возмездными. Комиссия по тарифу, установленному банком, уплачивается по договоренности экспортером или импортером. Кроме того, в инкассовом поручении может содержаться указание о взимании процентов. При отказе плательщиков от уплаты комиссии или других расходов они могут быть отнесены банками на счет доверителя (экспортера) и могут быть удержаны из его экспортной выручки.

Расчеты по инкассо более предпочтительны для импортера, который производит оплату лишь против товарных документов и после фактического исполнения экспортером своих обязательств по отгрузке товара. И хотя экспортер сохраняет определенное право распоряжаться товаром, тем не менее риск, связанный с возможным отказом импортера от платежа, остается. В связи с этим на практике *инкассовые платежные схемы укрепляются за счет дополнительных условий*. Среди них, например, телеграфное инкассо, когда импортер производит оплату против телеграммы банка-ремитента о приемке и отсылке на инкассо товарных документов. Если платежи по инкассо обеспечены гарантией иностранного банка, доверитель должен дополнительно включить в инкассовое поручение требование о платеже в счет гарантии на случай неоплаты инкассируемых документов в срок, указанный в данном поручении.

13.4. Вексель в международных расчетах

В международных расчетах применяются как простые, так и переводные векселя (тратты). Обязательство импортера уплатить цену может быть оформлено векселем, который выдается экспортеру и учитывается его банком против представления соответствующих товарораспорядительных документов, что, как уже отмечалось, используется в аккредитивных формах расчетов.

Вексель, выступая в качестве средства платежа и выполняя функции денег, дает импортеру возможность оплачивать свои закупки с отсрочкой. Благодаря несложной практике передаточных надписей один и тот же вексель может быть использован для погашения нескольких денежных обязательств, что значительно ускоряет расчеты.

Используемый в расчетах вексель согласно Единообразному вексельному закону о простом и переводном векселе, утвержденному Женевской вексельной конвенцией 1930 г. (далее — ЕВЗ), определяется как «безусловный письменный приказ, адресованный одним лицом другому, подписанный лицом, его выдающим и требующим от лица, на которое он выписан, оплатить по требованию или в указанный момент в будущем определенную сумму указанному лицу или предъявителю».

Форма, реквизиты, условия выставления и оплаты векселей регулируются вексельным правом. Многие страны (в том числе сначала СССР, а затем Российская Федерация) унифицировали свое вексельное законодательство на основе Женевской вексельной конвенции 1930 г. Наряду с этим в странах так называемой англо-американской системы права (не участвующих в Женевской вексельной конвенции 1930 г.) в основе регулирования вексельных отношений лежат положения английского Закона о векселях 1882 г. (с дополнениями и изменениями) и Единообразного торгового кодекса США. Самостоятельную группу образуют страны, формально не присоединившиеся ни к одной из двух упомянутых систем вексельного регулирования.

В правовой литературе отмечались основные различия между векселем по Женевской конвенции и «англо-американским векселем». Англо-американские нормы вексельного регулирования: не устанавливают, что слово «вексель» является обязательным реквизитом векселя; допускают составление векселя на предъявителя; рассматривают чек как вид переводного векселя; предоставляют векселедателю право исключить свою ответственность не только за акцепт, но и за платеж по векселю; допускают любой способ обозначения срока платежа по векселю; используют понятие «разумный срок» при определении срока заявления к акцепту переводного векселя, подлежащего оплате в определенный срок от предъявле-

ния; не содержат положений, регулирующих отношения вексельно-го поручительства (авалья); устанавливают отличные от Женевской конвенции условия протеста по векселям; признают поддельный индоссамент полностью недействительным и исключающим возможность каких-либо прав добросовестного держателя векселя. По своей правовой природе вексель в странах Женевской вексельной системы представляет собой ценную бумагу, а в странах общего права он квалифицируется как оборотный документ.

В целях унификации вексельных норм и сглаживания основных различий между сложившимися системами вексельного регулирования в рамках ЮНСИТРАЛ был разработан проект Конвенции ООН о международных переводных векселях и международных простых векселях. Конвенция была одобрена Генеральной Ассамблеей ООН 9 декабря 1988 г. Предметом регулирования Конвенции являются международный переводной вексель, озаглавленный «международный переводной вексель (Конвенция ЮНСИТРАЛ)» и международный простой вексель, озаглавленный «международный простой вексель (Конвенция ЮНСИТРАЛ)». Международные векселя — это такие векселя, в которых названы по крайней мере два из нижеперечисленных реквизитов (*причем любые два из этих реквизитов (мест) привязаны к территории различных государств*): место выставления векселя; место, указанное рядом с подписью векселедателя; место, указанное рядом с наименованием плательщика; место, указанное рядом с наименованием получателя; место платежа. Конвенция также устанавливает, что место выставления векселя либо место платежа, названное в векселе, находится в стране — участнице Конвенции. Подписанная рядом государств (в том числе Россией 30 июня 1990 г.), Конвенция пока не вступила в силу (для вступления в силу требуется 10 ратификаций либо присоединений).

Единообразный вексельный закон регулирует следующие вопросы: составление и форма векселя, процентная оговорка, сроки платежа и сроки для предъявления векселя к оплате, пролонгация векселей, оплата векселя в иностранной валюте, индоссамент, акцепт, аваль, протест в неплатеже, сроки для совершения протеста в неплатеже, иски в случае неакцепта или неплатежа, сроки исковой давности, посредничество и другие вопросы международного вексельного оборота.

Вексель представляет собой строго формальный документ, содержащий исчерпывающий перечень реквизитов: наименование «вексель», включенное в самый текст документа и выраженное на том языке, на котором этот документ составлен («вексельная метка»); простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму; наименование того, кто должен платить (плательщика); указание срока платежа; указание места, в котором должен быть совершен платеж; наименование того, кому или приказу кого платеж должен быть совершен

(получателя, ремитента); указание даты и места составления векселя; подпись того, кто выдает вексель (векселедателя). Аналогичные реквизиты содержит простой вексель. Векселедатель по простому векселю обязан так же, как и акцептант — по переводному векселю.

Векселедатель отвечает за акцент и платеж, однако он может сложить с себя ответственность за акцент. Всякое условие, по которому он слагает с себя ответственность за платеж, считается ненаписанным.

Индоссамент (передаточная надпись) может быть совершен в пользу любого лица, как обязанного, так и не обязанного по векселю. По форме он должен быть простым и ничем не обусловленным. Всякое ограничивающее его условие считается ненаписанным. Индоссамент бывает именным и бланковым. *Именной индоссамент* содержит точное указание лица, в пользу которого индоссируется вексель; *бланковый индоссамент* состоит лишь из одной подписи индоссанта. Индоссамент должен располагаться на обороте векселя или на добавочном листе, именуемом «аллонж». Индоссамент переносит все права и обязательства, вытекающие из векселя, с индоссанта, т. е. с лица, совершающего индоссамент, на индоссатора, т. е. лица, в пользу которого совершается индоссамент.

Индоссамент, совершенный после срока платежа, выполняет те же функции, что и предшествующий. Однако индоссамент, совершенный после протеста в неплатеже или после истечения срока, установленного для совершения протеста, влечет за собой последствия обычной гражданско-правовой цессии.

Вексельные нормы предусматривают специальное *вексельное поручительство* — *аваль*, посредством которого гарантируется платеж по векселю (полностью или частично). Аваль может быть дан за любое ответственное по векселю лицо. При отсутствии указания, за кого дается аваль, он считается данным за векселедателя. *Авалист отвечает в том же объеме, что и лицо, за которое он дал аваль.* Его обязательство действительно даже в том случае, если то обязательство, которое он гарантировал, окажется недействительным по какому бы то ни было основанию, иному, чем дефект формы. Оплачивая вексель, авалист приобретает права, вытекающие из векселя, в отношении того, за кого он дал поручительство, и против тех, кто в силу векселя обязан перед тем, за кого дано поручительство.

Вексель может быть выдан сроком: по предъявлению; во столько-то времени от предъявления; во столько-то времени от составления; на определенный срок. Векселя сроком по предъявлению оплачиваются при их предъявлении и должны быть предъявлены к платежу в течение одного года со дня их составления. Векселедержатель должен строго соблюдать данное требование, так как просрочка в предъявлении векселей к платежу освобождает всех обязанных по ним лиц, за исключением трассата. Держатель векселя на определенный день или во столько-то времени от составления или предъявления должен предъявить вексель

к платежу либо в день, когда он должен быть оплачен, либо в один из двух следующих рабочих дней. Надлежащая оплата векселя погашает все вексельные обязательства.

Согласно ЕВЗ *включение в вексель процентной оговорки допускается только в векселях платежом «по предъявлении» или «во столько-то времени от предъявления»*. Во всяком другом векселе она будет считаться ненаписанной. Процентная ставка должна быть указана в векселе, а если она отсутствует, то указание о процентах считается ненаписанным. Проценты исчисляются со дня составления векселя, если не указана другая дата.

Сумма векселя должна обозначать определенную сумму денег, т. е. законного платежного средства какого-либо государства. *Оплата векселя должна совершаться, как правило, в той валюте, в которой выражена сумма векселя*. Вместе с тем вексельные законы содержат специальные положения относительно оплаты векселей, сумма которых выражена в иностранной валюте (т. е. в валюте, иностранной для места оплаты векселя). В соответствии с ЕВЗ *если вексель выписан в валюте, не имеющей хождения в месте платежа, то сумма его может быть уплачена в местной валюте по курсу на день наступления срока платежа*. Если должник просрочил платеж, то держатель может по своему усмотрению потребовать, чтобы сумма векселя была выплачена в местной валюте по официальному курсу либо наступления срока платежа, либо на день произведенного платежа. Курс иностранной валюты определяется согласно обыкновениям, действующим в месте платежа, однако держатель может обусловить, что подлежащая оплате сумма будет исчислена по курсу, обозначенному в векселе.

В случае если держатель обусловил, что платеж должен быть совершен в определенной, указанной в векселе валюте (оговорка эффективного платежа в какой-либо иностранной валюте), вышеуказанные правила вообще не применяются, т. е. платеж должен быть совершен в обозначенной в векселе иностранной валюте, и, следовательно, вопрос о курсе вообще не возникает (ст. 41 ЕВЗ). Поскольку предусмотренное правило о платеже в иностранной валюте затрагивает вопросы, которые регулируются национальным валютным законодательством, Женевская вексельная конвенция 1930 г. (ст. 7 Приложения № 11) предусматривает важную оговорку, согласно которой каждая страна — участница Конвенции имеет право, если сочтет это нужным, в исключительных обстоятельствах, касающихся курса валюты этого государства, отступить от условия, предусмотренного в ст. 41 по векселям с платежом на ее территории или векселям, составленным на ее территории.

Права требования, вытекающие из векселя, могут быть реализованы в течение сроков исковой давности. Исковые требования: а) против ак-

цептанта (независимо от того, был опротестован вексель или нет) или векселедателя простого векселя и их авалистов погашаются истечением трех лет со дня срока платежа; б) держателя против индоссантов, трассанта и их авалистов погашаются истечением одного года со дня протеста, совершенного в установленный срок, или со дня срока платежа в случае оговорки об обороте без издержек; в) индоссантов друг к другу и к трассанту погашаются истечением шести месяцев, считая со дня, в который индоссант оплатил вексель или со дня предъявления к нему иска.

Для разрешения коллизий законов разных государств по вексельным правоотношениям в рамках Женевской вексельной системы предназначена упоминавшаяся выше Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о переводных и простых векселях 1930 г. Согласно ст. 10 Конвенции каждая из стран-участниц сохраняет за собой право не применять содержащиеся в Конвенции принципы в отношении обязательств, принятых вне территории стран-участниц, и законов, подлежащих применению согласно коллизионным нормам Конвенции, но не являющихся законами стран-участниц.

В Конвенции сформулирован ряд международных коллизионных норм, основанных либо на личном законе (*lex personalis*), либо на законе места совершения акта (*lex loci actus*). Способность лица обязываться по переводному или простому векселю определяется его национальным законом; в случае если национальный закон отсылает к закону другой страны, применяется этот последний закон; лицо, не обладающее способностью обязываться по векселю согласно определенному таким образом закону, тем не менее несет ответственность, если подпись была совершена на территории страны, по законодательству которой это лицо обладает такой способностью. Форма, в которой приняты обязательства по переводному или простому векселю, определяется законом той страны, на территории которой эти обязательства были подписаны.

Конвенция наделяет страны-участницы правом устанавливать правило, что обязательства, принятые по переводному или простому векселю кем-либо из ее граждан за границей, будут действительны в отношении другого ее гражданина на ее территории, если только эти обязательства приняты в форме, предусмотренной национальным законом.

Обязательства акцептанта переводного векселя или лица, подписавшего простой вексель, подчиняются закону места платежа по этим документам. Обязательства других лиц, обязанных по векселю, определяются по закону страны места подписания ими своих обязательств. Сроки на предъявление иска в порядке регресса определяются для всех лиц, поставивших свои подписи, законом места составления документа.

Приобретение держателем переводного векселя права требования, на основании которого выдан документ, решается по закону места составления документа. Форма и сроки протеста, а также форма других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по векселю, определяются законами той страны, на территории которой должен быть совершен протест или соответствующие действия. Меры, которые следует принять в случае утраты или похищения векселя, определяются законом страны платежа по векселю.

Федеральный закон от 21 февраля 1997 г. «О переводном и простом векселе» установил, что в соответствии с международными обязательствами Российской Федерации, вытекающими из ее участия в Женевской конвенции от 7 июня 1930 г., на территории Российской Федерации применяется постановление ЦИК и СНК от 7 августа 1937 г. № 104/1341 «О введении в действие Положения о переводном и простом векселе». Данное Положение воспроизводит рассмотренное выше содержание ЕВЗ с небольшими изменениями. Одно из них касается формы вексельного поручительства (авалья). Статья 31 ЕВЗ устанавливает, что аваль дается на переводном векселе или на добавочном листе. Статья 31 Положения предусматривает еще и передачу авалья на отдельном листе с указанием места его выдачи. Другое изменение связано с механизмом предъявления тратты к платежу. Так, в ст. 38 ЕВЗ указано, что предъявление переводного векселя в расчетную палату равносильно предъявлению к платежу, однако Положением такого органа не предусмотрено. Еще одно различие относится к содержанию требований remitenta в случае предъявления им иска в связи с неакцептом или неплатежом. В ст. 48 Положения установлено, что векселедержатель может требовать от того, к кому он предъявляет иск: 1) сумму переводного векселя, не акцептованную или не оплаченную, с процентами, если они были обусловлены; 2) проценты в размере шести со дня срока платежа; 3) издержки по протесту, издержки посылке извещения, а также другие издержки. Все перечисленные изменения касаются не только переводного, но и простого векселя. В ст. 3 Федерального закона «О переводном и простом векселе» установлено, что в отношении векселя, выставленного к оплате и подлежащего оплате на территории Российской Федерации, проценты и пени, указанные в ст. 48 и 49 Положения, выплачиваются в размере учетной ставки, установленной Банком России по правилам ст. 395 ГК РФ. Данные правила предусматривают, что размер процентов определяется ставкой банковского процента на день исполнения денежного обязательства. При взыскании долга в судебном порядке суд может удовлетворить требование кредитора, исходя из учетной ставки банковского процента на день предъявления иска или на день вынесения решения.

13.5. Чек в международных расчетах

Другой ценной бумагой (наряду с векселем), получившей распространение в международных расчетах, является чек. *Чек относится к денежным документам строго установленной формы и содержит приказ владельца банковского счета (чекодателя) банку о выплате держателю чека означенной в нем суммы денег по предъявлении чека или в течение срока, установленного законодательством.*

Правовые нормы, регулирующие использование чеков при международных расчетах, были унифицированы в 1931 г., когда были подписаны Женевская конвенция о единообразном законе о чеках (далее — Единообразный закон о чеках) и Женевская конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках 1931. (далее — Женевская конвенция о коллизиях). Россия в указанных Конвенциях не участвует.

На чеке должны быть ряд необходимых реквизитов, отсутствие которых может привести к признанию чека недействительным и не подлежащим оплате. *Чек — строго формальный документ.* В соответствии с Женевской конвенцией к основным обязательным реквизитам чека относятся: наименование «чек» (на том языке, на котором составлен документ); простое и ничем не обусловленное предложение уплатить определенную сумму; наименование плательщика; наименование места (банка), в котором должен быть совершен платеж; указание даты и места составления чека; подпись чекодателя.

Российское Положение о чеках (принято постановлением Верховного Совета РФ от 13 февраля 1992 г. № 2349-1¹) определяет следующие обязательные реквизиты чека: наименование документа чеком (чековая метка); чековый приказ, т. е. не обусловленное никакими оговорками предложение чекодателя плательщику произвести уплату определенной денежной суммы предъявителю чека либо лицу, указанному на чеке в качестве получателя, или его приказу; чековый приказ должен быть безусловным, т. е. чекодатель не должен связывать платеж с предъявлением держателем чека каких-либо документов или выполнением каких-либо обязательств под угрозой признания чека недействительным; обозначение плательщика с указанием счета, с которого будет производиться платеж (плательщиком по чеку может быть только банк либо иное кредитное учреждение); сумма чека; дата и место составления чека; подпись чекодателя.

¹ Ведомости ВС РФ. 1992. № 24. Ст. 1289.

Чек не служит инструментом кредитования, и всякое указание о процентах в чеке считается ненаписанным. Чек оплачивается по предъявлении. *Срок его обращения ограничен*: 1) чек, который оплачивается в стране его выставления, должен быть предъявлен к платежу в течение 8 дней; 2) если выставление чека и его оплата происходят в разных странах, то чек должен быть предъявлен к оплате в течение 20 дней; 3) если место выставления чека и место платежа находятся в разных частях света, то срок предъявления чека к оплате не должен превышать 70 дней. Последнее условие не распространяется на чековое обращение между странами Европы и средиземноморскими странами, т. е. в данном случае срок предъявления чека к оплате не должен превышать 20 дней (ст. 29 Единообразного закона о чеках).

Если чек выписан в валюте, не имеющей хождения в месте платежа, то сумма его может быть уплачена в пределах срока для предъявления чека в местной валюте по курсу на день наступления срока платежа. Если платеж не был осуществлен по предъявлении, то держатель чека может по своему усмотрению потребовать, чтобы сумма чека была выплачена в местной валюте по курсу либо на день наступления срока платежа, либо на день платежа. Курс иностранной валюты определяется согласно обыкновениям, действующим в месте платежа. Чекодатель может обусловить, что подлежащая платежу сумма будет исчислена по курсу, обозначенному в чеке. Указанные правила согласно Единообразному закону о чеках не применяются в случае, когда чекодатель обусловил, что платеж должен быть совершен в определенной указанной в чеке валюте (оговорка эффективного платежа в какой-либо иностранной валюте).

Чек относится к категории оборотных документов, т. е. для передачи прав по чеку другому лицу нет необходимости прибегать к цессии. Все права по чеку могут быть переданы посредством передаточной надписи — индоссамента, проставляемого на оборотной стороне чека.

Платеж по чеку может быть гарантирован любым другим лицом, кроме плательщика по чеку. *Гарантия выражается словами «аваль», «гарантирован»* и сопровождается подписью авалиста — лица, принявшего на себя ответственность за платеж. По российскому праву аваль регулируется теми же положениями, что и поручительство, т. е. речь идет о чековом поручительстве.

Для выбора применимого правопорядка в чековых правоотношениях с иностранным элементом была принята Конвенция, имеющая целью разрешение некоторых коллизий законов о чеках. Предусмотренные в ней коллизионные правила практически совпадают с рассмотренными выше по поводу векселей. Они также построены на двух коллизионных принципах: личный закон (*lex personalis*) и закон места совершения акта (*lex loci actus*). Способность лица обязываться по чеку определяется его национальным законом, однако лицо, подписавшее чек на территории

иностранного государства и признанное способным обязываться по законодательству этого государства, несет ответственность независимо от положений его национального закона. Закон страны, где чек оплачивается, определяет: лиц, на которых чек может быть выставлен; подлежит ли чек оплате по предъявлении; срок для представления; может ли чек быть акцептован; может ли держатель потребовать частичный платеж; может ли чекодатель отозвать чек; меры, которые должны быть приняты в случае утери или кражи чека.

Форма, в которой приняты обязательства по чеку, определяется законом той страны, в которой эти обязательства были подписаны. Тем не менее достаточно, если соблюдена форма, предписанная законом места платежа. Закон страны, на территории которой были приняты обязательства, вытекающие из чека, определяют действие таких обязательств. Форма и сроки протеста и других действий, необходимых для осуществления или сохранения прав по чеку, определяются законом той страны, на территории которой должны быть совершены протест и соответствующее действие.

Основываясь на нормах рассматриваемой Конвенции, Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ признал применимым чековое законодательство ФРГ для определения, было ли надлежащим поведением германского чекодателя, выставившего чек для оплаты в ФРГ товара, поставленного ему по контракту международной купли-продажи (дело № 309/1995)¹. При этом чек не был оплачен банком, на который он был выписан, и был отозван чекодателем. Спор рассматривался в связи с иском российской организации к германской фирме об оплате товара и о возмещении убытков, вызванных неоплатой банком ответчика предъявленного истцом через российский банк чека, выставленного указанной германской фирмой. Придя к выводу, что истец действовал не в соответствии с предписаниями чекового законодательства ФРГ, а ответчик их не нарушил, МКАС отказался удовлетворить иск в части возмещения убытков, вызванных заключением истцом договора с банком о реализации чеков.

По материалам дела чек был выставлен в ФРГ с платежом на территории этой страны. Суд, рассматривая возникшие между сторонами правоотношения по чеку, руководствовался применимой коллизионной нормой п. 5 ст. 166 Основ гражданского законодательства 1991 г. и принял во внимание ст. 5 рассматриваемой Конвенции о коллизиях по чекowym отношениям 1931 г. (в которой участвует ФРГ). На основании этих нормативных положений МКАС пришел к выводу, что обязательства, вытекающие из чека, определяют

¹ Арбитражная практика за 1996–1997 гг. / сост. М. Г. Розенберг. М., 1998. С. 117–118.

ся по закону страны, на территории которой такие обязательства были приняты, т. е. в данном случае правом ФРГ. Законодательство ФРГ, регулирующее чековое обращение, унифицировано в соответствии с Конвенцией, устанавливающей Единый закон о чеках 1931 г. Статья 29 данного Закона предусматривает, что чек, который оплачивается в стране его выставления, должен быть предъявлен к платежу в течение 8 дней. При этом в соответствии со ст. 32 Закона отзыв чека действителен только после истечения срока для его предъявления. Российская сторона предъявила чек к оплате значительно позже установленного срока, а ответчик воспользовался своим правом на отзыв чека правомерно. Поэтому суд не счел возможным рассматривать возникшие убытки истца как возникшие по вине ответчика.

13.6. Гарантии в трансграничных расчетных отношениях

Каждая из сторон внешнеэкономической сделки сталкивается с определенными рисками (коммерческими, валютными). В частности, для экспортера это риск отказа импортера от платежа после принятия товара, а для импортера — риск ненадлежащего исполнения поставки товара либо невозврата аванса. В качестве средства обеспечения обязательств по внешнеэкономическим сделкам широко используются банковские гарантии.

В международной банковской практике *под гарантией понимается обязательство банка выплатить определенную денежную сумму в случае невыполнения или нарушения контрагентом условий контракта*. Распространение гарантий в мировой торговле вызвало необходимость разработки определенных норм, которые устанавливали бы единые правила толкования и исполнения гарантий. Международной торговой палатой были приняты указанные выше унифицированные правила для договорных гарантий. Согласно данным правилам *приказодатель поручает своему банку выставить от его имени гарантию*. В гарантии обычно оговаривается, что в случае предъявления контрагентом требования по данной гарантии банк вправе незамедлительно списать соответствующую сумму гарантии со специального счета приказодателя.

В тексте гарантии указываются максимальная сумма обязательства, дата вступления в силу и дата истечения срока действия гарантии. Величина обязательства по гарантии может быть выражена в виде процента от суммы контракта. *Когда банк приказодателя выставляет гарантию в пользу иностранного бенефициара, может использоваться схема, при которой банк приказодателя инструктирует иностранный банк-корреспондент выставить гарантию в пользу находящегося в его стране бенефициара*. По аналогии с документарными аккредитивами банковские гарантии могут быть *отзывными* и *безотзывными*. В меж-

дународной банковской практике дифференцированы три категории гарантий: *по требованию/по первому требованию*; *условные (с документальным доказательством)*; *условные (без доказательства)*.

Чаще всего контрагенты, в пользу которых выставляются гарантии, стремятся оформить гарантии *по первому требованию*. Для использования таких гарантий достаточно одного требования бенефициара, которое не может быть затем оспорено. Более того, даже если для приказодателя очевиден факт необоснованного выставления требования бенефициаром, безусловный характер таких гарантий не позволяет ему препятствовать выполнению банком-гарантом своих обязательств.

Условные гарантии, предполагающие наличие документального доказательства, обеспечивают приказодателю максимальную защиту, поскольку требование по гарантии должно быть всегда документально обосновано. В качестве обоснования могут быть использованы различные внешнеторговые документы (счета-фактуры, коносаменты, сертификаты качества и др.).

В международной практике различают множество типов банковских гарантий. Среди них: тендерные гарантии, гарантии исполнения обязательств, авансовые гарантии, платежные гарантии, гарантии коносамента, вексельные гарантии (аваль), таможенные гарантии, кредитные гарантии и т. д.

Гарантия исполнения обязательств действует до полного завершения выполнения контракта. В среднем срок действия таких гарантий составляет два года. При этом в контракте и тексте гарантии должна быть указана точная дата истечения срока гарантии.

Авансовые гарантии обуславливают применение авансовых платежей во внешнеторговых расчетах. Их целью является страхование возврата аванса покупателю в случае невыполнения продавцом договорных обязательств.

Целью *платежной гарантии*, выставляемой в пользу поставщика, служит покрытие риска неплатежа со стороны покупателя при расчетах в форме открытого счета либо инкассо. Платеж по гарантии обычно производится против получения письменного свидетельства бенефициара о том, что он поставил товар, но не получил платеж в срок. Платежные гарантии действуют до полного погашения задолженности покупателем.

То обстоятельство, что бенефициар не представил документы к оплате по банковской гарантии, как отмечалось в решении МКАС при ТПП РФ (дело № 18/1995)¹, не освобождает покупателя от уплаты стоимости поставленного товара. По материалам дела ответчик (покупатель) не считал себя ответственным за просрочку оплаты,

¹ Арбитражная практика за 1996—1997 гг. С. 38—41.

поскольку платеж не был получен истцом из-за неиспользования им банковской гарантии, которая была открыта в его пользу согласно условиям внешнеэкономического контракта. По истечении срока гарантии банк восстановил на счете ответчика сумму гарантии, ранее выделенную для оплаты отгруженного товара. Получив эти средства от банка, ответчик имел возможность и был обязан произвести оплату за товар в течение разумного срока, составлявшего, по убеждению арбитража, 30 дней. По истечении указанного срока ответчик находился в просрочке по уплате денежного долга.

Гарантии подчиняются законодательству страны выставившего ее банка. Это право может существенным образом отличаться от норм и правил страны бенефициара по гарантии. Все это предполагает тщательное изучение банком-гарантом многочисленных национальных предписаний, валютно-финансовой практики и обычаев страны бенефициара.

Унифицированные правила по гарантиям, подлежащим оплате по предъявлении требования, призваны уравновесить и увязать интересы бенефициара и желание приказодателя защитить себя от необоснованных требований бенефициара. Равновесие интересов достигается благодаря содержащемуся в правилах положению, согласно которому бенефициар дополнительно к своему письменному требованию должен представить соответствующее обоснование нарушений приказодателем своих обязательств. Правила носят рекомендательный характер и могут применяться на практике только в случае, если они не вступают в противоречие с нормами того или иного национального правопорядка.

Дополнительная литература

Крашмалев С. В. Современная банковская практика проведения международных платежей. М., 2007.

Михайлов Д. М. Международные контракты и расчеты. М., 2006. *Кутузов И. М.* Международное банковское право. Банковские отношения в международном частном праве. М., 2002.

Глава 14

ПРАВО ТРАНСГРАНИЧНЫХ ПЕРЕВОЗОК

Международная конвенция ИМО об ограничении ответственности по морским требованиям 1976 г. с Протоколом 1996 г.; Международная конвенция ИМО о залогах и ипотеках 1993 г.; Гамбургская конвенция о перевозке грузов 1978 г.; Варшавская конвенция для унификации некоторых правил, касающихся международной воздушной перевозки, 1929 г. в ред. 1955 г.; Чикагская конвенция о международной гражданской авиации 1944 г.; Монреальская конвенция об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г.; Соглашение о гражданской авиации и об использовании воздушного пространства стран СНГ 1991 г.; Бернская конвенция о железнодорожных перевозках грузов 1890 г. (СИМ); Соглашение о международном железнодорожном сообщении 1951 г. (СМГС); Соглашение о международном прямом смешанном железнодорожно-водном сообщении 1959 г.; Соглашение о международных железнодорожных перевозках 1980 г. (СОТИФ); Соглашение стран СНГ о принципах и условиях взаимоотношений в области транспорта 2000 г.; Конвенция о дорожном движении 1949 г.; Конвенция о договоре международной перевозки грузов 1956 г.; Конвенция о международных автомобильных перевозках пассажиров и багажа между государствами СНГ 1997 г.

14.1. Понятие трансграничного транспортного правоотношения

Развитие трансграничных транспортных отношений обеспечивает эффективность глобального процесса международного разделения труда и интеграции экономик государств.

Конец XX — начало XXI в. характеризуется расширением сферы действия трансграничных транспортных отношений. Появляются новые виды транспортировки, такие как перемещение информации через спутники, возможность коммерциализации собственно космической транспортировки, осваиваются для трансграничной перевозки трассы внутренних водотоков, представлявшие ранее неприкосновенный национальный ресурс. Новым видом эксплуатации транспортного трансграничного пространства являются транспортные и транзитные коридоры.

доры, проходящие по территориям ряда государств и объединяющие различные виды транспортировки, что обуславливает специфику их правового регулирования.

Выходя за пределы государств, транспортные отношения приобретают качество *трансграничности*, являющейся генеральным признаком отношения, регулируемого международным частным правом. При этом трансграничность как существенная характеристика правоотношения не утрачивается, если трансграничное по своей сути отношение прерывается в пределах государства начала транспортировки (вследствие аварии, стихийного бедствия, теракта) независимо от прекращения действия или нарушения контракта, регулирующего такое отношение, или в случае нахождения пункта отправления и назначения транспортируемого объекта на территории одного государства, но при условии транзита через территорию третьего государства. В последнем случае объект и транспортное средство также находятся в сфере действия «своей» правовой системы и вынуждены подчиняться ее правилам.

Трансграничная транспортировка является коммерческой; ее цель — получение прибыли в связи с осуществлением транспортной операции — изменением места объекта в пространстве. *Не являясь, по существу, материальной относительно производства перемещаемого объекта, транспортировка приносит прибыль, меняя конечную цену и конкурентоспособность товара на рынке.*

Так, введение в действие железнодорожных подходов к порту Оля (Астраханская обл.) и соединение таким образом железнодорожного транспорта с морским сообщением через коридор «север — юг» (Россия, Иран, Индия) на 13 дней сокращают путь индийских товаров в Москву и другие пункты центра России по сравнению с прежним — через Суэцкий канал вокруг Европы. В 2004 г. Украина форсировала углубление Килийского гирла (рукава) Дуная, поскольку плата за проход ее судов по румынскому участку Дуная составляла 120 млн долл. ежегодно и невыгодно сказывалась на цене украинских товаров на мировом рынке; в результате была повышена конкурентоспособность украинских товаров.

Сложившаяся к началу XXI в. модель регулирования отношений трансграничной коммерческой транспортировки в целом типична для международного частного права: трансграничная транспортировка регулируется национально-правовыми нормами, которые, однако, представлены двумя различными по форме создания сегментами, из которых один связан с международным, а другой — с национальным правотворчеством. При этом общий метод — преодоление коллизии и его способы — материально-правовой и коллизионный — являются общими для обоих сегментов. Очевидно, что при условии неучастия

ряда стран в унифицирующих договорах и соответственно различиях в праве государств *коллизии* — столкновения национальных правовых систем — являются неотъемлемой составляющей процесса регулирования.

Существенной характеристикой транспортных отношений является формирование трансграничных отношений, *новых как по способам транспортировки* (трубопроводная, «река — море», перемещение информации при помощи спутников), *так и по сочетанию ее различных видов* (смешанные перевозки, в том числе мультимодальные (интермодальные), прямые, ломаные, контрейлерные, роудрейлерные и др.), при этом что *каждый из видов регулируется автономно*.

Традиционное понятие перевозки как адекватного понятию транспортировки, т. е. процессу, *связанному с любым изменением местоположения объекта совместно с транспортным средством* (самолетом, железнодорожным вагоном, автомобилем, морским судном), *ныне нуждается в корректировке* с учетом активного функционирования *неиндивидуализированных средств транспортировки* — трубопроводов для перемещения газа, нефти и нефтепродуктов, воды, перемещения информации через сигналы со спутников и др. Различие между *перевозкой* и *перемещением* заметно уже в первом приближении при решении коллизионного вопроса о применимом к ним праве; так, в первом случае речь будет идти о праве государства регистрации перевозочного средства, во втором — очевидна в качестве генеральной привязка *lex rei sitae*. В связи с этим вполне предсказуемо изменение понятийного аппарата трансграничного транспортного права за счет превращения понятий «перевозка» и «перемещение» в видовые относительно родового понятия «транспортировка». Отсюда возможно формулировать *понятие транспортировки как любых способов изменения местоположения объекта в пространстве посредством перевозки, перемещения или иным способом*.

Предлагаемая классификация имеет значение для выявления особенностей регулирования каждого из видов и подвидов транспортировки в отдельности (например, морская перевозка и перевозка «река — море» как подвид первой), а также формирования принципов, общих для всех видов транспортировки, в том числе и могущих возникнуть в будущем.

При наличии обозначенного ряда основных составляющих *транспортное правоотношение можно определить как трансграничное, связанное с изменением местоположения объекта, невластное, коммерческое отношение, подпадающее под действие норм различных национальных правовых систем, и регулируемое при помощи метода преодоления коллизий, включая присущие ему материально-правовой и коллизионный способы*.

Определение понятия каждого вида трансграничной транспортировки, включая и перемещение, и перевозку, дается в специальных нормативных актах в форме автономной квалификации.

Субъектами правоотношения трансграничной транспортировки являются в первую очередь невластные субъекты и приравняемые к ним образования. Роль государства как участника и регулятора именно этой области отношений, *непосредственно связанных с суверенной территорией и экономической безопасностью* (в том числе коммерческим суверенитетом), значительнее, чем в иных областях частноправовых отношений. Она выражается в изъятии транспортных средств, выполняющих публичные функции, из сферы действия международного частного права, участии в формировании особого контингента перевозчиков — так называемых назначенных перевозчиков, а также в определении условий допуска иностранных перевозчиков к деятельности на своей территории в целях защиты прав собственного перевозчика.

Виды источников, т. е. форм объективирования юридических норм, регулирующих трансграничные транспортные отношения, формально определяются национальным правом. При этом общие закономерности, присущие международному частному праву как общесоциальному феномену, характеризуют и виды источников, регулирующих транспортировку, включая также и *критерии их классификации.*

По генезису они представлены двумя видами юридических актов — международными договорами (конвенциями, соглашениями и другими актами) унифицирующего характера, созданными по принципу согласования воли суверенных государств, и законодательными актами отдельных государств, созданными в соответствии с национальной законодательной процедурой; по способу регулирования и видам содержащихся в них норм они классифицируются как направленные на материально-правовое, коллизионное или смешанное регулирование; по кругу субъектов, участвующих в нормотворчестве, договоры подразделяются на двусторонние, занимающие в ряде институтов преимущественное положение, и многосторонние, включая универсальные и региональные.

Особенностью регулирования трансграничных транспортных отношений является сравнительно низкий уровень участия государств в многосторонних, особенно универсальных, договорах.

Отсюда одна из существенных проблем — наличие лакун (пробелов) в правовом регулировании и необходимость применения иных видов социальных норм. Так, в морской перевозке используются проформы, созданные *линейными конференциями перевозчиков и действующие как на отдельных линиях или направлениях, так и для отдельных видов грузов; для авиационной перевозки характерны стандарты и технические условия, содержащиеся в резолюциях ИКАО, и др.* Они не отвечают предъявляемым к источнику отрасли права требованиям, так как создаются невластными субъектами, способами иными, чем юридические нормы,

и формально не могут рассматриваться в качестве источников отрасли, являясь по сути обыкновениями (*usage*). Однако, будучи включенными в чартер, коносамент, иные перевозочные документы соответственно виду перевозки, они признаются и применяются наравне с юридическими нормами государственными и третейскими судами, другими органами государств, обеспечивающими исполнение решений. Таков же примерно уровень документов, принимаемых международными государственными и неправительственными организациями и конференциями с целью регулирования трансграничных транспортных отношений.

Нормы, регулирующие трансграничные транспортные отношения в национальных системах международного частного права, структурируются относительно видов транспортировки. Так, подотрасль российского трансграничного транспортного права включает институты морской, воздушной, речной, железнодорожной, автомобильной перевозки; ныне формируются институты перемещения энергоносителей — газа, нефтепродуктов, электроэнергии; в начальной стадии развития находятся перспективные институты космической перевозки и перемещения информации, в том числе в виде спутниковых сигналов.

Неотъемлемыми компонентами структуры норм подотрасли являются общие для всех подразделений международного частного права *функциональные институты*, регулирующие статус субъекта правоотношения, процесс поиска применимого права, коллизионных норм, ответственности, транспортных документов и др.

Кроме того, нормы подотрасли трансграничного транспортного права представляют собой *иерархию*, во главе которой стоят *общие принципы права* (справедливости, добрых намерений, «не дважды за одно и то же», «действие не делает виновным, если не виновен разум», и др.).

Большое значение имеют юридически закрепленные *основные принципы международного публичного права*, в частности уважения прав и основных свобод человека, равноправия, сотрудничества государств, мирного разрешения споров и др., а также формирующаяся система *принципов собственно международного частного права* — таких, как принципы суверенного равенства национального права государств, защиты отечественного правопорядка, наиболее тесной связи, недискриминации иностранных граждан и юридических лиц.

Трансграничное транспортное право имеет *свои специальные принципы*: например, принцип разрешительного доступа иностранных лиц на свою территорию для осуществления трансграничной транспортной деятельности, принцип ограничения ответственности в связи с транспортным происшествием, принцип *lex banderae (flagi)* в случае поиска применимого права. Выстраивание подобной иерархии норм имеет практическую цель восполнения пробелов в правовом регулировании.

В соответствии *со способами* преодоления коллизийной проблемы нормы подотрасли делятся на унифицированные материально-правовые (прямого регулирования) и коллизийно-правовые (отсылочные) — национальные и унифицированные.

Особое значение для регулирования трансграничных транспортных отношений, характеризующихся наличием *риска, в ряде случаев* замещающего категорию *вины*, имело бы включение в международные договоры большего числа материально-правовых унифицированных норм. Тем не менее стремление увеличить участие государств в таких договорах приводит к тому, что в них включаются и шадящие национальное законодательство нормы, отсылающие к национальному законодательству.

Коллизийно-правовое регулирование в быстро развивающейся подотрасли трансграничного транспортного права характеризуется, во-первых, применением общепризнанных коллизийных норм, которые можно назвать *специальными принципами подотрасли или ее отдельных институтов*: таковы закон флага (страны регистрации) или закон местонахождения транспортного средства, закон места совершения деликта или наступления его результата; во-вторых, объективной потребностью создания новых или приспособления традиционных коллизийных принципов и норм путем их толкования к регулированию вновь возникающих отношений. Так, коллизийный принцип *lex rei sitae* в случае поиска применимого права для определения законности владения или распоряжения грузом указывает на право страны грузоотправителя или грузополучателя, *lex loci delicti commissi* — на право государства транзита, *lex venditores* — на право страны перевозчика, являющегося главным лицом в договоре перевозки.

О. Н. Садилов предложил следующее толкование традиционных коллизийных норм с целью приспособления их к новой практике и новым отношениям: *lex loci contractus* — как закон страны отправления груза, *lex loci actus* — как закон страны изменения договора перевозки, *lex rei sitae* — как закон страны задержания груза, *lex rei in transitu* — при определении качества упаковки для опасных грузов, если есть расхождения со стандартами государства отправления¹.

Особое значение для трансграничных транспортных отношений имеет проблема мобильного конфликта, поскольку транспортное правоотношение *ipso facto* является не только длящимся с позиций перехода в различные правовые режимы, но и сочетающимся с различными видами сопутствующих отношений (по страхованию, хранению, агентских, спасательных и иных).

¹ Садилов О. Н. Правовое регулирование международных перевозок. М., 1981. С. 61–67.

Национальное законодательство, например китайский Закон о морской торговле 1992 г. (ст. 270), определяет, что закон флага (или регистрации) государства судна применяется к приобретению, переходу и прекращению права собственности на судно. Румынский Закон № 105 1992 г. также подчиняет вопросы возникновения, перехода или прекращения вещных прав на транспортные средства закону флага. Аналогичные положения содержатся в российском законодательстве: Кодексе торгового мореплавания 1999 г. (с поправками 2004 г.), Воздушном кодексе РФ 1997 г. (с поправками 2006 г.) и Кодексе внутреннего водного транспорта 2001 г. (с поправками 2006 г.).

В целом, судя по контрактам о трансграничной транспортировке, в транспортном праве наряду с общими коллизионными принципами действуют такие специальные коллизионные привязки, как закон страны грузоотправителя, закон страны железной дороги, закон транспортного коридора, закон страны транзита, закон прохождения трубопровода и др., закон страны грузополучателя.

С учетом же целого ряда правоотношений, связанных с перемещением объектов (хранение, спасание, агентское, брокерское, шипчандлерские отношения и др.), объем применяемых коллизионных норм выглядит еще более представительным.

Наконец, особо можно выделить специальные коллизионные нормы подотрасли, тяготеющие к конкретным способам транспортировки и видам транспортируемых объектов¹.

Особенности ответственности в сфере трансграничных транспортных отношений. Существенной особенностью отношений ответственности, возникающих в процессе транспортировки, является наличие наряду с классическим цивилистическим подходом, возлагающим на перевозчика *полную* ответственность за причиненные убытки, принципа *ограничения его ответственности*.

Использование классического принципа цивилистики — полного возмещения ущерба перевозчиком во всех случаях, кроме вины третьих лиц, особенно в достраховой период, — без известной корректировки могло бы привести к стагнации развития *средств транспортировки* и нанести ущерб развитию цивилизации в целом.

Причина заключается в том, что средства транспортировки в целом характеризуются высокой стоимостью. Во временном измерении стоимость не становится меньше, разве что ее увеличение для участников транспортных отношений нивелируется ростом скорости доставки, увеличением объемов и эффективности грузовых операций. Следовательно, и суммы, компенсирующие ущерб, в том числе и за счет самих средств транспортировки, могут быть столь велики, что могут нанести непоправимый ущерб существованию транспорта.

¹ См. следующие разделы настоящей главы.

Осознание социальной функции транспорта как особого вида ответственности стимулировало развитие института ограничения гражданско-правовой ответственности перевозчика, но в строго определенных случаях.

Новизна подхода заключалась в осознании того, что перевозчик не может нести ответственность по обязательствам сверх определенной суммы независимо от размеров фактического ущерба. Действительно, умаление благ перевозчика или владельца транспорта, который в целом является источником риска, не может быть беспредельным. Риск должен осознать и разделять все участники правоотношения. Отсюда замена характерного для других отношений принципа вины принципом риска, т. е. осознанным, по мнению С. Н. Братуся, допущением всеми участниками транспортных отношений отрицательных имущественных последствий. Действительно, своя зона риска есть у пассажира, грузоотправителя и грузополучателя. Последнее является подтверждением того, что категория вины не рассматривается как единственное основание ответственности, и вина «уступила место» риску. Однако последнее не ведет к сужению поля действия полной ответственности, по крайней мере для случаев причинения ущерба жизни и здоровью пассажира, отступая только в случае вины третьих лиц.

В случае применения концепции полной ответственности речь идет об общих правилах возмещения ущерба, обусловленных договором перевозки на основании соглашения сторон, хотя бы и в допускаемых применимым правом пределах (неустойка, убытки при просрочке доставки и пр.). Принцип ограничения ответственности устанавливает пределы ответственности перевозчика пределами, обусловленными в первую очередь общецивилизационной задачей сохранения транспорта. В этих целях устанавливается предел ответственности для каждого вида транспорта и по особой для каждого вида транспорта методике.

Ограничения устанавливаются в максимальной или минимальной сумме для каждого вида транспорта с учетом его особенностей, а также особенностей транспортируемого объекта. Так, например, для морского транспорта характерна общая максимальная ответственность, зависящая от валовой вместимости судна: чем больше вместимость (тоннаж, дедвейт) судна, тем меньший коэффициент применяется при определении предела, выше которого ответственность быть не может. Суть этого правила в том, что, во-первых, сумма возмещения ущерба по всем искам не может быть выше установленного предела, во-вторых, создаются условия для сохранения наиболее высокотехнологичных судов, в-третьих, сумма выплат не может быть изменена ни в большую, ни в меньшую сторону.

Иной порядок ограничения ответственности установлен для воздушной, автомобильной, железнодорожной перевозки. В отличие от морской, он связан не с характеристиками средства транспортировки,

а с ее объектом. Минимальная сумма выплат, которая устанавливается для случаев возмещения ущерба, причиненного жизни и здоровью пассажира, груза, багажа, груза, может быть увеличена, но никогда не уменьшена. При этом как национальное законодательство, так и стороны контракта имеют право устанавливать более высокие пределы возмещения.

Современная система ограничения ответственности представляет собой сложный порядок сочетания ответственности по предъявляемым требованиям с приоритетом требований по защите прав на жизнь и здоровье, но с учетом *суммы общего предела* (так называемая концепция *одностороннего перелива*, выдвинутая А. Л. Маковским). Из нее следует, что при установлении общей суммы (предела) ответственности условно в 1000 единиц, которых явно не хватит для удовлетворения всех требований, приоритетными будут считаться требования, связанные с возмещением вреда жизни и здоровью. Однако если для остальных претензий не останется средств, будет установлен разумный предел и для них за счет уменьшения доли приоритетных выплат.

Таким образом, к началу XXI в. российская доктрина сформулировала три признака ответственности за вред, причиненный транспортным средством: 1) ограничение ответственности определенным размером, меньшим, чем стоимость средств транспортировки; 2) страховой характер ответственности; 3) в ряде случаев — отсутствие вины перевозчика при вменении ответственности.

В Преамбуле одного из последних по сроку принятия унифицирующих транспортных договоров — Монреальской конвенции для унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. — отмечается, что государства при ее принятии руководствовались как принципом наиболее полного возмещения ущерба, так и общеэкономической задачей сохранения транспорта. Комплекс норм об ответственности при осуществлении любых видов транспортной деятельности так или иначе решает эту двуединую задачу.

Особого внимания заслуживает проблема распределения ответственности между субъектами транспортного правоотношения. В этих целях в морском праве существует емкий термин «транспортное предприятие», которое включает перевозчика, грузоотправителя, грузополучателя. В иных видах транспорта действует та же цепочка, которая сложилась в отличие от морского права фактически. Возникает она при начале выполнения договора транспортировки и заканчивается завершением перевозки, в том числе и в силу деликта. Таково же и время существования «транспортного предприятия». (В иных видах сообщений под транспортным предприятием подразумевается фирма, юридическое лицо, но принцип распределения ответственности идентичен.)

Суду достаточно часто приходится решать важный для транспортных отношений предварительный вопрос о наличии вины причинителя-перевозчика по отношению к последствиям. Выбор компетентного права для решения этого вопроса возможен между коллизионным принципом места причинения или местом наступления негативных последствий. Особенно важно это при смешанной перевозке, поскольку каждый из составляющих ее транспортных сегментов имеет свой способ ограничения ответственности.

Для морской перевозки он определяется соответственно общей стоимостью судна и рассчитывается таким образом, что понижение коэффициента ограничения ответственности в денежном выражении обратно пропорционально дедейте судна. Таким образом, судно меньшей вместимости платит в процентном отношении к дедейте больше, чем танкер водоизмещением 300 тыс. т.

Особенности ограничения ответственности и установления ее пределов для морского транспорта регулируются Международной конвенцией ИМО об ограничении ответственности по морским требованиям 1976 г. с Протоколом 1996 г., в котором участвует и Россия. Конвенция унифицировала нормы, содержащие перечень случаев, являющихся основанием для ограничения ответственности, перечень лиц, действия которых также могут служить основанием для ограничения ответственности, установила порядок предъявления требований о возмещении ущерба, коэффициенты определения предела ответственности перевозчика. Для остальных видов перевозки аналогичные позиции, хотя и в менее разработанной форме, предусмотрены в регулирующих их договорах, таких как упомянутая Монреальская конвенция 1999 г., Афинская конвенция 1974 г. и др.

Для иных видов перевозки — авиа-, авто-, железнодорожной — предел ответственности рассчитывается, как было отмечено ранее, *относительно объекта перевозки*, но его установление также обусловлено задачей сохранения транспорта.

Для практики важна также проблема поиска права, применимого к отношениям в связи с возмещением ущерба к вторичным или сопутствующим (буксировочным, спасательным, лоцманским и др.) транспортным отношениям. В. П. Звеков предлагает решение коллизионной проблемы применительно к указанным видам отношений через право, образующее статут самого обязательства — *lex causae*. Тем самым под сомнение ставится применение классического коллизионного принципа *lex loci delicti commissi*, который вытесняется в ряде случаев также принципами наиболее тесной связи — *proper law*, законом страны регистрации или флага — *lex banderae*, законом страны суда — *lex fori*, а также законом, общим для причинителя или делинквента.

Российское законодательство в таких случаях (ошибка лоцмана, некачественное крепление груза и др.) при отсутствии избранного сторонами права в качестве применимого считает право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (см. п. 2 ст. 414 КТМ РФ).

14.2. Трансграничная морская перевозка

Понятие «международная (трансграничная) морская перевозка» в международном частном праве означает особый способ перевозки, характеризующийся наряду с общими признаками трансграничной коммерческой перевозки, такими как наличие качества трансграничности, наличие нескольких конкурирующих право порядков, в пределах которых она осуществляется, наличие коммерческих целей, наличие совместного перемещения в пространстве объекта перевозки и индивидуализированного средства перевозки, еще и спецификой морских пространств, включая особенности режимов их правового регулирования.

Приводимый перечень критериев классификации трансграничных морских правоотношений раскрывает их разнообразие и соответственно особенности регулирования. Последние зависят: 1) от видов связанного с перевозкой геопространства: суверенного или регулируемого международным публичным правом; 2) способа перевозки: чартерной без команды (кокню- или бербоут-чартер), чартерной с командой (димайз-чартер, тайм-чартер), или линейной, и соответственно от способа оформления перевозки (чартер, коносамент, накладная); 3) от видов объектов транспортировки (наливные, навалочные, негабаритные и др. грузы, пассажиры); 4) от видов вспомогательных (сопутствующих) транспортных отношений, связанных с фрахтовым рынком (агентских, брокерских), погрузочных операций (докерских, стивидорных, тальманских); аварийно-спасательных работ; страховых и кредитных (в том числе залоговых и ипотечных) и др. Есть основания классифицировать правоотношения, связанные с морским происшествием, как аварийные и неаварийные для более точного определения применимого права.

Перечисленному виду отношений соответствует и широкий субъектный состав, где основное место уделяется *перевозчику, представленному формальным перевозчиком, взявшим на себя ответственность по перевозке перед грузоотправителем, и фактическим перевозчиком, или субперевозчиком, который заключил договор с формальным о реальной перевозке, иначе — о продаже перевозки; формальному грузоотправителю как лицу, с которым заключен договор перевозки, или фактическому грузоотправителю; грузополучателю как лицу, уполномоченному получить груз, и держателю документов, которым может быть доверенное лицо, кредитор, лицо, осуществившее сделку «право на право» (*res in transitu*).*

В случае необходимости выбора применимого права перечисленные элементы правоотношения, включая сопутствующие (валюта платежа, лоцманская проводка, правила порта и др.), так или иначе вводят перевозку в статус трансграничного правоотношения и при отсутствии выбора права сторонами или унифицирующих договоров и обычаев могут быть причиной, осложняющей выбор применимого права в случае конфликта двух или более правовых систем.

Договор морской перевозки. Последнее обстоятельство даже при наличии надежной коллизионной отсылки к конкретной правовой системе не снимает проблемы предварительного вопроса о том, к какому виду сделок по национальному праву относится морская перевозка — оказанию услуги, аренде, фрахтованию и др.

Так, российская доктрина начала XXI в. (Б. В. Козлов, П. А. Фалилеев, В. А. Косовская, Т. Р. Короткий) не принимает позиции отнесения договора тайм-чартера к договору имущественного найма, поскольку судно может наниматься с экипажем, а люди не могут быть предметом имущественного найма; он *не может рассматриваться ни как договор аренды, ни как договор перевозки*, так как возможны случаи, когда фрахт уплачивается, а судно не используется по прямому назначению (летнее общежитие на воде, ресторан и пр., что невозможно при линейной перевозке). Критикуется также позиция оценки чартерной (трамповой, или «бродяжьей»)¹ перевозки как *договора по оказанию услуг* (В. А. Косовская) на том основании, что, поскольку для перевозки груза может быть зафрахтована часть судна или все судно, можно говорить именно об арендных отношениях, *разновидностью которых может считаться договор фрахтования судна*. Одновременно ею же отмечаются следующие отличия договора морской перевозки от договора собственно фрахтования: несопадение цели договоров — для договора перевозки характерно предоставление услуг по перемещению груза, для договора фрахтования — предоставление судна в пользование; арендная плата — фрахт — не зависит от эффективности эксплуатации судна; риск повреждения и гибели судна по договору морской перевозки в любом случае несет судовладелец, а по договору тайм-чартера риск частично несет и фрахтователь, если ущерб связан с его коммерческой деятельностью; по условиям кокню- или бербоут-чартера (без команды) риски полностью лежат на фрахтователе.

Общая позиция европейской доктрины — рассматривать договор морской перевозки как *договор подряда или его подвид* (Франция, Германия, Венгрия и др.).

Статьи 198, 211, 213 КТМ РФ 1999 г. определяют любой договор тайм-чартера (с командой или без нее) как предоставление судна судовладельцем в пользование вне зависимости от целей использования.

¹ От английского слова tramp — бродяга.

Отсюда возможны следующие выводы: 1) существующие расхождения национальных законодательств относительно классификации договора морской перевозки могут привести к существенным различиям при рассмотрении одного и того же дела в судах разных стран; 2) договор морской перевозки и его разновидности следует рассматривать как автономный вид договора, чтобы снять хотя бы проблему *предварительного вопроса* в процессе поисков применимого права; 3) коллизионный способ регулирования со всеми его особенностями занимает достаточно прочные позиции, поскольку общий уровень унификации материальных норм оставляет желать лучшего.

Недостатки коллизионного регулирования применительно к морской перевозке. Основные направления их критики сводятся к следующему: внутригосударственное происхождение коллизионных норм ведет к коллизии коллизий; чужое право никогда не известно как свое; регулирование правоотношения морской перевозки не всегда подчинено традиционным привязкам, таким как закон места причинения вреда, если деликт имел место в открытом море, обращение к норме *lex banderae* — «закон флага» — требует предварительного выбора между конфликтующими правовыми системами, привязка, отсылающая к праву страны суда, не всегда означает выбор компетентного правопорядка, особенно в случае общей аварии, поскольку по решению собственника судна возможен заход в любой порт по выбору капитана (*forum shopping*). В доктрине отмечается также зависимость выбора применимого права из-за «многорежимности» пересекаемого пространства и вызываемой им «кумуляции суверенитетов», а также из-за особых рисков мореплавания¹.

Позиция России определяется положениями п. 1 и 5 ст. 1211 части третьей ГК РФ: п. 1 главной стороной договора перевозки в соответствии с принципом *lex venditories* называет *перевозчика, право которого и будет иметь решающее значение для регулирования договора*; из текста п. 5 следует, что «к договору, содержащему элементы различных договоров, применяются, если иное не вытекает из закона, условий или существа договора либо совокупности обстоятельств дела, *право страны, с которой этот договор, рассматриваемый в целом, наиболее тесно связан*».

Таким образом, справедливо утверждение, что коллизионная норма в коммерческом трансграничном транспортном морском отношении, как и в иных других, есть «норма с неопределенной отсылкой», и потому именно унификация материальных норм может рассматриваться как более предпочтительный способ регулирования морской перевозки.

Форма контрактов в связи с различными видами морской перевозки и сопутствующих ей отношений определяется территориальным (реальным) статутом правоотношения, т. е. правом места заключения до-

¹ Маковский А. Л., Иванов Г. Г. Международное частное морское право. Л., 1984.

говора — *lex loci contractus*, если стороны не относятся к государствам — участникам унифицирующих договоров, содержащих соответствующие унифицированные правила, например Брюссельской конвенции об унификации некоторых правил о коносаменте 1924 г. с Протоколами 1968 и 1979 гг. КТМ РФ определяет обязательную письменную форму для основного и сопутствующего перевозке договоров (буксировки, страхования и др.) в ст. 147, 201, 214, 227, 248.

Виды морской перевозки представлены исторически сложившимися чартерной (трамповой) и линейной, или публичной, перевозкой.

Чартерная перевозка в отечественной и зарубежной доктрине рассматривается в качестве средства трансграничной коммерческой перевозки индивидуального пользования, рассчитанного на нестандартные, сезонные, негабаритные грузы или перевозку по нерегулярным заказанным маршрутам, не освоенным линейными перевозчиками.

Такая перевозка имеет несколько разновидностей, но в целом характеризуется следующими признаками: а) отсутствием связи с постоянными районами плавания; б) отсутствием определенных тарифов и зависимостью от конъюнктуры фрахтового рынка; в) как правило, отсутствием связи с определенными грузами; г) наличием чартера — разового договора перевозки, причем фактор ее протяженности во времени (несколько рейсов, сезон и др.) не имеет значения при наличии остальных признаков; д) отсутствием унифицирующих договоров и наличием в качестве основного регулятора правоотношений чартера как договора перевозки, регулируемого в основном нормами национального права и *проформ*, т. е. норм негосударственного характера; е) наличием как реального (собственника), так и фактического (фрахтователя или субфрахтователя) перевозчика; ж) обязательной подачей нотисов: первоначального — о времени прихода судна в порт и позднего — о готовности судна к погрузке.

Перечисленные признаки свидетельствуют о разнообразии связанных с чартерной перевозкой договоров. Наиболее часто используемыми видами являются договор фрахтования судна с командой, без команды, с предоставлением всего судна или части помещений, на один или несколько рейсов — *space-charter*, на условиях предварительного фрахтования — *slot-charter*, договор аренды (как разновидность договора *time-charter*), который не всегда предполагает использование судна по прямому назначению — в целях перемещения груза.

Отсюда и сложности с регулированием чартерного сообщения и поиска применимого права, связанные с конфликтом квалификаций при классификации сделок в связи с фрахтованием судов для различных целей.

Так, отечественная доктрина склонна рассматривать тайм-чартер не как договор фрахтования (Г. Г. Иванов, А. Г. Калпин, А. Л. Маковский

и др.), а как договор аренды; английское право исходит из того, что в течение обусловленного периода судовладелец берется оказывать услугу по перевозке груза, погруженного на борт фрахователем, а не сдать судно внаем или в аренду. Сказанное свидетельствует о том, что, как отмечает В. Б. Липавский, английский законодатель не проводит различия между рейсовым (разовым) чартером и тайм-чартером. При бербоут- или кокню- («голых», без команды) чартерах и димайз-чартерах (с переходом команды под полное начало фрахователя) английское право следует концепции аренды, а не услуги. Таким образом, Англия избрала для дифференциации и чартерных договоров критерий контроля судовладельца над командой. При наличии контроля применяется коллизионное регулирование, адекватное сделке услуги, при его отсутствии — аренды.

Право США разделяет чартеры на две группы — димайз — и остальные. Первая группа относится к договорам аренды, вторая — к договорам услуги, что удобно для поисков применимого права.

Различие критериев классификации чартеров в английской и американской практике, как и в практике иных государств, приводит к конфликту квалификаций и поиску ответа на вопрос о том, к нормам какого из внутренних институтов права следует прибегнуть для регулирования спора. Ясно, что при рассмотрении дела в Англии и США ответы будут различны, как и применимое к договору право.

Линейное (регулярное или публичное) судоходство относится к транспорту *общего пользования*, осуществляющему перевозку пассажиров, груза или грузо-багажа по обращению любого лица, на основании публичного, типового, одинакового для всех договоров, на определенных географических направлениях и по заранее обозначенному маршруту, с определенными остановками — линии, по единым тарифам. Документом, легализующим обязательства сторон и саму перевозку, является *линейный коносамент*, содержание которого в основном связано с перемещаемым объектом, хотя на оборонной стороне коносамента и обозначаются условия линейной морской перевозки. Так, в отличие от чартерной перевозки грузоотправитель не выбирает место на судне, подчиняясь судовладельцу, кроме случаев размещения груза на палубе, что требует согласования и внесения в коносамент. Возможно предварительное бронирование места, что отмечается в букинг-ноте. Более полные сведения, если это требуется условиями «линии», содержатся в букинг-реквесте: это наименование сторон, краткая характеристика груза и его упаковки, название судна, размер фрахта, т. е. то, что может быть полезно при страховании груза или предъявлении претензий из причинения убытка.

Транспортная документация, оформляющая морскую перевозку, при отсутствии унифицирующих договоров между государствами участвующих в перевозке лиц зависит от *права места оформления* перевозки (реальный статут) или от *права страны участников* перевозки (личный статут). Общие позиции, касающиеся документации морской перевозки груза для Российской Федерации, в частности относительно прав и обязанностей сторон, изложены в ст. 141 КТМ РФ. Обязательства грузоотправителя состоят в своевременной передаче их перевозчику в необходимом комплекте — о выполнении портовых, санитарных, таможенных и других формальностей. В обязанности перевозчика входит получение документов, относящихся к судну, т. е. таких, как свидетельство на право ходить под флагом Российской Федерации или иного государства, свидетельство о праве собственности или договор фрахтования, лицензия на право пользования радиостанцией, мерительное свидетельство и др.

Объем пакета документов зависит от способа перевозки — чартерной или линейной.

Коносамент, сопровождающий линейную перевозку, представляет собой оборотный или необоротный распорядительный документ, выписываемый в нескольких последовательно пронумерованных экземплярах с неограниченным количеством копий для участников сопутствующих морской перевозке отношений. Предъявление одного из пронумерованных экземпляров коносамента лишает действительности остальные.

Коносамент подтверждает наличие договора перевозки, рассматривается как расписка в получении перевозчиком груза и основание для ответственности за недоставку груза в том виде, как это обозначено в коносаменте; он может быть документом смешанной перевозки, а также товарораспорядительным документом в руках держателя.

Виды коносамента зависят от намерений держателя (грузоотправителя) по распоряжению грузом — если без продажи в пути, то выписывается *классический необоротный*, выписанный на конкретного получателя, — *straight bill of lading*, что, однако, не мешает держателю учинить передаточную надпись — *to a named person* — взамен первоначальной; *коносамент на предъявителя* — бланковый, передаваемый путем вручения получателю; если держатель намерен осуществить передачу, то выписывается *ордерный коносамент* — *order bill of lading*, означающий, что он выдан приказу лица, которое имеет право распоряжения грузом через передаточную надпись, подтверждаемую заверенной подписью; приказ делается в пользу отправителя, получателя или банка в зависимости от условий поставки товара; при наличии нескольких передаточных надписей на коносаменте груз выдается по последней.

Особым видом товарораспорядительного документа может быть заменяющая коносамент накладная, которая следует вместе с грузом, не дает права распоряжения грузом в пути и предназначается только для преодоления разрыва во времени прихода в порт назначения груза и коносамента. Форма накладной подчиняется реальному статусу, однако Международным морским комитетом предложены для таких случаев Унифицированные правила для морских накладных.

Соответственно назначению и процедуре перевозки различают **бортовой коносамент**, подтверждающий принятие груза на борт; **небортовой коносамент** — в случае принятия груза на хранение в целях уточнения даты перехода риска при наступлении страхового случая; **прямой, или сквозной, коносамент** — *through bill of lading при* унимодальной перевозке с перегрузкой в пути следования на другое судно; долевой коносамент — **delivery order** — при парцельной выгрузке товара различным получателям, но без права распоряжения товаром в пути; **«чистый» коносамент** — без оговорок по поводу состояния и качества груза, особенно при намерении продать груз в пути, но сопровождаемый гарантийным письмом отправителя о принятии на себя в будущем возможных убытков; **контейнерный коносамент**, не предусматривающий досмотра груза, содержащий требование о проверке пломб и общего веса. В целях удобства пользования коносаменты различаются по цвету.

Морская перевозка в целом по сравнению с другими видами транспортировки характеризуется наличием особых подходов к регулированию ряда отношений. Это касается понятий частной и общей аварии, института залога, ипотеки и ареста судов, квалификация и толкование этих понятий в национальных правовых системах существенно разнятся.

Понятие общей аварии сформировалось параллельно с понятием *транспортного предприятия*, которое было представлено одновременно на судне и судовладельцем, и грузоотправителем, и грузополучателем. Отсюда под общей аварией понимается не аварийный случай как таковой, а способ возмещения убытков и расходов, понесенных во время перевозки: они подлежат распределению между судном, фрахтом и грузом соразмерно их причинению.

Согласно позиции российской доктрины (О. Н. Садилов, А. Л. Маковский, О. В. Кулистикова, В. В. Самуленков) для отнесения убытков к общей аварии требуется, чтобы расходы и убытки были разумными, намеренными, чрезвычайными, понесенными сторонами в целях спасения судна, груза и фрахта от общей для них опасности, притом что опасность должна наступить до момента принятия мер по спасению, а также должна быть реальной и достаточно серьезной.

Регулирование отношений в связи с общей аварией связывается с наступлением страхования морской перевозки и обострением конфликтов ввиду различий в понятийном аппарате национальных правовых систем. Первая конференция по унификации законодательства была созвана в 1860 г. по инициативе агентства Ллойда, Ливерпульской организации страховщиков и торговых организаций. На Международном конгрессе по общей аварии 1864 г. и в последующие годы — 1876, 1890, 1924, 1949, 1979, 1990, 1994 гг. было создано несколько редакций Правил по общей аварии, в результате чего количество самих правил было увеличено, а сторонам, государства которых не были участниками ни одной из редакций Правил, было предоставлено право при заключении договоров фрахтования и оформлении коносаментов по согласию ссылаться на любую редакцию. Россия приняла несколько редакций, и в настоящее время положения КТМ РФ основаны на редакции Йорк-Антверпенских правил 1994 г., что придало им юридическую силу.

При отнесении морского происшествия к *частной аварии* порядок общего распределения — на всех участников транспортного предприятия — отсутствует. Ответственность за понесенные убытки возлагается на их причинителя.

Так, подмочка или иное повреждение груза вследствие недостатков в судовождении относится к частной аварии. Случай повреждения судна или другого груза в результате заделывания пробоины для спасения судна или остатков ранее поврежденного груза будет отнесен к общей аварии. Или: судно, пытаясь избежать столкновения или для выхода из области действия тайфуна, умышленно направляется капитаном на мель. Это также ситуация общей аварии.

Понятие морского залога судна исторически возникло в связи с чартерной перевозкой для обеспечения прав грузоотправителя, оформившего перевозку груза и сдавшего его перевозчику. Право залога в этом случае рассматривалось как «спящее право», завершающееся вместе с исполнением договора перевозки или возникновением юридического факта, давшего начало другим отношениям, например при частной аварии. Возможны две позиции для обозначения *начала* залоговых отношений и сопутствующих им требований: *формальная*, считающая началом залоговых отношений оформление договора перевозки, и *реальная*, связывающая возникновение права залога на судно с фактическим принятием товара на борт. В любом случае залогодержателем считался грузоотправитель, но применимое право могло определяться либо по праву места заключения договора перевозки, либо по праву места погрузки. Аналогично мог варьироваться и конечный результат иска.

При заключении договора тайм-чартера, когда речь идет об использовании судна в течение определенного времени, и не всегда для целей перевозки, право на залог возникает в момент передачи судна собственником фрахтователю.

Своеобразным видом залога судна является бодмерея (*bottomry*), характеризующаяся тем, что судно кредитруется на короткий срок и с целью обеспечения судна всем необходимым для завершения рейса и получения таким образом необходимых для выплаты кредита средств. Естественно, что никакая регистрация договора залога в этом случае, как правило, не требуется.

Сложность регулирования отношений морского залога в настоящее время заключается в том, что даже при участии государства в унифицирующей Международной конвенции о морских залогах и ипотеках 1993 г. (далее — Конвенция 1993 г.) к регулированию ряда вопросов применяется национальное право.

Так, не везде существует требование регистрации залоговых отношений, особенно если они возникают в силу закона; не везде применительно к залоговым отношениям судно рассматривается как недвижимое имущество; не везде право залогодержателя рассматривается как привилегированное при установлении очередности выплат после продажи судна, находящегося в залоге; не везде сходен порядок перехода требований, обеспечиваемых залогом судна, и др. Так, в Российской Федерации морской залог продолжает обременять судно независимо от перехода прав собственности на судно или изменения его регистрации, а по праву США судно, проданное для обеспечения требований к судну (*in rem*), после продажи не считается обремененным залогом. В праве Российской Федерации (как и в Конвенции 1993 г.) требования из морского залога имеют преимущество перед требованиями, вытекающими из ипотеки, а в США они уступают ипотеке.

Сам морской залог реализуется в случае продажи судна или предоставления иных возможностей для прекращения состояния залога в порядке очередности требований к собственнику судна, фрахтователю или иному доверенному лицу для обеспечения требований, из которых первоочередными являются следующие: выплаты экипажу; выплаты из причинения смерти или вреда здоровью в связи с эксплуатацией судна; вознаграждение за спасание судна; портовые, канальные, лоцманские сборы; другие требования. Положения Конвенции о порядке выплат могут быть дополнены требованиями, вытекающими из национального закона и возникшими в связи с ремонтом, строительством или реконструкцией судна. Однако этот порядок нарушается, если ранее имелся залог, связанный со спасанием судна и возникший ранее, чем могли возникнуть перечисленные основания для выплат (ст. 5).

Конвенция (ст. 10) допускает уступку или передачу требования, обеспеченного морским залогом. Выкуп требования означает выкуп и возвращение судна залогодателю.

Ипотека морских судов (залог недвижимости) характеризуется принудительным регистрационным порядком в реестре страны флага судна об имени и адресе кредитуемого, суммой обременения, открытым доступом к информации для публичной проверки, дополняемым письменным нотариально удостоверенным договором ипотеки. Для России по ГК РФ судно является недвижимостью, в силу чего ипотека возникает только при наличии договора и требует государственной регистрации.

Статья 3 Конвенции 1993 г. запрещает государству-участнику исключать сведения о судне из реестра до тех пор, пока не будут выплачены все суммы обременений или не будет получено согласие всех держателей ипотек (или иных обременений) на их исключение. Поскольку в данном случае допускается применение национального права, всем заинтересованным лицам должны быть предоставлены возможности для защиты своих интересов. Особенно это касается случаев изменения регистрации и перехода права собственности (наследование, дарение).

В ряде стран требования из ипотеки пользуются приоритетом по сравнению с иными требованиями, в частности с залогом. Внутри очередности по выплатам привилегированным получателем среди кредиторов является залогодержатель.

Арест судна по Брюссельской конвенции об аресте судов 1952 г., замененной в 1999 г. Женевской конвенцией об аресте судов коммерческого назначения (далее — Конвенция 1999 г.), является способом обеспечения морского требования, вытекающего из залога, ипотеки или иных обременений судна.

Обстоятельства, в связи с которыми возникает право требования ареста, можно классифицировать следующим образом: из невыполнения договоров, сопутствующих договору перевозки; из нарушения самого договора перевозки; из непокрытых расходов в связи с судном; из нарушения социальных обязательств; из невыполнения обязательств по ипотеке и залогом. Перечень, приведенный в Конвенции 1999 г., является закрытым.

По перечисленным обстоятельствам может быть арестовано любое судно, но только если оно принадлежит на праве собственности лицу, являющемуся ответственным по морскому требованию или фрахтователю по бербоут-чартеру, а последние являются лицами государств — участников Конвенции 1999 г.

На практике арест скорее означает побуждение к выполнению обязательств, вытекающих из морского требования. *Право* на заявление требования об аресте признается за судом государства-участника

и по национальному праву того государства, в котором арест наложен или запрошен. Конвенция 1999 г. не признает ареста судна вне связи с лицом, реально владеющим судном и отвечающим по возникшим требованиям. Связь с лицом, а не с самим судном, в случае ареста просматривается в том, что может быть арестовано и любое иное судно, если оно находится в распоряжении такого лица. Отсюда — меры защиты лица, в виде ли депозита (контробеспечения), если на территории страны суда заявитель иска не имеет достаточной собственности оплатить судебные расходы при признании ареста необоснованным, или в случае требования слишком большого обеспечения.

Освобождение судна от ареста возможно при достижении сторонами соглашения о предоставлении гарантий о выполнении морского требования, но в пределах, не превышающих стоимости самого судна.

Арест судна, как отмечается в отечественной доктрине¹, не предусматривает с необходимостью его последующей продажи. Более того, возмещение, послужившее причиной ареста, может быть предоставлено за счет другого имущества должника, что невозможно при залоге или ипотеке.

14.3. Трансграничная воздушная перевозка

Международная (трансграничная) воздушная коммерческая перевозка осуществляется в геополитической сфере международных и национальных территорий, но не по принципу открытого неба, а при условии выделения особых зон — международных воздушных или договорных линий (транспортных коридоров), с определяемой государствами емкостью, т. е. пропускной способностью, характеризующейся количеством рейсов, а также нижней и верхней границей линии (коридора), дающей представление об интервалах между нижним и верхним эшелонами, предназначенными для встречного движения. Кроме того, государства имеют право взимать сборы за пролет (включая диспетчерскую проводку) над своей территорией, как, например, это делает Россия при пролете над Сибирью.

Так, в феврале 2008 г. в Московский арбитражный суд поступило 8 исков *Lufthansa versus* (Россия) в связи с оспариванием предъявленных Россией требованием оплаты оборотных налогов, главным образом социального налога. С подобными претензиями Россия обращалась к авиакомпаниям Турции, Белоруссии, Нидерландов. В на-

¹ Иванов Г. Г. Правовое регулирование морского судоходства в Российской Федерации. М.: СПАРК, 2002. Гл. XIII. С. 426; Маковский Ю. Б. Транспортное право. М.: Былина, 2002. Разд. 1. Гл. 20. С. 142–152.

ябре 2007 г. дочернее предприятие *Luftgansa* в России — *Luftgansa-Cargo*, не имея разрешения, совершала транзитные перелеты из Европы в Юго-Восточную Азию с технической посадкой в Астане (Казахстан), что позволяло головной компании избегать оплаты пролетов за использование транссибирского маршрута.

Источники института воздушной перевозки. Трансграничное коммерческое использование суверенного воздушного пространства с участием невластных субъектов реально началось в первой четверти XX в. Первый значимый и действующий по настоящее время универсальный юридический унифицирующий документ — Варшавская конвенция о воздушной перевозке грузов — был принят в 1929 г. (далее — Конвенция 1929 г.), последующий — Чикагская конвенция о международной гражданской авиации — в 1944 г. (далее — Конвенция 1944 г.). Оба документа в процессе развития трансграничного *воздушного* сообщения неоднократно дополнялись, в результате чего в настоящее время сложились на базе указанных конвенций два так называемых пакета, содержащих унифицированные материальные и коллизионные нормы. С принятием в 1999 г. Монреальской конвенции об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок (далее — Конвенция 1999 г., вступила в силу 4 ноября 2003 г.), объединяющей положения обоих пакетов, связывают начало нового этапа процесса унификации норм, регулирующих трансграничные воздушные сообщения.

К его основным особенностям можно отнести следующие: создание единого и понятного правового режима ответственности перевозчика на международных линиях; перенос акцента защиты с прав перевозчика на защиту прав пассажира и установление абсолютной ответственности за ущерб его жизни и здоровью независимо от вины перевозчика; повышение пределов ответственности перевозчика в силу большей технической оснащенности и развития авиатранспорта; сочетание унифицированных материальных и коллизионных норм в виде отсылок к национальному праву при определении объема и характера вреда, подлежащего возмещению¹.

Большое значение для регулирования отношений воздушной трансграничной коммерческой перевозки (далее — ВТП) имеют двусторонние и региональные договоры. Так, Россия в начале XXI в. обновила около 20 соглашений, в том числе — со странами СНГ и Евросоюзом.

Для регулирования отношений в связи с ВТП используются обыкновения, складывающиеся на основе типовых документов, проектов

¹ См: *Остроумов Н. Н.* Монреальская конвенция об унификации некоторых правил воздушных перевозок 1999 г. и ответственность перевозчика за жизнь и здоровье пассажира // Московский журнал международного права. 2004. № 4; *Смирнов А. Е.* Монреальская конвенция: консолидация документов варшавской системы и некоторые вопросы ответственности авиаперевозчика в международных грузовых перевозках // Там же. 2004. № 2.

конвенций, резолюций, проформ, и др., разрабатываемых международными правительственными и неправительственными организациями, их комитетами, конференциями и др. В их числе — ИКАО (Международная организация гражданской авиации), ЕКГА (Европейская конференция гражданской авиации), ИАТА (Международная ассоциация воздушного транспорта), Евроконтроль (Европейская организация по безопасности воздушной авиации), КОКЕСНА (Центральноамериканская организация по обслуживанию гражданской авиации), МАК (Межгосударственный авиационный комитет стран СНГ).

Особое место в регулировании ВТП занимают акты ИКАО, принимаемые в порядке, типичном для международных межгосударственных организаций, в виде резолюций. Однако в доктрине сложилась позиция об их особом значении для ВТП из-за важности регулируемых ими вопросов и быстроты их исполнения. Действительно, большинство документов, рекомендуя те или иные мероприятия, в первую очередь по снижению рисков ВТП, способствуют повышению конкурентоспособности перевозчика или аэропорта как участника ВТП. Последним обстоятельством объясняется ошибочное впечатление, что они являются практически юридическими нормами. Однако, несмотря на эффективность и скорость их учета практикой, они не могут преодолеть барьер между юридическими нормами и обычными, но выделены в особую группу под названием прозелитных.

Доктринальное определение воздушной трансграничной коммерческой перевозки включает следующие признаки: особенность среды осуществления перевозки; ее трансграничность; невластный характер субъектов ВТП; коммерческий характер ВТП; особенности правового регулирования путем снятия коллизионного вопроса.

Юридическое определение воздушной перевозки в международном частном праве существует в двух вариантах: по Конвенции 1929 г. таковой считается всякая перевозка (Конвенция не делает различия между коммерческой и некоммерческой перевозкой), при которой с согласия сторон место отправления и место назначения вне зависимости от того, имеется ли перерыв в перевозке или перегрузка, расположены либо на территории двух договаривающихся сторон, либо на территории одной и той же стороны, если остановка предусмотрена на территории другого государства, даже если это государство не является договаривающейся стороной в Конвенции. Конвенция 1999 г. повторила это определение, включив в него в качестве субъектов также государства и иных лиц публичного права.

В целях более полного понимания трансграничной воздушной перевозки как института международного частного права определение следовало бы как минимум дополнить указанием на объект перевозки (так, Конвенция 1929 г., в отличие от Конвенции 1999 г., не предусма-

тривала перевозки почты), на ее невластный характер, коммерческую составляющую.

Коммерческий характер ВТП, ранее выражавшийся в предоставлении государствами концессий на использование суверенного воздушного пространства, в настоящее время определяется положениями Конвенции 1944 г. о видах *свобод воздуха, предоставляемых государствами друг другу на основе материальной, а не презюмируемой взаимности*. В настоящее время действует восемь свобод воздуха: пять закреплены в Конвенции 1944 г., три — обычно-правовые. Свободы воздуха обеспечивают защиту экономического суверенитета государства, *во-первых*, позволяя государству ограничить права иностранного перевозчика в национальном воздушном пространстве и защитить тем самым перевозчика отечественного; *во-вторых*, с учетом принципа материальной взаимности дать возможность отечественному перевозчику пользоваться аналогичными правами в воздушном пространстве договаривающегося государства (государств).

Первая свобода — право транзита без посадки. Россия из-за своих размеров и выгодного географического положения получает большой доход от транзита над территорией Сибири и Дальнего Востока. Еще больший доход может быть получен от открытых 1 февраля 2001 г. кросс-арктических трасс, которые связывают оба полушария и дают выигрыш в протяженности пути, во времени полета и экономии горючего не менее чем в три раза.

Вторая свобода — транзит с правом посадки в некоммерческих целях, т. е. без права брать на борт груз, пассажиров, почту, но с правом дозаправки, ремонта и др. (см. Соглашение России и Македонии о воздушном сообщении (вступило в силу в 2001 г.)).

Третья свобода — право *высаживать* на территории одного договаривающегося государства груз, пассажиров, почту другого договаривающегося государства. Как правило, она является основанием для обмена чартерными (нерегулярными) рейсами (см. Соглашение между Правительством РФ и Правительством Брунея Даруссалама (вступило в силу в 1998 г.)).

Четвертая свобода — *право принимать* на борт грузы, пассажиров, почту с территории договаривающегося государства на свою территорию. Как правило, третья и четвертая свободы объединяются и читаются так: «право высаживать и принимать» (см. Соглашения России с Таджикистаном о воздушном сообщении (вступило в силу в 2001 г.), Молдовой (в 1996 г.), Словакией (в 1996 г.)).

Пятая свобода — право совершения с этими же целями полетов *в третьи* страны и из них — на территорию страны — партнера по соглашению. Ее формула, равно применяемая Россией, — «грузы, пассажиры международного следования» (Соглашение России

и Грузии (вступило в силу в 1994 г.) или «на территории третьих стран» (Соглашение со Швейцарией (вступило в силу в 1997 г.)). В отечественной доктрине рассматривается концепция относительно «урезанной» пятой свободы с остановкой на маршруте — *stop over*¹. Она дает право перевозки пассажиров, сделавших остановку, но не высадку на маршруте, как правило, на срок не более года, если таковой предусмотрен билетом, но только из договаривающихся стран, а не из тех, где начинается рейс. Пятая свобода в классической формулировке таких ограничений не знает.

Шестая свобода дает право осуществлять перевозки между третьими странами через свою территорию и в отличие от пятой позволяет не различать начальный и конечный путь для любых иностранных граждан, при этом ограничивая других иностранных перевозчиков (Например, рейсы Париж — Москва — Токио, Лондон — Москва — Токио и др.). Она снимает проблему пересадки с рейса на рейс и тем самым дает возможность занятия рынка перевозок. По коммерческому эффекту — одна из самых выгодных коммерческих ВТП.

Седьмая свобода дает право практически свободного полета между своей и третьими странами, минуя свою страну и производя посадку в третьих странах, как в своих. Россия использовала эту свободу до конца XX в., сейчас пробует восстановить ее через участие в пулах.

Восьмая свобода — право каботажных перевозок между аэропортами договаривающихся государств. Статья 7 Конвенции 1944 г. ограничивает ее, используя ссылку на режим наиболее благоприятствуемой нации. В результате эта статья реально читается как «привилегия всем или никому». Россия пока не использует восьмую свободу.

Кроме формального предоставления свобод по договорам, государства оставляют за собой право определять емкость линий, плату за пользование своим воздушным пространством, так как каждое заинтересовано в развитии своих линий. Сегодня, когда мировой воздушный рынок уже поделен, а национальный протекционизм не поощряется, появились концепции о создании единого пространства и единого рынка ВТП, но нет сомнений, что и там конкуренция будет достаточно жесткой. Так, в этом десятилетии заявила о себе дискаунтная, т. е. дешевая, без особых обязательств для перевозчика перевозка пассажиров. В России эти рейсы совершает национальная компания **Sky Express**.

Субъекты правоотношений коммерческой воздушной перевозки представлены самым широким кругом лиц, объединяемых юридическим способом — по договору трансграничной воздушной перевозки.

¹ Грязнов В. С. Коммерческие права в международных воздушных сообщениях // Международное воздушное право. Кн. 1. Гл. V. М., 1980.

Перевозчик в ВТП независимо от того, является он физическим или юридическим лицом, имеет статус назначенного. Это означает, что, во-первых, его *личным статутот является право назначившего государства*, во-вторых, его кандидатура согласована с принимающим государством. Таким способом государство осуществляет контроль над назначенным перевозчиком. Причина сложившейся ситуации заключается в предотвращении возможности использования для полетов судов недружественных государств, в стремлении защитить «своего» перевозчика, а также в недопущении косвенного получения выгод государством, не являющимся стороной в договоре.

Воздушный кодекс РФ 1997 г. (в ред. 2007 г.) определяет трансграничного перевозчика как эксплуатанта, являющегося собственником или фрахтователем (арендатором) воздушного судна и имеющего лицензию на «деятельность по осуществлению и обеспечению воздушных перевозок (внутренних и международных) пассажиров, багажа, грузов и почты на коммерческой основе» (ст. 9).

В качестве перевозчиков в Конвенции 1944 г. названы смешанные эксплуатационные общества при условии, что их участники будут принадлежать к государствам — участникам Конвенции 1944 г., являющимся членами ИКАО. В этом случае государство — собственник судна может передать его в пользование организации, оставив за собой право собственности. При этом возможна коллизия между правом государства регистрации судна и правом государства-пользователя или статутом компании.

Так, в 1961 г. 19 стран Африки учредили сроком на 99 лет компанию Air Afric; существуют компании, созданные не на основании межгосударственных договоров, а на уровне авиапредприятий, в том числе и обслуживающих полеты.

Упрочивают свои позиции так называемые пульные соглашения, действующие по принципу раздельного несения расходов и договорного распределения доходов между входящими в пул авиапредприятиями. Участники пула на основе взаимности пользуются транспортными линиями друг друга, но при условии так называемых перекрестных двусторонних межгосударственных соглашений о допуске иностранных перевозчиков к полетам над своей территорией. Пульные союзы предполагают наличие *как бы одного перевозчика* на определенных линиях и консолидацию всех прибылей в одних руках.

С 2006 г. «Аэрофлот» России, наряду с 10 иностранными компаниями, входит в пул Sky Team. Цель принятия в пул российского перевозчика, по словам Ж. Спинетты (Air France), заключается в возможности использования обширной сети полетов внутри России — каботажных полетов, что вообще большая редкость в пользовании свободами воздуха. По прогнозам, в следующем десятилетии сфор-

мируются несколько пулов, куда войдут основные компании мира. Аналогичный результат может быть достигнут через соглашение код-шеринга, т. е. обмена кодами в пути следования или пользования единым кодом, как, например, между Россией и Испанией, Россией и Эстонией, и с некоторыми другими странами при осуществлении чартерных рейсов в целях более эффективной эксплуатации одного маршрута.

Можно предположить, что появление перевозчиков такого рода заставит государства предпринять усилия по унификации материальных или коллизионных норм для регулирования отношений с их участием.

Статут воздушного судна. Воздушные суда, за небольшим исключением, относятся к категории квазинедвижимости и подлежат обязательной государственной регистрации. Соответственно статут судна (и его статус) определяется правом государства регистрации, что, в свою очередь, важно при поиске права, примененного к перевозке в целом и сопутствующим ей отношениям. Правда, ст. 17 Конвенции 1944 г. допускает переход регистрации при сделках продаж и дарения. Более сложным является вопрос о статуте судна в случае лизинга или покупки перевозки — фрахтовании судна при местонахождении фрахтователя в иной, чем государство регистрации, стране.

Особо стоит вопрос о статуте членов экипажа воздушного судна вследствие разнонационального состава и в случае фрахтования или лизинга. На практике в большинстве случаев он решается либо путем сохранения личного статута членов экипажа, что дает государству гражданства право на их защиту, либо по статуту реального пользователя, либо — государства регистрации. Общее правило — государство самостоятельно решает вопрос о соотношении разнонациональных лиц в составе экипажей. Так, Бразилия допускает на временной основе пребывание иностранцев в составе экипажа, Колумбия допускает к полетам в первые годы работы новой компании до 75% иностранцев, оставляя в конце 11-го года 25%; допускает работу иностранцев в компаниях Болгария, ситуационно — США, Италия, Перу.

Стандарты документов о квалификации разработаны ИКАО. Особое место в деятельности экипажа отводится командиру или пилоту. Судебная практика показывает, что в случае ошибки командира ответственность возлагается на судно. Презюмируется, что он обладает достаточным количеством знаний и полномочий, чтобы выполнить или критически отнестись к указаниям навигационной службы. Так, вопрос о возложении ответственности за аварию над Боденским озером (Германия) на судно «Башкирских авиалиний» был поставлен именно таким образом. Попытки унификации норм,

определяющих статус командира, были безрезультатны ввиду несходства позиций государств.

Унифицированного конвенционного определения понятия воздушного судна не существует, следовательно, реален конфликт квалификаций при решении вопроса об отнесении судна к одной из категорий собственности и соответственно — о применимом праве. Классификация и определение понятия воздушного судна в национальном праве даны весьма произвольно; в Аргентине они подразделяются на публичные и частные, в России — на государственные и индивидуально-предпринимательские, есть такие формулы, как «допущенные к полету» или «суда государства — члена ИКАО» и др.

Транспортная документация при выполнении трансграничной воздушной перевозки осуществляется по грузовой авианакладной, содержание которой основывается на проформах, в целом соответствующих Правилам ИАТА. Авианакладная не является в отличие от коносамента оборотным (товарораспорядительным) документом. Она выполняет функции расписки в приеме груза к перевозке и свидетельствует о заключении договора перевозки, являясь существенной составляющей пакета перевозочных документов. Авианакладная состоит из 3 оригиналов и 9 копий. Оригиналы используются перевозчиком, отправителем и грузополучателем, подтверждая их участие в воздушной перевозке. Копии служат для сопутствующих перевозке целей — они применяются при смешанной перевозке последующим перевозчиком, а также при таможенной очистке, при агентировании перевозки и др. Накладная оформляется на английском языке и имеет более 40 боксов. В них отражаются основные сведения об участниках перевозки, о перевозимом грузе, условиях доставки и оповещения о прибытии груза, другие данные. Несмотря на идентичность разделов проформ накладных, они подчиняются правилам места заполнения — *lex loci contractus*.

Ряд особенностей авиаперевозки связан с необходимостью подвоза и вывоза груза к судну, что делает авиаперевозку как бы смешанной; с другой стороны, авиаперевозка не будет считаться смешанной и не утратит качества авиаперевозки, включая применимое к перевозке на этом основании право, если авиаперевозчик, исходя из интересов грузоотправителя, использует для ее исполнения иной вид транспорта. На практике такая перевозка «с заменой» осуществляется по авианакладной и в случае возникновения деликта или иных конфликтных ситуаций регулируется нормами, применяемыми к авиаперевозке¹.

¹ Подробнее о праве, применимом к договору перевозки, см.: *Канашевский В. А.* Международное частное право: учебник. М., 2006. С. 410.

14.4. Трансграничная железнодорожная перевозка

Трансграничные железнодорожные перевозки имеют ряд очевидных преимуществ перед иными видами перевозок. При их безопасности и малом риске как сухопутной перевозки это еще и относительно невысокая стоимость оборудования транспортного железнодорожного коридора.

Так, в 2007 г. Россией, Белоруссией, Германией, Польшей в рамках Международного союза железных дорог было создано и зарегистрировано в Москве ЗАО «Евразия Рейл Логистикс» с целью интенсификации перевозок по транспортному коридору Берлин — Варшава — Минск — Москва — Нижний Новгород. Планируется заключение трехстороннего соглашения о строительстве новой железнодорожной ветки между Россией, Ираном и Азербайджаном, которая завершит формирование транспортного коридора «север — юг», обеспечив кратчайшие пути сообщения со странами Балтийского региона по схеме Санкт-Петербург — Москва (с ответвлениями на Минск и Киев) — Астрахань — Ноушехр — Бендер-Аббас (Иран) — морем через Северный Каспий на Бомбей. Планируется создание транспортного коридора «восток — запад» от Китая через страны Центральной Азии в Россию, а далее — в Финляндию и Норвегию с последующей целью дополнения железнодорожного коридора морским транспортным коридором до восточного побережья Северной Америки.

Трансграничные железнодорожные перевозки являются индивидуализированным средством транспортировки. Это обеспечивает наблюдение за передвижением груза с учетом пересечения границ национальных правопорядков, что важно в случае смены собственника груза во время движения. При железнодорожных перевозках приходится больше груза на единицу транспортного средства; они эффективно вписываются в смешанную перевозку, страхуя возможные разрывы на маршруте; они легки в контроле, так как имеют номер и точный путь следования. С позиций МЧП они характеризуются признаками трансграничности, возмездности, регулируемости при помощи как коллизионных, так и унифицированных материальных частнопроводных норм.

Трансграничные железнодорожные перевозки классифицируются: по ширине государственной колеи¹, что в ряде случаев может требовать перегрузки (отсюда в доктрине дискутируется вопрос о том, не является

¹ В настоящее время существует около 20 стран с большим или меньшим различием разрыва по ширине колеи. Россия имеет колею 1520 мм. Претендуя на создание европейских логистических центров, Чехия, Словакия, Польша готовы подвести к ним железнодорожные пути с колеями 1520 мм.

ли это заключением нового договора со всеми юридическими последствиями, в том числе с возможностью подчинения правоотношения иному праву); *по видам перевозимых объектов*, перевозка которых идет по «своим» договорам и проформам (так, например, пакет Бернских конвенций представлен отдельно документами о перевозке грузов и пассажиров); наконец, *по видам самой перевозки*, которая может быть только железнодорожной или сочетаться с другими видами перевозки. Таковы *железнодорожно-паромная перевозка*, действующая во многих странах (в 2007 г. из Калининграда в Санкт-Петербург пущен паром, вмещающий 47 грузовых вагонов); *смешанная бесперегрузочная железнодорожно-автомобильная* (контрейлерная) *перевозка*; *контейнерная*, на паллетах или с использованием других видов упаковки; *комбинированная*, осуществляемая при объединении различных видов транспорта, в том числе и железнодорожного, но по одному транспортному документу в одном и том же транспортном месте.

Предлагаемая классификация обуславливает особенности поиска, применимого именно к железнодорожной перевозке права. *В первом случае* при наличии спора о возмещении ущерба, возникшего в связи со сменой колесных пар или перегрузке груза при переходе на другую колею, как указано в унифицирующих договорах, применяется генеральная привязка — право страны смены или перегрузки. Форма коммерческого акта при перегрузке, если он необходим, подчиняется праву страны его составления — *lex loci actus*. *Во втором случае* для снятия коллизионного вопроса применяются различные нормы, содержащиеся как в унифицирующих международных, так и в разнонациональных актах, применяемых к пассажирским и грузовым перевозкам с учетом их видов и особых характеристик (см., например, Базельскую конвенцию о трансграничной перевозке опасных грузов 1990 г., Соглашение стран СНГ о перевозке грузов на особых условиях 1996 г. и др.). Отсюда в подобных случаях при рассмотрении одного и того же спора результаты могут существенно различаться вследствие конфликта квалификаций, применения обратной отсылки и даже в случае применения оговорки о публичном порядке. *В третьем случае* каждый отрезок пути регулируется либо нормами национального права, относящимися к конкретному виду перевозки, либо нормами соответствующего унифицирующего документа при условии участия в нем страны перевозки.

Таким образом, очевидной и главной особенностью влияния фактора трансграничности на рассматриваемое отношение является его исходная подчиненность правовым системам как минимум двух стран — страны грузоотправителя и страны-грузополучателя, т. е. по принципу личного статута (*lex personalis, lex societatis*); более того, средства перевозки также меняют правопорядок (но не право страны регистрации как одно из оснований поиска применимого права) в момент перехода в сферу иного суверенитета. Таким же образом меняются провозная

плата, форма и порядок заполнения сопровождающих перевозку документов и др. Последнее обстоятельство объясняется достаточно высоким уровнем отсылок унифицирующих договоров к национальным правовым системам.

Государствами на региональном и двустороннем уровнях делаются попытки упорядочить ситуацию и придать регулированию большую стройность за счет формулирования общих положений — принципов, как это сделано в региональном Соглашении стран СНГ о принципах и условиях взаимоотношений в области транспорта (в том числе и в железнодорожном сообщении) и двусторонних соглашениях о железнодорожном сообщении с сопредельными государствами.

Общими для них являются такие, как взаимность, предоставление транзита, освобождение от налогов и сборов на прибыль, получаемую от перевозок по территории друг друга, стремление к унификации транспортного законодательства, применение внутреннего права в случае пробелов в регулировании.

Источники института в целом отражают отмеченные ранее особенности железнодорожной перевозки: в них предусматриваются вероятность подчинения *одной* перевозки нескольким правовым системам, сочетание и взаимное признание документов, заполненных по правилам каждого из участников правоотношения, применение разнонациональных тарифов и др. Эта же особенность касается и *сочетания и взаимодействия* положений унифицирующих договоров, поскольку практика сложилась таким образом, что государства разделены по принципу участия либо в Бернских конвенциях 1890–1980 гг. СИМ — СОТИФ с сопутствующими дополнениями, либо в СМГС, либо в группе, объединяющей Иран, Турцию, Ливию, Сирию¹.

Вследствие наличия большого числа двусторонних унифицирующих соглашений между странами систем СМГС и СИМ — СОТИФ последние содержат полностью идентичные или похожие положения. Это и единые коллизионные нормы, например об определении основных параметров груза по праву страны железной дороги отправления, о выгрузке груза по правилам страны дороги назначения, и унифицированные материальные нормы, касающиеся солидарной ответственности железных дорог стран — участниц обоих пакетов документов за своевременную доставку и сохранность груза, за снятие ответственности за доставку груза в вагоне или контейнере с ненарушенными пломбами; существенной чертой обоих пакетов является презумпция вины перевозчика за несохранность и нарушение сроков доставки груза, утрату документов, невыполнение указаний отправителя по изменению условий доставки груза.

¹ Железные дороги США и Канады осуществляют сотрудничество, как отмечает О. Н. Садиков, по соглашениям между железными дорогами.

В остальном различия в условиях перевозок между участниками Конвенций в случае следования груза между странами систем СМГС и СИМ — СОТИФ нивелируются через систему правил, предусмотренных Международным транзитным тарифом 1995 г., участницей которого является и Россия. В случае перегрузки предусмотрено переоформление накладной транзитной железной дорогой (по договоренности это обычно Польша, Словакия, Болгария) соответственно нормам права другой системы (СМГС на СИМ — СОТИФ или СИМ — СОТИФ на СМГС). Обе накладные следуют вместе с грузом, что создает впечатление единого документа, характерного для прямой перевозки.

Транспортные документы железнодорожной перевозки составляют более компактный по сравнению с иными видами перевозки комплект. Основным документом является накладная, соответствующая системе СМГС или иным системам. Комплект накладной (унифицированной в системе СМГС или СИМ — СОТИФ) включает *оригинал — первый лист*, заполненный на языках грузоотправителя и грузополучателя, следующий с грузом и передаваемый грузополучателю при условии оплаты перевозки. В противном случае находящийся в распоряжении железной дороги назначения груз рассматривается как залог, а применимым правом считается право залогодержателя. *Дубликат накладной* остается у грузоотправителя, подтверждая заключение договора перевозки, а также право грузоотправителя изменить договор перевозки или предъявить претензии к железной дороге. Для дороги назначения предназначается *лист выдачи груза*; факт прибытия груза и передачу его получателю подтверждает *лист уведомления о прибытии груза*. Кроме того, заполняется некоторое число листов для иных дорожных нужд — транзита, таможенных, санитарных и иных. Осуществляемые на территории России меры контроля, расчеты за железнодорожный транзит, составляемые в случае причинения вреда документы составляются по праву России.

14.5. Трансграничная автомобильная перевозка

Половина европейских перевозок, связанных с небольшими партиями грузов в основном народного потребления, осуществляется автотранспортом. Только в России зарегистрировано 3 тыс. фирм, осуществляющих перевозки трансграничного характера.

Понятие трансграничной автоперевозки в международном частном праве (далее — ТАП) и ее основные признаки определены в Конвенции о договоре международной перевозки грузов 1956 г. (далее — КДПГ): под трансграничной автомобильной перевозкой грузов в международном частном праве понимается всякая *дорожная (сухопутная)* перевозка грузов за *вознаграждение* посредством *автомобилей*, когда указанные в договоре место принятия к перевозке груза и место, предусмотренное для сдачи груза, находятся *на территории двух различных стран*. Таким

образом, указаны общие и специальные признаки трансграничной автомобильной перевозки, связанные как с ее частноправовым характером, так и со способом (видом) транспортировки. ТАП, как и иные виды перевозки, является индивидуализированным средством перевозки, осуществляется на разрешительной основе в разовом (чартер) или линейном режиме.

Трансграничные коммерческие автомобильные дорожные перевозки классифицируются в зависимости от *способа выполнения*: унимодальные — выполняемые только автомобильным транспортом; интермодальные — выполняемые несколькими видами транспорта, включая автомобильный; от вида *используемых специализированных транспортных средств*: роудрейлерная (автополуприцеп, снабженный стальными железнодорожными колесами, движущийся равно по шоссе и железной дороге), контрейлерная (трейлер или полуприцеп или другой вид автомобильного транспорта, перевозимый на железнодорожной безбортовой платформе с оборудованными углублениями для колес, если груз из-за высоты не вписывается в мосты или тоннели, особенно в горных районах); *по способу управления* — мультимодальные, осуществляемые по единому документу с оператором, отвечающим за груз на всем пути следования независимо от перегрузки на иные виды транспорта; сегментированные или отдельные с перевозчиком, организующим перевозку и принимающим на себя ответственность лишь за часть перевозки, осуществляемую им самим; интермодальные — реализуемые по одному документу с передачей груза в пунктах перевалки без участия грузовладельца и их разновидность — комбинированные (большая часть пути которых приходится на иные, чем воздушный, виды транспорта, а отрезок автомобильной перевозки, начальный или завершающий, имеет самую малую протяженность при грузе, идущем по единому транспортному документу, без перегрузки, т. е. в одном и том же грузовом месте или транспортом средстве, например автоприцеп на пароме, железнодорожной платформе и др.); *по порядку осуществления перевозок* — регулярные, нерегулярные.

Приведенные сведения не столько свидетельствуют о разнообразных видах и возможностях автоперевозки, сколько о конфликте квалификаций при применении семантически одинаковых понятий, содержащихся в разных правопорядках.

Особенности источников, регулирующих отношения трансграничной автомобильной перевозки, обусловлены не только ростом потребности в ТАП, но и уровнем развития международного частного права в период ее юридического оформления. Отсюда — создание в сравнительно небольшой временной период значительного числа унифицирующих

договоров различных уровней. Их основное значение состоит в том, что они содержат обширную автономную квалификацию важнейших понятий института ТАП, являются смешанными и весьма терпимы к национальному праву государств-участников, что выражается в общей коллизионной формуле — «определяется на основе национального права». Последнее, разумеется, может быть равно правом страны грузоотправителя, грузополучателя, перевозчика, страны места совершения деликта или наступления его результата. Так что приведенная формула означает лишь, что договаривающиеся стороны не решили задачу унификации ни коллизионной, ни материальной правовой нормы.

Естественно, их унифицирующая роль ограничивается правовым полем, *зависящим от участия государств*, но сам характер договоров и особо оговоренное в них обязательство, запрещающее сторонам изменять их путем частных соглашений между двумя или несколькими договаривающимися сторонами (см. п. 5 ст. 1 КДПГ), оказывает большое влияние на двусторонние соглашения государств. Так, КДПГ унифицировала нормы о порядке составления автомобильной накладной, об ответственности дорожного перевозчика и его служащих за упущения при исполнении служебных обязанностей, положения об ограничении ответственности, о правах отправителя на распоряжение грузом *in transitu*. Коллизионные нормы, имеющие качество генеральных для любой перевозки — *lex banderae*, аналогично требованию регистрации автомобильного средства — *lex loci delicti commissi*, *lex personae* — аналогичный закону личного статута, также содержатся в этих договорах. С ними конкурируют в зависимости от обстоятельств субсидиарные нормы, например закон страны доставки, закон перевозчика, закон страны транзита.

Основное количество источников, регулирующих отношения в связи с ТАП, приходится на двусторонние соглашения. Они хорошо проработаны, все основаны на принципе взаимности, предоставлении национального режима, разрешительного (лицензионном) характере перевозки. Все они также содержат статьи об автономной квалификации, о согласованных маршрутах следования (дорогах международного сообщения), их емкости, действии своего права на своем участке следования, признании документов перевозчика и их регистрации, обязательном страховании, условиях о порядке разрешения споров. Россия имеет более 40 таких двусторонних соглашений, в том числе с Польшей, Швейцарией, Испанией и др., что свидетельствует о высокой степени гармонизации национальных норм.

Анализ содержания двусторонних соглашений показывает, что они, как было отмечено, содержат общие признаки, присущие любой перевозке, а также ряд особенностей. Так, к ним можно отнести взаимные обязательства, сходные со свободами воздуха при авиaperевозке. Это касается транзитной перевозки, похожей на первую свободу, ког-

да перевозка осуществляется через территорию государства одной из сторон, но так, чтобы пункты отправления и назначения находились вне государства транзита. Еще одна свобода, напоминающая третью свободу, дает право перевозить «своих» пассажиров и груз по территории договаривающихся государств в формулировке: «если перевозка начинается и заканчивается на территории той Договаривающейся стороны, где зарегистрирован автобус или иное транспортное средство» (см., например, ст. 4 и 5 Соглашения с Польшей 2004 г.). Практически все соглашения России с Польшей, Албанией, Испанией и др. содержат положения о запрещении каботажа, т. е. восьмой свободы. Поэтому транспортное средство, осуществившее пассажирскую перевозку, должно либо покинуть страну, либо дожидаться в ней «своих» пассажиров, что несколько напоминает свободу *stop over*, связывающую пассажиров с транспортным средством.

Например, в ст. 9 Соглашения с Испанией 2001 г. сказано: «Не разрешается совершать перевозки пассажиров и грузов между пунктами, расположенными на территории государства другой договаривающейся стороны», — ст. 4 Соглашения с Норвегией 2005 г.: «Поездка начинается и заканчивается на территории государства Договаривающейся стороны, где был зарегистрирован автобус».

ТАП характеризуется также особым способом вхождения в транспортный коридор и прохождения таможенного пограничного контроля.

В известной мере можно считать, что в настоящее время правовое регулирование ТАП в целом отражает ее уровень и не нуждается в коренном пересмотре и изменениях.

Тем не менее некоторые виды отношений по ТАП регулируются обычными в виде проформ накладных, коносаментов, стандартов, предлагаемых международными организациями. В их число входят: универсальная негосударственная Международная федерация экспедиторских ассоциаций (ФИАТА), созданная в 1926 г., объединяющая ассоциации национальных перевозчиков и индивидуальных перевозчиков, контролирующая ныне до 93% автоперевозок в мире, Ассоциация международных автомобильных перевозчиков (АСМАП) (1974 г.), Координационное транспортное совещание стран СНГ (1991 г.) и др.

Пакет транспортных документов, сопровождающих ТАП, формируется следующим образом: договор трансграничной (международной) автоперевозки, товарно-транспортная накладная, подтверждающая наличие договора ТАП, документы на транспортное средство, документы на груз, документы водителя, в том числе для участников Конвенции

1975 г. — книжка международной дорожной перевозки, для стран — членов Евросоюза при отсутствии книжки международной дорожной перевозки — документ по форме Т. Различаются документы, разрешающие осуществлять перевозку крупногабаритных грузов, опасных грузов, которые должны сопровождаться особыми разрешениями. Для большинства из них характерна привязка *lex loci actus*, подчиняющая их форму и реквизиты праву страны выдачи.

Товарно-транспортная накладная содержит сведения, часть которых является обязательными для перевозчиков стран — участников КДПГ, остальные включаются в соответствии с национальным правом. Накладная не является договором перевозки, но является подтверждением его наличия. Как и коносамент, она выдается в виде юридически обязательных экземпляров (их три) и необходимого количества копий, зависящего от числа пересекаемых автосредством границ и иных сопутствующих ТАП отношений.

На грузоотправителе или его агенте лежит обязанность точного указания количества и особенностей перевозимого груза. В противном случае он несет ответственность перед перевозчиком за ущерб, причиненный вследствие их неполноты или отсутствия. Он имеет право потребовать от перевозчика подтверждения массы погрузки или количества мест, хотя это не входит в обязанности последнего. Отправитель имеет право распоряжаться грузом, требовать прекращения перевозки, изменения места доставки груза, переназначения получателя груза.

Статья 5 Конвенции КДПГ подтверждает право отправителя до того момента, пока второй экземпляр накладной не передан получателю, прекратить или переадресовать перевозку.

Перевозчик отвечает за соблюдение сроков доставки груза, за сохранность груза в пути, за утрату части груза или утрату грузом его качества. *На грузополучателе или его агенте* лежит обязанность принять груз в указанном месте или своевременно сообщить об изменении места.

Дополнительная литература

Канашевский В. А. Договор международной автомобильной перевозки в российской и зарубежной судебной практике // Хозяйство и право. 2008. № 2.

Кокин А. С. Международная морская перевозка груза. Право и практика. М.: Волтерс Клувер, 2007. С. 140.

Остроумов Н. Н. Монреальская конвенция об унификации некоторых правил международных воздушных перевозок 1999 г. и ответственность перевозчика за жизнь и здоровье пассажира // Московский журнал международного права. 2004. № 4.

Розенберг Дж. М. Международная торговля: терминологический словарь. М.: ИНФРА-М, 1997.

Скачков Н. Г. Отдельные аспекты международно-правовой ответственности участников морской транспортной операции // *Lex Russica*. 2008. № 2.

Филимонова М. В. К вопросу о регулировании трансграничной трубопроводной транспортировки // *Право: теория и практика*. 2006. № 13.

Глава 15

ВНЕДОГОВОРНЫЕ ТРАНСГРАНИЧНЫЕ ОБЯЗАТЕЛЬСТВА

Часть третья, раздел VI Гражданского кодекса Российской Федерации 2001 г.; Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г.; Кодекс торгового мореплавания Российской Федерации 1999 г.; Гражданский кодекс Греции 1940 г.; Закон о международном частном праве и процессе 1963 г. (Чехия); Закон «О международном частном праве 2011 г. (Польша); Федеральный закон «О международном частном праве» 1978 г. (Австрия); Указ № 13 о международном частном праве 1979 г. (Венгрия); Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ред. 2000 г.; Федеральный закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г.; Гражданский кодекс Вьетнама 1995 г.; Закон «Реформа итальянской системы международного частного права» 1995 г.; Закон Украины о международном частном праве 2005 г.; Гагская конвенция о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, 1971 г.; Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г. (Россия присоединилась в 2005 г.); Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ, Россия участвует)

15.1. Основы коллизионно-правового регулирования внедоговорных обязательств

В отличие от договорных обязательств возникновение внедоговорных обязательств не обусловлено соглашением между сторонами (договором). Они возникают на основании других юридических фактов. Среди них прежде всего выделяются обязательства из причинения вреда, возникающие из неправомерных действий (деликтов) участников гражданских отношений. Эти обязательства называют деликтными обязательствами. К ним примыкают обязательства по возмещению вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы, услуги; обязательства, возникающие из неосновательного обогащения, из недобросовестной конкуренции.

Технический прогресс, современные тенденции развития международной хозяйственной деятельности, динамично возрастающая миграция населения способствуют значительному росту событий (явлений), в результате которых причиняется ущерб здоровью, жизни людей, их имуществу. Увеличивается масштаб подобных событий, часто принимающих характер катастроф природного или техногенного характера; все чаще они выходят за пределы одного государства. Это приводит к росту трансграничных (международных) внедоговорных обязательств, что, в свою очередь, приводит к росту нуждающихся в решении коллизионных проблем.

В современных условиях любой из элементов внедоговорного обязательства может быть иностранным. Вред может быть причинен на территории России иностранцу (например, в 1999 г. транспортный самолет Ан-127 («Руслан»), перевозивший истребители Су-27 во Вьетнам, упал на жилые кварталы Иркутска; наряду с причинением вреда жизни, здоровью российских граждан и их имуществу вред был причинен организации Вьетнама, закупившей эти истребители). Вред может быть причинен российским гражданам и российскому имуществу действиями, имевшими место за рубежом (например, самолет, принадлежащий Новосибирской авиационной компании, на борту которого были и российские граждане, в октябре 2001 г. был случайно сбит ракетой, выпущенной с территории Украины; в июле 2002 г. над Баденским озером, разделяющим Германию и Швейцарию, по небрежности швейцарской диспетчерской службы столкнулись два самолета: Ту-154 «Башкирских авиалиний» и американский «Боинг»; погибли 69 российских граждан, в том числе 48 детей). К сожалению, можно приводить множество примеров подобных событий. В результате проблемы правового регулирования внедоговорных трансграничных обязательств стали занимать важное место в международном частном праве.

В течение длительного исторического периода внедоговорные обязательства в международном частном праве сводились к обязательствам по возмещению вреда от неправомерных действий (деликтов). Выделение из деликтов других видов внедоговорных обязательств юридически оформилось во второй половине XX в. Поэтому коллизионное регулирование, сложившееся в отношении деликтов, во многих странах до сих пор применяется в отношении всех внедоговорных обязательств. Классическим коллизионным началом, на основе которого решались все вопросы деликтных обязательств, являлся закон страны места совершения деликта — *lex loci delicti commissii*. Это коллизионное начало было закреплено в законах многих государств в качестве единственного правила в сфере внедоговорных обязательств (Вьетнам, Греция, Египет, Польша, Чехия и др.).

Например, в польском Законе о международном частном праве 1965 г. по рассматриваемой проблеме была одна норма, определяющая применимое право к обязательствам из неправомерных действий (ст. 31): «Обязательство, не возникающее из правовых действий, подчиняется закону государства, в котором имел место факт, являющийся причиной обязательства»¹.

По закону деликта решались все вопросы, связанные с основаниями возникновения ответственности (ответственность за свои действия, ответственность за действия других лиц, за вред, причиненный животными, и др.), с условиями возникновения ответственности (ответственность за вину, безвиновная ответственность и промежуточные варианты), с характером ущерба (материальный, моральный ущерб или настоящий, будущий и др.) и со способом, характером и объемом возмещения (публикация в газете, реституция, солидарная ответственность и др.).

Однако во второй половине XX в. в коллизионно-правовом регулировании деликтных обязательств произошли серьезные изменения, начало которым положила американская правовая наука и судебная практика² и которые были восприняты новыми законами о международном частном праве европейских государств. С учетом происшедших изменений выделим несколько основных положений, характеризующих современное состояние коллизионного регулирования внедоговорных обязательств.

Во-первых, произошла дифференциация коллизионного регулирования: для каждого вида и даже подвида внедоговорных обязательств предусматриваются свои коллизионные правила³. Появились новые объемы коллизионных норм, которые учитывают особенности фактических обстоятельств, характерных для разных вариантов обязательств. Для каждого специфического объема формируется своя коллизионная привязка, в результате чего создается целая развернутая система коллизионных норм в рассматриваемой области.

Для разных внедоговорных обязательств предусматриваются свои коллизионные правила.

Так, в швейцарском Законе 1987 г. отдельные коллизионные нормы предусмотрены для требований из причинения вреда, для требований о возмещении вреда, причиненного дорожно-транспортным происшествием, для требований о возмещении вреда, причинен-

¹ См.: *Дмитриева Г. К., Филимонова М. В.* Указ. соч. С. 282.

² Подробнее об этом см.: *Звеков В. П.* Международное частное право. Курс лекций. М., 1999. С. 359–361.

³ Это положение является выражением общих тенденций развития коллизионных норм, сложившихся к началу XXI в., которые рассмотрены в гл. 4 настоящего учебника.

ного недостатками товара, для требований из недобросовестной конкуренции, для требований из ограничения конкуренции, для требований о возмещении вреда, причиненного недвижимым имуществом, для требований о защите прав личности, основанном на факте распространения порочащих сведений в средствах массовой информации (из диффамации)¹.

Во-вторых, произошел отказ от классического коллизионного принципа выбора места причинения вреда в качестве единственного критерия выбора применимого права; как правило, для каждого вида и подвида внедоговорных обязательств предусматривается несколько альтернативных коллизионных привязок. Причем иногда закон места причинения вреда либо вообще не используется, либо используется, но не в качестве генеральной привязки (разумеется, этот коллизионный принцип сохраняет довольно часто свои позиции в качестве генеральной привязки). Кроме закона места совершения деликта, иногда вместо него используются такие коллизионные критерии, как гражданство или место жительства сторон правоотношения, место регистрации транспортного средства, место выпуска товара в обращение и др.

В качестве примера обратимся к венгерскому Закону о международном частном праве 1979 г. Ответственность за внедоговорный вред регламентируется в § 32, в котором предусмотрено несколько вариантов: 1) применяется закон государства, где произошло действие или бездействие, причинившее вред (*lex loci delicti commissi*); 2) если это выгодно для потерпевшего, следует применить закон государства, на территории которого наступил вред; 3) если потерпевший и причинитель вреда имеют место жительства в одном государстве, то следует применить право этого государства². Нельзя не отметить, что хотя венгерский Закон на первое место помещает традиционный коллизионный принцип, он не является генеральным, преимущественным. На самом деле он применяется при отсутствии оснований для применения двух других коллизионных правил.

В-третьих, на выбор права оказывает влияние принцип наиболее тесной связи, который, как уже было неоднократно отмечено, приобретает характер основополагающего принципа международного частного права во многих государствах. Предусмотренные законами коллизи-

¹ Статьи 132–142 // Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 654–656.

² См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 374–375. В итальянском праве при аналогичных обстоятельствах применяется право государства, гражданами которого являются потерпевший и причинитель вреда. См.: ст. 62 Закона 1995 г. «Реформа итальянской системы международного частного права» // Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 337.

онные правила о выборе применимого права не применяются, если с учетом всех обстоятельств дела ясно, что отношение наиболее тесно связано с другим правопорядком. В таком случае должен применяться этот другой правопорядок.

Например, Вводный закон к Германскому гражданскому уложению в ст. 40 предусматривает три коллизионных правила о выборе применимого права: закон места совершения неправомерного действия; закон места наступления результата неправомерного действия (правда, по требованию потерпевшего); закон совместного местожительства потерпевшего и причинителя вреда. Однако ст. 41 дополнительно устанавливает, что если с правом какого-либо государства присутствует существенно более тесная связь, чем с правом, которое было бы определяющим согласно ст. 40, то применяется такое право¹.

В-четвертых, законы ряда государств предусматривают возможность выбора права сторонами внедоговорного обязательства. При этом используются два варианта. Первый — в отношении обязательств из причинения вреда: либо стороны могут договориться о применении права суда (т. е. государства, суд которого рассматривает дело) после причинения вреда (например, абз. 1 ст. 132 швейцарского Закона), либо стороны могут выбрать право из нескольких альтернатив, предусмотренных законом (например, ст. 42 Вводного закона к ГГУ)². Второй вариант имеет место при регулировании отдельных видов внедоговорных обязательств.

Показательным примером может служить швейцарское право, которое содержит подробное коллизионное регулирование внедоговорных обязательств. Статья 135 Закона о международном частном праве определяет применимое право к требованиям о возмещении вреда, причиненного товаром. Потерпевший может выбрать либо право государства, где причинитель вреда имеет место делового заведения или место обычного пребывания, либо право государства, на территории которого был приобретен товар. Согласно ст. 138 по требованиям о возмещении вреда, причиненного недвижимым имуществом, потерпевший может выбрать либо право местонахождения недвижимости, либо право государства, где наступили вредные последствия. По требованиям о возмещении вреда из диффамации потерпевший может выбрать применимое право из трех вариантов: право государства обычного пребывания потерпевшего; право госу-

¹ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 285.

² Там же. С. 285, 655.

дарства обычного пребывания причинителя вреда или места делового обзаведения; право государства, в котором наступили вредные последствия¹.

В-пятых, почти повсеместно предусматривается ограничение иностранного права в пользу определенных императивных норм своего собственного права, что является проявлением позитивной оговорки о публичном порядке.

Так, п. 2 рассмотренной выше ст. 135 швейцарского Закона дополнительно устанавливает, что в случае применения в Швейцарии иностранного права к требованиям о возмещении вреда, причиненного товарами, «может быть присуждено лишь такое возмещение, которое полагалось бы за такой вред в соответствии со швейцарским правом». Аналогичное правило содержится в ст. 116 румынского Закона «Применительно к регулированию отношений международного частного права» 1992 г.: по требованиям о возмещении вреда, причиненного товаром, румынские органы могут допустить возмещение убытков на основании иностранного права только в пределах, установленных для подобных убытков румынским правом². В более широком плане ограничивает иностранное право венгерский Закон о международном частном праве 1979 г., так как ограничения относятся к обязательствам из причинения вреда в целом. Согласно § 34 венгерский суд не вправе установить ответственность за такое поведение, которое согласно венгерскому Закону не является противоправным, не вправе установить правовое последствие из причинения вреда, неизвестное венгерскому праву³.

В-шестых, при взыскании ущерба, причиненного неправомерными действиями, требования могут предъявляться к страховой организации, которая может быть иностранной как для потерпевшего, так и для причинителя или для обеих сторон. Возникают дополнительные вопросы о возможности предъявления требований к страховой организации и, следовательно, по законам какого государства эти вопросы должны решаться. Законы ряда государств содержат специальные коллизионные нормы для данной ситуации. Обычно используется отсылка к праву государства, которое применимо к договору страхования, — *lex causae*.

Например, в соответствии со ст. 109 румынского Закона 1992 г. лицо может предъявить требования о возмещении вреда непосредственно

¹ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 655–656.

² Там же. С. 513.

³ См.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 375.

к страховщику, «если закон, применимый к договору страхования, это допускает». В швейцарском Законе 1987 г. используется тот же коллизионный подход к выбору права, только в более широком аспекте, — для любых правоотношений, которые существуют между потерпевшим и причинителем вреда, если противоправное действие их нарушает: в данном случае «применяется право, применимое к этому правоотношению» (п. 3 ст. 133). Следовательно, означенное правило охватывает и правоотношения, вытекающие из договора страхования. Вводный закон к ГГУ (п. 4 ст. 40) устанавливает две альтернативные привязки, в том числе и отсылку к праву, применимому к договору страхования: потерпевший может предъявить свое притязание к страховщику, «если это предусматривает право, подлежащее применению к недозволенному действию, или право, которому подчинен договор страхования».

15.2. Коллизионное регулирование внедоговорных обязательств в российском международном частном праве

Коллизионный принцип — закон места совершения деликта (*lex loci delicti commissii*) — давно известен российскому международному частному праву. Раздел VI ГК РФ, принятый 26 ноября 2001 г., существенно отличался от предшествовавшего. В ст. 1119–1123 нашли отражение все новые тенденции мировой практики коллизионного регулирования внедоговорных обязательств с международными характеристиками. Как и в других странах, в российском коллизионном праве, *во-первых, произошла дифференциация коллизионного регулирования* (внедоговорные обязательства не ограничиваются только обязательствами из причинения вреда); *во-вторых, для отдельных разновидностей этих обязательств предусмотрены специальные нормы* (для обязательств из причинения вреда, для обязательств из причинения вреда товарами, для обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции, а также вследствие неосновательного обогащения); *в-третьих, кроме традиционного lex loci delicti commissii, применяются другие коллизионные принципы (lex causae, lex domicilii, lex patriae, lex fori и др.)*; в-четвертых, появилась возможность, хотя и ограниченная, выбора применимого права участниками обязательства.

Новая редакция (2013 г.) разд. VI включила ряд новых положений, которые существенно углубили содержание освещенных выше тенденций: произошла дальнейшая дифференциация коллизионного регулирования; появились новые привязки для отдельных видов внедоговорных обязательств; используются новые коллизионные принципы, и наконец, для большинства внедоговорных обязательств закреплена возможность выбора применимого права сторонами обязательства.

Обязательства из причинения вреда. Уже в ред. 2001 г. ГК РФ (п. 1 ст. 1219) отказался от применения коллизионного принципа закона места причинения вреда в качестве единственного способа выбора права, компетентного регулировать обязательства из причинения вреда. Этот пункт остался неизменным и в новой редакции. Предусматривается несколько правил. Первое — традиционное: «применяется право страны, где имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда» — *lex loci delicti commissii*, которое понимается как место совершения вредоносного действия. Одновременно ГК РФ предусматривает применение другой альтернативы закона места причинения деликта как места наступления вреда, что было новым в нашем законодательстве. В случае когда в результате действия или иного обстоятельства, происшедшего в одной стране, вред наступил в другой стране, «может быть применено право этой страны, если причинитель вреда предвидел или должен был предвидеть наступление вреда в этой стране». Норма, предусматривающая применение права места наступления вреда, во-первых, носит диспозитивный характер (*может быть применено*), во-вторых, ее применение обусловлено субъективным фактором (если причинитель вреда знал или должен был предвидеть, что вред наступит в другой стране).

Следовательно, данное правило *может быть применено судом по своему усмотрению, если в ходе судебного разбирательства будут установлены умысел или грубая неосторожность деликвента в наступлении вредных последствий своих действий на территории другой страны, а не той, где такие действия совершались*. Нельзя не отметить, что ни воля потерпевшего, ни его интересы не принимаются во внимание при выборе права. Для сравнения можно обратиться к уже рассмотренному положению венгерского Закона, ст. 32 которого устанавливает, что закон места наступления вреда следует применять, если это более выгодно для потерпевшего. Как видим, венгерский Закон не только исходит из интересов потерпевшего как «слабой» стороны в правоотношении, но и при наличии таких интересов данное положение должно быть применено императивно.

Таким образом, статут обязательства из причинения вреда, т. е. права, компетентного регулировать эти обязательства, определяется по одному из двух альтернативных вариантов: по закону места совершения вредоносного действия (генеральная привязка) или по закону места наступления вреда (субсидиарная и диспозитивная привязка).

Исключением, относящимся к обоим рассмотренным вариантам, являются два правила о регулировании подобных отношений *общим правом сторон*. Прежде всего новая редакция п. 2 ст. 1219 ГК предусматривает возможность применения *права страны, которая является общей для потерпевшего и деликвента либо по месту жительства, либо по основному месту деятельности*. Второе правило касается ситуации,

когда стороны не имеют ни общего места жительства, ни общего места деятельности, но являются гражданами или юридическими лицами одной и той же страны, в этом случае применяется право этой страны.

Еще одно новое альтернативное правило. Оно действует тогда, когда между сторонами существуют договорные обязательства, в этом случае применяется право, подлежащее применению к самому договору при наличии одного важного условия: если из совокупности обстоятельств дела вытекает, что обязательство, возникшее вследствие причинение вреда, тесно связано с таким договором (п. 3 ст. 1219).

В соответствии с современной международной практикой в ст. 1219 ГК включено новое правило: *стороны могут выбрать применимое право*. Это радикальное по своей сути нововведение в нашем праве. Если раньше стороны могли выбрать право суда, т. е. государства, где рассматривается дело, и только после возникновения деликтного обязательства, то в новой редакции право сторон выбрать применимое право сформулировано как *основное генеральное коллизионное правило*: все остальные вышерассмотренные правила применяются только тогда, когда стороны не выбрали применимого права.

Более того, коллизионный принцип автономии воли сторон (**Lex voluntatis**) применим не только для обязательств из причинения вреда, но практически для всех видов и разновидностей внедоговорных обязательств. Законодатель включил специальную дополнительную статью 1223.1 «Выбор права сторонами обязательства, возникающего вследствие причинения вреда или вследствие неосновательного обогащения». Она установила общие правила для автономии воли сторон (в остальных статьях содержится ссылка на эту статью) в сфере внедоговорных обязательств. Практически они соответствуют правилам автономии воли сторон в трансграничных договорных обязательствах:

1. Стороны могут выбрать по соглашению между собой право, подлежащее применению к внедоговорным обязательствам при двух условиях: а) если иное не вытекает из закона; б) после совершения действия или наступления иного обстоятельства, повлекших причинение вреда ИЛИ неосновательное обогащение.

2. Выбранное сторонами право применяется без ущерба для прав третьих лиц.

3. Предусмотрено действие принципа наиболее тесной связи: если в момент возникновения внедоговорных обязательств 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 обстоятельства¹.

¹ Анализ этого правила см.: гл. 12 (12.3.3). «Договорные обязательства в международном частном праве» настоящего учебника.

Коллизионное регулирование обязательств из причинения вреда не ограничивается выбором статута деликтного обязательства, но и предполагает *установление содержания этого статута*, иначе говоря, какой круг вопросов, связанных с возмещением вреда, будет решаться по нормам избранного компетентного правопорядка. Ранее эта проблема решалась доктринально с учетом судебной практики нашей страны и других стран. С принятием разд. VI ГК РФ решение ее упростилось благодаря тому, что в Кодекс включена специальная норма, раскрывающая содержание деликтного статута. В соответствии со ст. 1220 на основании правопорядка, избранного для обязательства из причинения вреда, решаются, в частности, следующие вопросы:

- 1) способность лица нести ответственность за причиненный вред;
- 2) возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда;
- 3) основания ответственности;
- 4) основания ограничения ответственности и освобождения от нее;
- 5) способы возмещения вреда;
- 6) объем и размер возмещения вреда.

Деликтоспособность, т. е. способность нести ответственность за причиненный вред, является элементом гражданской дееспособности. Однако она вынесена из общего коллизионного правила определения дееспособности по личному статуту физического лица (ст. 1195 ГК РФ). Объясняется это наличием ряда особых вопросов, в том числе связанных с ответственностью родителей за вред, причиненный их несовершеннолетними детьми, с ответственностью самих несовершеннолетних, с ответственностью за вред, причиненный недееспособными, и др.

Например, по российскому праву ответственность за причиненный вред несут на общих основаниях лица, достигшие 14-летнего возраста; родители несут ответственность за действия своих малолетних детей (до 14 лет); за действия детей от 14 до 18 лет родители могут нести дополнительную ответственность, если у причинителя вреда нет достаточного имущества.

В Японии по-другому решают вопрос о деликтоспособности несовершеннолетних. Там не установлен возраст наступления деликтоспособности, а в каждом конкретном случае суд решает, обладает ли несовершеннолетний достаточными умственными способностями для осознания своих действий¹.

С вопросом деликтоспособности прямо связан второй вопрос, входящий в статут обязательства из причинения вреда: *возложение ответственности за вред на лицо, не являющееся причинителем вреда*. Он связан с обязанностями лиц, осуществляющими контроль за деятельностью

¹ См.: Вагацума С., Аридзуми Т. Указ. соч. Т. 2. С. 138.

несовершеннолетних, недееспособных или ограниченно дееспособных лиц: родителей, опекунов, попечителей и соответствующих учреждений. Как правило, законы разных государств предусматривают особые основания для ответственности этих лиц и учреждений, например обязательное наличие их вины в том, что они не обеспечили надлежащий контроль за вышеуказанными лицами.

Вопросы *оснований ответственности, оснований ограничений ответственности и освобождения от нее* особенно сложны при применении иностранного права. Во-первых, по избранному иностранному праву следует установить содержание общих принципов и условий ответственности за причинение вреда, в частности: наличие в действиях причинителя вреда всех или определенных элементов состава правонарушения (наличие вреда, противоправность действия, причинная связь и вина причинителя вреда и ее формы), оценка действий потерпевшего на предмет возможного освобождения от ответственности (например, действительность в состоянии необходимой обороны, крайней необходимости и др.). Во-вторых, по этому же праву следует выяснить особенности ответственности по специальным деликтам.

Например, японское право устанавливает определенные особенности ответственности за такие специальные деликты, как ответственность лица, осуществляющего контроль за действиями недееспособного лица; ответственность лица, использующего труд других лиц; ответственность лица — собственника строения; ответственность владельца животного; ответственность за вред, причиненный различного рода происшествиями (например, автотранспортными) или несчастными случаями (например, экологического характера)¹.

Не менее важны и вопросы о *способах возмещения вреда, объема и размера возмещения вреда*. Именно в этих вопросах заложена конечная цель правовой регламентации обязательств из причинения вреда: защита прав потерпевшего и возмещение ему справедливой и адекватной компенсации. Эти вопросы также отнесены нашим законодательством к статуту обязательства по возмещению ущерба. Если компетентным правом порядком является право иностранного государства, то все они должны быть решены по избранному иностранному праву.

Обязательства из причинения вреда вследствие недостатков товара, работы или услуги. Особенностью коллизионного регулирования данного вида обязательства из причинения вреда является включение двух вариантов автономии воли. Первый вариант, закрепленный в ред. 2001 г., предусматривающий выбор права потерпевшим по одной из разновидностей обязательства, а именно: ответственность за вред, причиненный

¹ См.: Вагацума С., Ариидзуми Т. Указ. соч. С. 134–137.

вследствие недостатков товара, работы, услуг, либо за вред, причиненный вследствие недостоверной или недостаточной информации о товаре, работе или услуге (ст. 1221). Прежде всего следует раскрыть само понятие *«вред, причиненный вследствие недостатков товара, работы или услуги»* (далее — товары). С этим связано установление сферы применения коллизионной нормы: ограничивается ли применение ее только случаями приобретения товара для потребительских целей либо она применяется широко независимо от того, приобретается ли товар для потребительских целей или для предпринимательской деятельности. В самой статье ничего об этом не говорится. Для решения этого вопроса нужно обратиться к квалификации юридических понятий в соответствии со ст. 1187 ГК РФ: толкование юридических понятий, из которых состоит коллизионная норма, осуществляется по российскому праву, если иное не предусмотрено законом. Статья 1095 Кодекса, определяющая основания возмещения вреда, причиненного вследствие недостатков товаров, работ или услуг, специально оговаривает, что правила этой статьи *«применяются лишь в случаях приобретения товара (выполнения работы, оказания услуги) в потребительских целях, а не для использования в предпринимательской деятельности»*.

Следовательно, рассматриваемая коллизионная норма *не охватывает предпринимательскую деятельность, она должна применяться лишь к случаям приобретения товара в потребительских целях*. Появление этой нормы в ряде европейских государств, а теперь и в нашем праве вызвано не в последнюю очередь необходимостью дополнительной защиты прав потребителей. Именно с позиций защиты интересов потребителей решается коллизионный вопрос о выборе права, компетентного регламентировать возмещение вреда, причиненного товаром.

В соответствии со ст. 1221 законодатель прежде всего предоставляет потребителю (потерпевшему) возможность выбрать право, на основании которого будут рассматриваться его требования возмещении ущерба. Такой выбор ограничен тремя вариантами.

Потерпевший может выбрать *право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности продавец или изготовитель товара или иной причинитель вреда*. Закон места жительства используется тогда, когда продавец (изготовитель) товара или «иной причинитель вреда» (лицо, выполняющее работу или предоставляющее услугу) является физическим лицом; закон основного места деятельности применяется как в случае, когда причинитель вреда является физическим лицом (например, индивидуальный предприниматель), так и в случае, когда причинитель вреда является юридическим лицом.

Потребитель может выбрать свое отечественное право: право страны, где потерпевший имеет место жительства или основное место деятельности. Последний вариант применим, когда потерпевшим является в том числе и юридическое лицо. *Наконец потерпевший может выбрать*

право страны, где была выполнена работа, оказана услуга, или право страны, где был приобретен товар. Однако выбор потерпевшим своего отечественного права или права страны, где приобретен товар, может быть ограничен действиями причинителя вреда. Если он докажет, что товар поступил в соответствующую страну (в страну места жительства или основного места жительства потерпевшего либо в страну, где товар был приобретен) без его согласия, то тогда выбор права не признается (абз. 2 п. 1 ст. 1221). При таких обстоятельствах остается только один вариант — применить право страны, где имеет место жительства или основное место деятельности причинитель вреда.

Если потерпевший не воспользовался своим правом выбрать компетентный правопорядок, то предусмотрена дополнительная коллизийная норма, согласно которой *применимое право устанавливается в соответствии со ст. 1219:* либо закон места причинения вреда, либо закон места возникновения вреда, либо общий закон сторон правоотношения. К требованиям о возмещении вреда, причиненного вследствие недостатков товара, применима и ст. 1220, устанавливающая круг вопросов, которые должны решаться на основании избранного права.

Вместе с тем, как было рассмотрено выше, законодатель в новой редакции предусмотрел право сторон выбрать право в соответствии с рассмотренной выше ст. 1223.1. И это коллизийное правило является основным, генеральным. Следовательно, право потерпевшего, описанное выше, выбрать право из трех вариантов *возникает только тогда, когда стороны не выбрали права.*

Обязательства, вытекающие вследствие недобросовестной конкуренции и ограничения конкуренции. Гражданский кодекс РФ, введя впервые специальную коллизийную норму по поводу обязательств, возникающих вследствие недобросовестной конкуренции, предусмотрел одно правило выбора применимого права для регулирования данных отношений: *«применяется право страны, рынок которой затронут такой конкуренцией, если иное не вытекает из закона или существования обязательства»* (ст. 1222, в новой ред. — п. 1 ст. 1222).

Применение права страны, где проявились последствия недобросовестной конкуренции, известно законам других стран. Для сравнения обратимся к ст. 136 швейцарского Закона, которая устанавливает, что «к требованиям из недобросовестной конкуренции применяется право государства, на рынке которого наступили вредные последствия»¹.

Этот пункт дополнен еще одним правилом: если недобросовестная конкуренция затрагивает исключительно интересы отдельного лица,

¹ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 655.

применимое право определяется в соответствии со ст. 1219 и 1223.1. Иначе говоря, *эти обязательства приравнены к обязательствам из причинения вреда.*

Кроме того, ст. 1222 дополнена еще одним пунктом: п. 2 предусмотрел выбор права к обязательствам, *возникающим вследствие ограничения конкуренции.* К ним применяется коллизионное правило, предусмотренное в абз. 1 п. 1 данной статьи.

Для понимания коллизионной нормы по обязательствам из недобросовестной конкуренции особо важное значение имеет юридическая квалификация понятия «недобросовестная конкуренция». Дело в том, что право страны, рынок которой затронут недобросовестной конкуренцией, применяется, если из существа обязательства не вытекает иное. Некоторые вопросы, охватываемые понятием «недобросовестная конкуренция», пересекаются с иными гражданско-правовыми отношениями, имеющими сходную юридическую природу, но регулируемые специальными коллизионными нормами. Например, распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб деловой репутации, можно рассматривать как причинение морального вреда и выбирать применимое право на основании коллизионной нормы об обязательствах из причинения вреда (ст. 1219) или как проявление недобросовестной конкуренции и искать применимое право на основании ст. 1222.

Для юридической квалификации понятий при выборе применимого права следует обратиться к российскому праву, как того требует ст. 1187 ГК РФ. В российском антимонопольном законодательстве дается легальное определение недобросовестной конкуренции и перечисляются формы ее проявления.

Согласно ст. 4 Федерального закона от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции» под недобросовестной конкуренцией понимаются любые направленные на приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности действия хозяйствующих субъектов, которые противоречат положениям действующего законодательства, обычаям делового оборота, требованиям добропорядочности, разумности и справедливости и могут причинить или причинили убытки другим хозяйствующим субъектам-конкурентам либо нанести ущерб их деловой репутации. Среди форм осуществления недобросовестной конкуренции перечисляются такие, как: распространение ложных, неточных или искаженных сведений, способных причинить убытки другому хозяйствующему субъекту либо нанести ущерб его деловой репутации; введение потребителей в заблуждение относительно характера, способа и места изготовления, а также потребительских свойств, качества товара и др.

Из указанного неполного перечня видно, что и вторая форма осуществления недобросовестной конкуренции может быть частью предоставления потребителю недостоверной информации о товаре, работе, услуге, что подпадает под действие ст. 1221: возмещение вреда, причиненного вследствие недостатков товара, работы, услуги.

Для того чтобы отделить обязательства, возникающие вследствие недобросовестной конкуренции, от обязательств, возникающих вследствие причинения вреда, необходимо использовать критерии недобросовестной конкуренции, закрепленные в российском антимонопольном законодательстве: субъектный состав правоотношения, цель причинения вреда, вид государственного органа, рассматривающего спор между сторонами правоотношения. Субъектами недобросовестной конкуренции могут быть только хозяйствующие субъекты, т. е. юридические лица и предприниматели без образования юридического лица; целью причинения вреда является приобретение преимуществ в предпринимательской деятельности; спор об установлении факта недобросовестной конкуренции подведомствен специальным государственным органам — антимонопольным органам Российской Федерации.

Если фактические обстоятельства дела не удовлетворяют вышеназванным критериям, то спорное обязательство не относится к обязательствам из недобросовестной конкуренции. Его следует отнести к обязательствам из причинения вреда, коллизионные вопросы которого регламентируются ст. 1219–1221.

Обязательства, возникающие вследствие неосновательного обогащения. Выбор права, применимого для регулирования обязательств, возникающих вследствие неосновательного обогащения, предусмотрен в ст. 1223 ГК РФ. В сферу действия данной коллизионной нормы входят все случаи возникновения неосновательных выгод у одного лица за счет другого. Обычно выделяют две разновидности получения выгод: неосновательное приобретение и неосновательное сбережение имущества. В круг вопросов, решаемых в соответствии с избранным правопорядком, включаются основания возникновения обязательств, виды и объем возмещения, случаи неосновательного обогащения, не подлежащего возврату.

Способ защиты интересов потерпевшего вследствие неосновательного обогащения по многим признакам имеет сходство с виндикацией и обязательствами из причинения вреда. Этим объясняется установление основного правила выбора применимого права: *к обязательствам из неосновательного обогащения применяется право страны, где обогащение имело место*. Оно в какой-то степени является синтезом двух основополагающих коллизионных привязок: закона местонахождения вещи, регулирующего вещные отношения, и закона места причинения вреда, регулирующего обязательства из причинения вреда. С одной

стороны, право страны, где имело место обогащение, — это место совершения действия (бездействия) лицом по неосновательному приобретению или сбережению имущества другого лица; с другой — это место, где имущество находилось в тот момент, когда такое действие было совершено.

Неосновательное обогащение может иметь место тогда, когда первоначально существовали юридические основания приобретения или сбережения имущества другого лица (например, договорное основание или основание из односторонней сделки: завещательный отказ), а потом перестали существовать (например, договор признан недействительным). Хотя отношения из неосновательного обогащения все равно выходят за рамки договорных или иных правоотношений, *закон предусматривает применение права страны, которому было или могло быть подчинено первоначальное правоотношение*. Здесь используется известная коллизийная привязка *lex causae*. Так, если между сторонами был заключен договор купли-продажи, впоследствии признанный недействительным, и при заключении договора стороны выбрали применимое право, это право и будет применимо для неосновательного обогащения. Если стороны не выбрали право при заключении договора, а затем возникла обязанность возврата исполненного по недействительному договору, которая относится к обязательствам из неосновательного обогащения, то вначале следует определить, какое право регулировало бы договорные обязательства (по договору купли-продажи — право страны продавца), и это право будет регулировать отношения между сторонами в связи с неосновательным обогащением.

В новой редакции предусмотрен выбор компетентного правопорядка сторонами отношения согласно ст. 1223.1.

15.3. Международно-правовое регулирование гражданской ответственности за причиненный вред

В современных условиях все возрастающую роль играют международные договоры, унифицирующие нормы возмещения вреда, причиненного объектами повышенной опасности. Размеры причиненного ущерба материального и морального вреда столь велики, что отдельные делинквенты не в состоянии возместить ущерб. С определенной долей условности такие договоры можно подразделить на две группы: договоры, регулирующие международные перевозки пассажиров, багажа, грузов различными видами транспорта и устанавливающие ответственность перевозчиков за причиненный ущерб (особенности ответственности перевозчиков рассмотрены в гл. 14 «Право трансграничных перевозок»), и договоры, регламентирующие ответственность лиц за причиненный ущерб в сфере деятельности, представляющей особую опасность для человека и природы.

Отметим некоторые договоры из второй группы: Конвенция об ответственности операторов ядерных судов 1962 г., Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г. (Россия присоединилась в 2005 г.), Конвенция о гражданской ответственности в области морских перевозок ядерных материалов 1971 г., Брюссельская конвенция о гражданской ответственности за ущерб от загрязнения моря нефтью 1969 г. (в ред. Протокола 1992 г.) (СССР присоединился в 1975 г.), Базельская конвенция о контроле за трансграничной перевозкой опасных отходов и их удалением 1989 г. В этих и других международных договорах, в том числе и в договорах, регулирующих международные перевозки, преобладают унифицированные материальные нормы. Они устанавливают объективную ответственность (без вины) деликвента (причинителя вреда), порождаемую самим фактом причинения ущерба (перечень оснований для освобождения от ответственности связан в основном с форс-мажорными обстоятельствами); устанавливают порядок расчетов и пределы ответственности по объему и по времени; устанавливают участие государства в возмещении ущерба, порядок предъявления иска о возмещении ущерба и др.

Например, Венская конвенция о гражданской ответственности за ядерный ущерб 1963 г. предусматривает абсолютную ответственность оператора ядерной установки: освобождение от ответственности возможно либо в силу форс-мажорных обстоятельств (вооруженный конфликт, гражданская война, военные действия и пр.), либо в силу грубой небрежности или умысла потерпевшего. Ответственность оператора может быть ограничена государством, на территории которого расположен ядерный объект, но при условии, что государство обеспечит полную выплату суммы. Кроме того, Конвенция содержит правила определения судебной юрисдикции по спорам, вытекающим из ядерного происшествия, а также правила признания и приведения в исполнение решений судов.

Из договоров, обращающихся к коллизионно-правовому регулированию, следует отметить Гаагскую конвенцию о праве, применимом к дорожно-транспортным происшествиям, 1971 г. (Россия не участвует). Конвенция исходит из традиционного коллизионного принципа места причинения вреда, дополненного системой других привязок, которые в значительной мере вытесняют основополагающее правило. В соответствии с общим правилом ответственность в связи с дорожно-транспортными происшествиями определяется правом государства, не территории которого имело место происшествие. В качестве применимого права устанавливается также право места регистрации автомобиля или места обычного пребывания автомобиля, места жительства

потерпевших. Все эти правила направлены на то, чтобы найти право, свойственное данному правоотношению, каковым является наиболее тесно связанное с ним право¹.

Дополнительная литература

Банковский А. В. Об автономии воли сторон при выборе статута деликтного обязательства // Государство и право. 2002. № 3.

Кабатова Е. В. Модернизация коллизионного регулирования деликтов // Хозяйство и право. 2004. № 1.

¹ См.: *Кабатова Е. В.* Деликты в международном частном праве // Государство и право. 1992. № 9. С. 106.

Глава 16

НАСЛЕДСТВЕННЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Гагская конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц 1973 г. (Россия не участвует); Вашингтонская конвенция о единообразном законе относительно формы международного завещания 1973 г. (Россия не участвует); Гагская конвенция о коллизии законов, касающихся формы международных завещательных распоряжений, 1956 г. (Россия не участвует); Гагская конвенция о праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества, 1989 г. (Россия не участвует); Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.; двусторонние договоры о правовой помощи, двусторонние консульские соглашения; раздел VI части третьей ГК РФ; законы зарубежных стран (Венгрии, Германии, Греции, Италии, Канады, Румынии, Турции, Швейцарии и др.)

16.1. Особенности правового регулирования трансграничных наследственных отношений

Коллизионные вопросы наследования были и остаются в международном частном праве одними из наиболее сложных. В регулировании наследственных отношений, осложненных иностранным элементом, преобладает коллизионно-правовой способ, причем главным образом посредством национальных коллизионных норм. Наследственные отношения, равно как и брачно-семейные отношения, тесно связанные между собой, впитали в себя особенности национального исторического, культурного, религиозного развития, сложившиеся традиции и пр. Зачастую национальные правопорядки по-разному определяют объем прав наследников на имущество, порядок их осуществления и способы защиты. Поэтому, с одной стороны, наследственное право разных государств серьезно различается, и это ведет к возникновению многочисленных коллизий, а с другой стороны, государства неохотно идут на международно-правовое регулирование, избегая унификации норм наследственного права.

Результаты попыток международной унификации материального наследственного права минимальны. Существует два международных договора: 1) Гагская конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц от 2 октября 1973 г. Она предусматривает введение унифицированного документа — сертификата, предъявление которого на территории любого Договаривающегося Государства дает владельцу право принимать любые защитные меры в отношении наследуемого имущества¹; 2) Вашингтонская конвенция о единообразном законе относительно формы международного завещания от 26 октября 1973 г.² Ни одна из этих конвенций в силу не вступила, не набрав необходимое число ратификаций.

Несколько удачнее на универсальном уровне состоялась международная унификация коллизионных норм наследственного права. Существуют две Гагские конвенции: «О коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений» от 5 октября 1956 г.³ и «О праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества» от 1 августа 1989 г. Одна из них — Конвенция 1956 г. — вступила в силу, в ней участвуют около 30 государств, в основном европейских. Россия не участвует.

Для российской практики более характерно международное сотрудничество на региональном уровне (в рамках СНГ) и на двустороннем уровне. В рамках СНГ главным документом является Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г., V часть (ст. 44—50) которой посвящена наследованию. Он содержит комплекс норм, состоящий из унифицированных коллизионных норм (о праве, применимом к наследованию движимого и недвижимого имущества, к форме завещательных распоряжений, к способности составлять завещание и др.), унифицированных материальных норм (сроки на принятие наследства, выморочное имущество и др.), а также процессуальных норм по наследственным делам (о юрисдикции наследственных дел, о мерах по охране наследственного имущества). На двустороннем уровне Россия заключила значительное число договоров о правовой помощи, консульских договоров. В большинстве из них содержатся и нормы в сфере наследственных отношений.

Приведенные примеры подтверждают сформулированный выше тезис о национальном коллизионном праве как основном регуляторе наследственных отношений с международными характеристиками. *Национальные коллизионные нормы устанавливают наследственный*

¹ См.: Международное частное право: сб документов / сост. К. А. Бекашев, А. Г. Ходаков. М., 1997. С. 686—689.

² Текст конвенции см.: Журнал международного частного права. 1997. № 1.

³ См.: Международное частное право / сост.: К. А. Бекашев, А. Г. Ходаков. С. 664—667.

статут (lex successionis), т. е. право государства, которое компетентно регулировать всю совокупность наследственных отношений, осложненных иностранным элементом, или, по крайней мере, основную их часть. В последнем случае для решения некоторых вопросов предусматриваются дополнительные коллизионные нормы.

В качестве примера определения наследственного статута в национальном законодательстве можно привести Закон Швейцарии «О международном частном праве» 1987 г. (в ред. 2007 г.): «Право, применимое к наследованию, определяет, из какого имущества наследство состоит, как и в какой очередности лица вступают во владение имуществом, кто и в какой части отвечает по долгам, происходящим из наследства»¹.

В национальном регулировании *выделяются два подхода при определении наследственного статута. Первый исходит из единства наследственного статута*, когда на основе единого коллизионного критерия определяется право, компетентное регулировать всю совокупность наследственных отношений как по поводу движимого, так и по поводу недвижимого имущества (единый подход не исключает наличия дополнительных коллизионных норм для решения отдельных вопросов, например формы завещания). *Так, в странах континентального права таким коллизионным критерием выступает личный закон наследодателя, преимущественно закон гражданства.*

Характерно законодательство Чехии, которое подчиняет наследственные отношения праву «государства, гражданином которого был наследодатель в момент смерти», включая наследование движимого и недвижимого имущества и отношения по завещанию. По закону гражданства решаются коллизионные вопросы наследования в праве Венгрии (§ 36 Закона о международном частном праве 1979 г.), Греции (ст. 28 Гражданский кодекс 1940 г.), Италии (ст. 46 Закона о реформе итальянской системы международного частного права 1995 г.), Польши (ст. 34, 35 Закона о международном частном праве), Японии (ст. 26, 27 Закона о применении законов 1898 г.)². В Германии также существует общая норма, подчиняющая наследственные отношения в целом праву государства, гражданином которого является наследодатель, однако если недвижимость находится в Германии, то наследодатель может выбрать немецкое право (ст. 25 Вводного закона к ГГУ)³.

¹ См. текст Закона в новой редакции: http://www.winstonxom/siteFiles/publication/Palay_NewSwissRules.

² См.: Жильцов А. Н, Муранов А. И. Указ. соч. С. 278, 504. С. 238, 292, 334, 475–476, 742.

³ Там же. С. 278.

Второй подход связан с расщеплением наследственного статута, что проявляется в применении разных коллизионных критериев для движимого имущества и для недвижимого имущества: наследование движимого имущества подчиняется личному закону наследодателя (закону места жительства или закону гражданства), а для регулирования отношений наследования недвижимого имущества применяется право страны, где такая недвижимость находится. В результате коллизионное право предусматривает два наследственных статута. Применение одного из них зависит от квалификации наследуемого имущества в качестве движимого или недвижимого, осуществление которой достаточно сложно, так как она должна быть сделана до выбора компетентного правопорядка (см. об этом гл. 6 настоящего учебника).

Такой подход характерен для стран англо-американского права, некоторых других стран, в том числе и европейских. Показателем Гражданский кодекс Квебека (Канада) 1991 г., ст. 3098 которого предусматривает: «Наследование движимого имущества регулируется правом последнего домицилия наследодателя; наследование недвижимого имущества регулируется правом места нахождения имущества». При этом согласно ст. 3078 Кодекса квалификация имущества в качестве движимого или недвижимого осуществляется в соответствии с правом страны, где это имущество находится¹. Расщепление наследственного статута предусмотрено в праве Турции, однако с подчинением наследования в отношении движимого имущества закону гражданства наследодателя (ст. 22 Закона о международном частном праве и международном гражданском процессе 1982 г.)². В Румынии наследование движимого имущества подчинено личному закону наследодателя, который в соответствии со ст. 12 может быть как законом страны гражданства, так и законом места жительства. Различия, связанные с квалификацией имущества как движимого или недвижимого, хорошо видны на примере английского права, в соответствии с которым деньги, получаемые по завещанию для приобретения земельного участка, и земля, подлежащая продаже и обращению в деньги, — это недвижимость в первом случае и движимость во втором.

Наследственный статут регламентирует в основном всю совокупность отношений, связанных с наследованием. Однако в разных странах встречаются отдельные исключения из наследственного статута.

¹ Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 347, 351. См. также: ст. 3532, 3533 и 3534 Гражданского кодекса Луизианы (США) 1825 г. (в ред. 1991 г.) // Там же. С. 545; ст. 66 Румынского закона применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 г. // Там же. С. 504.

² Там же. С. 579.

Главным образом такие исключения связаны с формой завещательно-го распоряжения и способностью составлять завещание. *Содержание статута наследования, т. е. круг вопросов, которые должны решаться избранным правом*, неоднозначно решаются в праве разных государств. Более того, не так часто встречаются законы, которые устанавливали бы его содержание. Обычно по закону, применимому к наследованию, определяются: основания перехода наследуемого имущества (по закону, по завещанию, по наследственному договору); круг лиц, выступающих в качестве наследников, включая вопрос о «негодных» наследниках и очередность призвания их к наследованию; размер доли каждого наследника, в том числе вопрос об обязательной доле некоторых категорий наследников, и др. Кроме общих правил о наследовании, наследственный статут определяет специальные правила о наследовании отдельных видов имущества: прав на интеллектуальную собственность, банковских вкладов и др. Если право предусматривает два наследственных статута, то все общие правила о наследовании устанавливаются параллельно: для движимого имущества и для недвижимого имущества.

В качестве примера закона, где содержание наследственного статута установлено нормативно, обратимся к румынскому Закону применительно к регулированию отношений международного частного права 1992 г. В соответствии со ст. 67 закон, применимый к наследованию (по румынскому праву это личный закон умершего для движимости и закон местонахождения имущества для недвижимости), определяет: время открытия наследства; лиц, призванных к наследованию; качества, которыми должны обладать наследники; порядок владения имуществом, оставленным наследодателем; условия и последствия распоряжения наследодателя на случай смерти; пределы обязанности наследников уплачивать долги наследодателя; право государства наследовать выморочное имущество. В статут наследования не входят вопросы, связанные с формой завещания, — для них установлена отдельная коллизионная норма.

Законы многих государств содержат отдельные коллизионные нормы для решения вопросов, связанных с завещанием. Чаще всего, как уже отмечалось, *отдельные коллизионные нормы устанавливаются в отношении формы завещания*, реже — *дополнительно в отношении способности лица к составлению, изменению или отмене завещания*. Иногда, правда редко, встречаются коллизионные нормы, устанавливающие завещательный статут, т. е. право, компетентное регулировать наследственные отношения по завещанию в целом.

Наличие отдельных коллизионных норм по завещанию объясняется природой завещания как односторонней гражданско-правовой сделки. Поскольку сделка является односторонним волеизъявлением лица, то

предполагается и возможность волеизъявления этого лица по выбору права, компетентного регулировать гражданско-правовые отношения, вытекающие из такой односторонней сделки. Однако немногие государства предусматривают возможность выбора права завещателем, а если и предусматривают, то возможности волеизъявления завещателем, как правило, весьма ограничены.

Так, в Германии, как уже рассматривалось, наследственный статут единый, и определяется он законом гражданства наследодателя. Из этого правила есть одно исключение: наследодатель может в распоряжении на случай смерти выбрать немецкое право в отношении наследования недвижимого имущества, если оно расположено в Германии (п. 2 ст. 25 Вводного закона к ГГУ). Более широкие возможности по выбору компетентного права предоставлены наследодателю Румынским законом 1992 г.: завещатель вправе подчинить наследование своего имущества «иному» закону, чем тот, который назван в ст. 66 (личный закон для движимого имущества и закон местонахождения для недвижимого). Как видим, законодатель почти не ограничивает волю завещателя по выбору права. Единственное ограничение связано с обязательным применением императивных норм наследственного статута, установленного на основе ст. 66¹.

Завещание как односторонняя сделка должно соответствовать требованиям, установленным правом к форме таких сделок. Однако законы государств, как правило, значительно строже подходят к форме завещания, устанавливая специальные требования, отсутствие одного из которых делает завещание недействительным.

Например, японское право предусматривает около десятка форм завещания: собственноручное завещание, завещание в форме публичного акта, тайное завещание и др. Завещание в форме публичного акта должно соответствовать ряду требований: присутствие не менее двух свидетелей, устное изложение нотариусу содержания завещания завещателем, запись нотариусом изложенного и прочтение вслух, выражение согласия завещателя и свидетелей с текстом и получение их подписей, внесение нотариусом дополнительной записи о совершенных действиях, скрепление ее его подписью и печатью².

Понятно, что вопрос о форме завещания может приобрести основополагающее значение при решении всего комплекса наследственных отношений, осложненных иностранным элементом, если завещание

¹ См.: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 278, 504.

² См.: Вагацума С., Аридзуми Т. Указ. соч. С. 302—303.

составлено не в том государстве, где рассматривается дело о наследовании. Поэтому очень часто законы многих государств не только предусматривают отдельные коллизионные нормы о форме завещания, но и многовариантное регулирование этого вопроса. Из множества возможных примеров сошлемся на немецкое право. В отношении формы завещания ст. 26 Вводного закона к ГГУ предусматривает 5 альтернативных коллизионных привязок. Достаточно, чтобы форма соответствовала одной из них: праву государства, гражданином которого был завещатель в момент составления акта или в момент смерти; праву того места, в котором наследодатель распорядился о последней воле; праву места, в котором наследодатель имел место жительства или обычное местопребывание в момент составления акта или момент смерти; праву места нахождения недвижимого имущества; праву, которое применяется к наследственным отношениям (*lex causae*)¹.

Способность лица составлять завещание, изменять его или отменять является проявлением общей гражданской дееспособности. Дееспособное лицо вправе совершать любые действия по поводу завещания. Вместе с тем наследственное право многих государств устанавливает более льготные правила завещательной дееспособности, устанавливая более низкий возраст наступления завещательной дееспособности или менее обремененные правила для выражения завещательной воли недееспособным или ограниченным в дееспособности лицом. В момент выполнения воли завещателя его уже нет в живых и тем самым отпадает необходимость в применении к завещателю строгих правил дееспособности, направленных на охрану лиц, совершающих юридические действия. Например, в Японии возраст завещательной дееспособности наступает в 15 лет в то время, когда общая дееспособность возникает в 20 лет. Для действительности завещания лица, признанного недееспособным, достаточно присутствие двух свидетелей из медицинского персонала при составлении завещания². Завещательная дееспособность подчиняется либо наследственному статуту, либо тем же коллизионным правилам, которые предусмотрены для выбора права, регламентирующего форму завещания.

16.2. Международные договоры как средство регулирования наследственных отношений

Перечень международных соглашений по вопросам наследования открывает *Конвенция о коллизии законов, касающихся формы завещательных распоряжений* (Гаага, 5 октября 1961 г.), которая предусматривает четыре альтернативные коллизионные привязки: закон места состав-

¹ Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч. С. 278.

² См.: Вагацума С., Аридзуми Т. Указ. соч. С. 300.

ления завещания, закон гражданства завещателя, закон domicilia завещателя или закон его обычного места жительства. Завещание с точки зрения формы будет действительным, если оно будет соответствовать любому из названных компетентных правопорядков. Форма завещания в отношении недвижимости дополнительно может определяться законом места ее нахождения.

Если избранный компетентный правопорядок состоит из различных подсистем права, то какая из подсистем должна быть применена, определяется правилами самого компетентного правопорядка; в случае отсутствия в избранном праве таких правил применима та из подсистем, с которой завещатель наиболее тесно связан (ст. 1). Любые предписания, если они ограничивают допустимые формы завещательных распоряжений по возрасту, гражданству и другим личным качествам завещателя, Конвенция относит к вопросам формы (ст. 5).

Вашингтонская конвенция о единообразном законе о форме международного завещания от 26 октября 1973г. представляет собой свод унифицированных материальных норм права, которые можно рассматривать как серьезную гарантию реализации принципа свободы завещания. Конвенция учреждает Правила составления *международного завещания* (Приложение I к Конвенции 1973 г.). Договаривающиеся государства обязаны создать институт уполномоченных лиц для решения вопросов, связанных с составлением международных завещательных распоряжений. За пределами национальной юрисдикции подобными функциями наделяются консульские и дипломатические представители.

Согласно Вашингтонской конвенции 1973 г. международное завещание должно быть собственноручно выполнено наследодателем и им же подписано. Наследодателю вменяется в обязанность сделать об этом заявление в присутствии двух свидетелей и уполномоченного лица. Свидетелям и уполномоченному лицу не обязательно что-либо знать о содержании завещания (так называемая форма тайного завещания). Кроме того, в случае если наследодатель окажется не в состоянии подписать завещание, он оповещает об этом уполномоченное лицо (о чем делается запись в завещании) и указывает, кто подпишет документ от его имени. При этом наследодатель руководствуется правовыми нормами того государства, на территории которого действует это уполномоченное лицо (ст. 3–5)¹.

Однако Вашингтонская конвенция не разрешает проблемы, которые могут возникнуть на этапах, предшествующих вступлению завещания в силу. Крайне сложно сформулировать такие правила регистрации завещательного распоряжения, чтобы упоминание о банковском вкладе не стало известным для правоприменительного органа по месту учреж-

¹ Текст Конвенции и Приложение к ней см.: Журнал международного частного права. 1997. № 1. С. 107.

дения кредитной организации. Такие вопросы рассматривает *Базельская конвенция о регистрации завещаний от 16 мая 1972 г.* Эта Конвенция облегчает открытие завещания, упрощает его отмену или изменения в тексте после смерти лица, составившего распоряжение о наследственном правопреемстве. Предусматривается создание системы, позволяющей регистрировать завещание, где бы завещатель ни находился. Компетентная инстанция отвечает на запросы о состоявшейся регистрации завещания и реестре завещательных распоряжений, если такой свод ведется в том или ином государстве. Постоянный информационный обмен имеет первостепенное значение и существенно упрощает регулирование наследования по завещанию¹.

Гаагская конвенция относительно международного управления имуществом умерших лиц от 2 октября 1973 г. подчеркивает стремление государств к единообразию отдельных элементов наследственных отношений, тем более что информация о составе наследственной массы никоим образом не влияет на цены наследуемого имущества. В противном случае установление разумных ставок арендных платежей (если потребность в покрытии долга привела к необходимости сдачи имущества в аренду) вряд ли произойдет. При этом ликвидировать долги наследодателя будет откровенно непросто. Однако прежде всего необходимо определить, а кто вообще может быть допущенным к управлению имуществом умершего. Конвенция предлагает учредить особый сертификат, составляемый в государстве — месте проживания умершего. Допускается также составление сертификата в стране, гражданством которой умерший обладал. Для этого оба государства должны сделать совместное заявление.

Признание сертификата производится путем простого оглашения. Возможна, правда, и иная форма, когда решение об этом принимает компетентный правоприменительный орган. Акт признания сертификата предоставляет его владельцу право принимать любые защитные и срочные меры в отношении наследуемого имущества со дня вступления сертификата в силу и в течение всей процедуры его признания (ст. 10–11)².

Конвенция предоставляет владельцу сертификата право предъявлять иски и встречные требования в стране — месте выдачи сертификата о международном управлении. Сертификат также упрощает получение информации о составе наследственной массы, способствует определению наиболее приемлемых цен при продаже части имущества для ликвидации долгов наследодателя и установлении разумных ставок арендных платежей.

¹ *Медведев И. Г.* Международное частное право и нотариальная деятельность. М., 2005. С. 133.

² The Convention of 2 October 1973 concerning the International Administration of the Estates of Deceased Persons. Hague, 1973. An Explanatory Report. P. 45.

Гаагская конвенция о праве, применимом к трасту, и об их признании от 1 июля 1985 г. приводит, пожалуй, наибольшее число различных специфических деталей. Так, учредитель (*settlor*), передающий наследуемое имущество, вправе самостоятельно избрать право и сформулировать мотивы выбора в специально подготовленном акте (ст. 6). Если выбор права не состоялся, то применяются предписания той правовой системы, с которой наследование доверительной собственности наиболее тесно связано. В качестве презумпций такой связи Конвенция предусматривает два варианта: либо право той страны, на территории которой действует доверительный собственник наследуемого имущества (или группа таких собственников), либо право государства, в пределах которого находится центр управления трастом или фондом (ст. 7)¹.

Перечень универсальных многосторонних соглашений, действующих в сфере наследования, продолжает *Конвенция о праве, подлежащем применению к наследованию недвижимого имущества* (Гаага, 1 августа 1989 г.). Этот документ отличается от Конвенции 1961 г. тем, что, во-первых, касается только недвижимого имущества и, во-вторых, предусматривает выбор права, подлежащего применению не только к форме завещания, но и к другим наследственным отношениям. Прежде всего она стремится упорядочить процедуру применимого права.

Юридическое оформление подобного выбора осуществляется посредством соответствующего заявления. Форма заявления определяется законом той страны, где оно было составлено (ст. 3, 4). Данная Конвенция разрешает также применение принципа наиболее тесной связи (ст. 5). Вместе с тем Конвенция уточняет, что применение законов государства, с которым лицо — участник правоотношений поддерживает реальную связь, возможно лишь тогда, когда право этого государства не указывает, право какого государства следует применить (иными словами, не содержит соответствующих коллизионных норм). По Гаагской конвенции 1989 г. недопустимо возникновение наследственных притязаний друг к другу у физических лиц, находящихся под юрисдикцией различных государств, если неясна очередность, в которой осуществляется наследование (ст. 13)².

Многоаспектные конвенции действительно представляют собой крайне эффективные инструменты правового регулирования отношений в сфере международного наследования. Несомненна их роль в обеспечении действительности завещания и установлении того момента, когда посмертное распоряжение считается окончательно состоявшимся. Конвенции упрощают получение права доступа к активам

¹ Alfred E. von Overbeck. Explanatory Report on the 1985 Hague Trusts Convention. 1985. P. 84.

² The Convention of 1 August 1989 on the Law Applicable to Succession to the Estates of Deceased Persons. Hague, 1989. An Explanatory Report. P. 35.

наследодателя, способствуют скорейшему распределению оставшихся от него долгов. Немаловажно их значение и для исключения какого-либо риска, когда распорядительные акты последней воли наследодателя первоначально не были обнаружены, а становятся известными лишь впоследствии, после выдачи документов на наследство иным лицам.

Однако это ни в коей мере не умаляет и значение региональной унификации коллизионного и материально-правового регулирования, в частности в рамках Европейского союза. Так, одним из сложных направлений для унификации положений наследственного права по-прежнему остается порядок открытия наследства, если наследник скончался сразу после наследодателя и не может участвовать в процедуре. Очевидно, что в распределении наследства тогда принимают непосредственное участие наследники каждого из этих лиц. Но неясно, какой промежуток времени, истекший после кончины лица, следует принять во внимание. Так называемая «Зеленая книга» Европейского союза **«О наследственном правопреемстве и о вступлении в силу завещательных распоряжений» от 1 марта 2005 г.** разъясняет, что последовательность смертей зачастую бывает просто недоказуема, однако обоснования того, что один пережил другого, хотя бы на некоторое время должны быть по-настоящему весомыми. Во всяком случае, предлагается крайне взвешенное отношение к правилам пережития, когда предмет наследования становится траст или имущество в доверительной собственности. Возникающие споры предлагается подчинить любому из возможных правопорядков: праву местожительства истца, ответчика или праву местонахождения имущества¹.

Рекомендации Европейского союза «О процедуре составления и о содержании завещательного распоряжения» от 16 ноября 2006 г. (утверждены Директивой Европейского союза № 2005/2148 (INI)) представляют собой исключительно разноплановый документ². В нем рассматриваются, во-первых, ограничения свободы завещания, призванные выявить, обладает ли денежное содержание приоритетом перед передачей недвижимости, во-вторых, права пережившего супруга, если он владеет движимым имуществом, скажем, банковскими депозитами, а также подчеркивается возможность отчуждения обязательной наследственной доли по решению суда. Наблюдается попытка привнесения в континентальное право нормы о так называемом завещании на выбор, более востребованном в англо-американской правовой системе. Фактически это завещательное распоряжение, в котором определяется судьба всейобщей собственности, а не только той части наследственной

¹ The Commission of the European Communities. An Official Report. «Green Paper Succession and Wills». COM (2005) 65 Final.

² An Official Journal. C. 283. 16/12/2006. P. 1.

массы, что принадлежала одному из супругов прижизненно. Определяются последствия завещания, если оно возлагает на лицо излишне обременительные для него обязательства либо призывает к уничтожению имущества.

Россия пока не участвует ни в одном из перечисленных актов.

16.3. Коллизионное регулирование наследования в российском международном частном праве

В Гражданском кодексе РФ все коллизионные вопросы, связанные с наследственными отношениями с участием иностранного элемента, содержатся в ст. 1224 «Право, подлежащее применению к отношениям по наследованию». Общий подход в решении коллизионных вопросов наследования принципиально не изменился по сравнению с предшествующим законодательством. Так же как и в Основах 1991 г. (ст. 169), в новой статье проводится различие в выборе права для движимого имущества и недвижимого. *Сохранился и коллизионный критерий, используемый для определения наследственного статута в отношении движимости, — последнее место жительства наследодателя.* Несколько изменилась формулировка этого критерия: в Основах 1991 г. — «последнее постоянное место жительства», а в ГК РФ — «последнее место жительства». Объясняется это обращением к понятиям, которыми оперировало гражданское законодательство в разное время. Новое гражданское законодательство закрепляет понятие «место жительства» и не обращается к понятию «постоянное место жительства» (ст. 20 ГК РФ). При применении ст. 1224 толкование понятия «место жительства наследодателя» должно осуществляться в соответствии со ст. 20 ГК РФ: «Местом жительства признается место, где гражданин постоянно или преимущественно проживает».

Отметим, что по российскому праву толкование понятия место жительства является достаточно проблематичным. Известно, что любое лицо обладает местом жительства по рождению. Оно может также приобрести место жительства (или domicilio) по выбору, когда переезжает в другую страну. Но установление правовой связи с определенным государством предполагает не преимущественное, а как можно более длительное, законное пребывание на его территории. Продолжительность проживания между тем законодательно не определена. Таким образом, толкование самого понятия «место жительства» на практике может вызвать определенные сложности. В частности, необходимо учитывать такие факторы, как характер проживания (добровольный или принудительный), разновидность жилья (гостиница или личный дом). Отбывание наказания согласно решению суда в местах лишения свободы наследственным отношениям не препятствует, но и утверждать о добровольности подобного domicilio тоже нельзя. Равно как

пребывание в отеле, пусть даже продолжительный период времени, далеко не всегда означает, что данное государство надо обязательно рассматривать в качестве постоянного места проживания лица.

В данном аспекте обращение к законодательству того государства, гражданством которого лицо обладает, является более предпочтительным вариантом, поскольку гражданство — это объективная правовая категория, его не так-то просто изменить. При наличии у лица нескольких гражданств за основу принимается закон места жительства лица. Так, по законодательству Японии для наследования ведущее значение приобретает обычно законодательство той страны, гражданство которой имеет наследодатель. Между тем если лицо является гражданином более чем одного государства, то следует воспользоваться правом обычного или преимущественного проживания. Место жительства не всегда удается определить: в таких случаях применяется право страны места обычного пребывания или правопорядок того государства, с которым наследодатель наиболее тесно связан.

Наследование недвижимого имущества определяется по праву страны, где находится это имущество, а наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, — по российскому праву (абз. 2 ст. 1224 ГК РФ). Ранее действовавшее правило (ст. 169 Основ) определения наследования недвижимого имущества по праву страны, где оно находится, применялось только в отношении строений и другого недвижимого имущества, находящегося в России. Такая односторонняя коллизионная норма приводила в тупик, если в наследственной массе была недвижимость, находящаяся за пределами России.

Например, после смерти проживавшего в России российского гражданина осталось имущество, которое в том числе включало земельное владение с домом на Мальте. Какое право следовало бы применить для решения спорных вопросов наследования зарубежной недвижимости? Статья 169 Основ на этот вопрос не отвечала. По здравому смыслу следовало бы применить право Мальты. Воплощением здравого смысла явился абз. 2 ст. 1224 ГК РФ, который заменил одностороннюю норму на двустороннюю: если недвижимость находится в России, то применяется российское право, если недвижимость расположена в иностранном государстве, то применяется соответствующее иностранное право.

В качестве критерия расщепления наследственного статута выступает классификация наследственного имущества как движимого или недвижимого. Отнесение имущества к движимому приводит к выбору

права страны места жительства наследодателя, а отнесение спорного имущества к недвижимости приводит к выбору местонахождения имущества. Следовательно, отнесение имущества к движимому или недвижимому необходимо сделать до выбора права, применимого к наследованию. В гл. 9 «Вещное право» весьма подробно описывались трудности, возникающие при классификации имущества в результате существенных различий в праве разных государств. Учитывая это, в ГК РФ включена специальная норма о классификации имущества: принадлежность имущества к недвижимым или движимым вещам определяется по праву страны, где это имущество находится (п. 2 ст. 1205).

Схема выбора права, применимого к наследованию, состоит из двух этапов: прежде всего следует обратиться к праву страны, где находится наследуемая вещь, и в соответствии с этим правом определить, является ли она движимой или недвижимой. Если вещь является недвижимым имуществом, то далее вопросы наследования также следует решать по тому же праву, т. е. по праву страны, где вещь находится. В таком случае последовательно применяется право одного государства, что имеет практическое значение, так как законы многих государств содержат определенные ограничения в наследовании иностранцами недвижимого имущества.

Из необходимости применения права одного государства — государства, где находится имущество, — для классификации имущества и для наследования недвижимого имущества исходит специальная коллизионная норма, продолжающая коллизионную норму, определяющую право, применимое к наследованию недвижимого имущества: наследование недвижимого имущества, которое внесено в государственный реестр в Российской Федерации, определяется по российскому праву. Это воздушные и морские суда, речные суда, космические объекты. В силу особенностей такого имущества применение реального места его нахождения, которое может в любой момент оказаться в любой точке земного и околоземного пространства, в качестве критерия для решения коллизионных вопросов невозможно. Поэтому в качестве условного места его нахождения берется страна, в государственном реестре которого оно зарегистрировано. Следовательно, если имущество внесено в государственный реестр России, то по российскому праву определяется его юридическая квалификация. Согласно ст. 130 ГК РФ к недвижимым вещам относятся подлежащие государственной регистрации воздушные и морские суда, суда внутреннего плавания, космические объекты. Как имущество недвижимое оно подлежит передаче в порядке наследования по российскому праву.

Какому праву будет подчинено наследование автотранспортных средств, которые также подлежат государственной регистрации в ГИБДД РФ? Рассмотренная выше норма о наследовании имуще-

ства, внесенного в государственный реестр, является специальной нормой, которая распространяется только на такое имущество, которое нашим правом отнесено к недвижимому имуществу. В перечне ст. 130 ГК РФ автотранспортных средств нет, и поэтому нет оснований для применения к автотранспортным средствам этой специальной коллизионной нормы. Их наследование будет подчиняться наследственному статусу для движимого имущества, т. е. по праву страны, где наследодатель проживал в момент смерти.

Гражданский кодекс не содержит норму о круге вопросов, решаемых по наследственному статусу (для сравнения можно вспомнить о наличии таких норм применительно к другим видам гражданско-правовых отношений, например нормы, определяющие сферу действия закона юридического лица, сферу действия закона, примененного к договорным обязательствам или примененного к обязательствам из причинения вреда). Устанавливая коллизионные правила о выборе права, компетентного регулировать наследование движимого имущества и недвижимого имущества, рассмотренные выше, ст. 1224 предусмотрела два исключения из наследственного статуса: завещательная способность и форма завещания. Для них предусмотрены отдельные коллизионные нормы. Из этого можно сделать вывод, что наследственный статус как для движимого, так и для недвижимого имущества применяется для решения всех вопросов наследования, кроме завещательной способности и формы завещания.

Следовательно, по наследственному статусу рассматриваются: основания наследования; состав наследственной массы; порядок открытия наследства; лица, призываемые к наследству, включая вопрос о недостойных наследниках; наследование по завещанию (кроме завещательной способности и формы завещания), включая толкование и исполнение завещания, вопрос о завещательном отказе; наследование по закону, включая определение очередей наследников, право наследников на обязательную долю, наследование выморочного имущества, а также принятие наследства или отказ от него; наследование некоторых видов имущества, например наследование предприятий, прав, связанных с потребительским кооперативом, земельных участков и пр.

Так же как и в предыдущем законодательстве, в действующем Гражданском кодексе предусмотрены дополнительные коллизионные нормы для завещательной дееспособности и формы завещания. Согласно п. 2 ст. 1224 «способность лица к составлению и отмене завещания, в том числе в отношении недвижимого имущества, а также форма завещания или акта его отмены определяются по праву страны, где завещатель имел место жительства в момент составления такого завещания или акта его отмены».

Во-первых, указание «в том числе в отношении недвижимого имущества» свидетельствует, что данное изъятие распространяется на пра-

во, применимое для наследования как движимого, так и недвижимого имущества. Во-вторых, выбор права, применимого для завещательной способности и формы завещания, определяется одинаково для движимого и недвижимого имущества. В-третьих, общим коллизионным критерием для выбора компетентного права является *закон места жительства завещателя в момент составления завещания или его отмены*.

Так, если завещание составлено в России лицом (независимо от того, является ли оно российским гражданином или иностранцем), проживающим в России, то завещание будет действительным, если завещатель в момент его совершения полностью дееспособен (ст. 1118 ГК РФ); если завещание составлено лицом, проживающим в момент составления завещания в Японии, то применимым правом будет японское право, в соответствии с которым завещание будет действительным при достижении завещателем 15-летнего возраста.

Таким же образом решается вопрос о выборе права в отношении формы завещания. Однако для формы завещания предусмотрены еще *две альтернативные привязки: достаточно, чтобы форма завещания соответствовала закону места составления завещания или требованиям российского права*. Отсылка к закону места составления завещания является проявлением общепризнанного коллизионного правила, подчиняющего форму гражданско-правового акта (каковым является завещание) закону места его совершения. Отсылка к российскому праву объясняется возможностью применения собственного права при рассмотрении наследственного спора в российских правоприменительных органах. Применение же трех альтернативных привязок увеличивает возможность признания завещания действительным и соответственно признания и исполнения воли умершего.

Таким образом, российский гражданин, находясь на территории иностранного государства, может составить свое завещание по форме, принятой в России или в этом иностранном государстве. Тогда при совершении завещания, допустим, во Франции завещателю придется обратиться к услугам не одного, а двух нотариусов (либо одного нотариуса, но двух свидетелей). Швейцарское законодательство вообще исключает нотариуса из круга участников наследственных правоотношений. Его функции исполняет должностное лицо — служащий судебного или административного органа. Присутствие свидетелей по-прежнему обязательно.

Россия, как уже отмечалось выше, не участвует в универсальных договорах по вопросам правовой регламентации наследственных отношений. Наш опыт в международно-правовом регулировании транс-

границных наследств сводится к участию в двусторонних договорах главным образом о правовой помощи или к сотрудничеству в рамках СНГ. В качестве примера обратимся к Конвенции правовой помощи и правовым отношениям по гражданским, семейным и уголовным делам, заключенной странами — участницами СНГ в 1993 г.¹ *Конвенция подходит к регулированию наследственных отношений комплексно, решая не только коллизионно-правовые вопросы, но и некоторые материально-правовые и процессуальные.*

Прежде всего Конвенция устанавливает важнейший принцип, на котором строятся все наследственные отношения с участием граждан государств СНГ, — принцип равенства. Согласно ст. 44 граждане каждой из Договаривающихся Сторон могут наследовать на территории других Договаривающихся Сторон имущество или права по закону или по завещанию на равных условиях и в таком же объеме, как и собственные граждане. Равные права пронизывают все слои наследственных отношений, охватывая как право наследодателя передавать свое имущество в порядке наследования по закону или по завещанию, так и право выступать в качестве наследника независимо от того, на территории какого из государств находится имущество.

При решении коллизионных вопросов Конвенция исходит из расщепления наследственного статута: наследование движимого имущества определяется по законодательству государства, на территории которого наследодатель имел последнее постоянное место жительства; наследование недвижимого имущества определяется по законодательству государства, на территории которого оно находится (ст. 45). При этом Конвенция не содержит правил, по которым можно было бы отнести имущество к движимому или недвижимому. Применяя коллизионную норму, установленную ст. 45, каждое государство исходит из классификации, основанной на собственном праве.

Общим изъятием из статута наследования как в отношении движимого, так и в отношении недвижимого имущества является дополнительная коллизионная норма относительно завещания (ст. 47): «Способность лица к составлению и отмене завещания, а также форма завещания и его отмены определяются по праву той страны, где завещатель имел место жительства в момент составления акта. Однако завещание или его отмена не могут быть признаны недействительными вследствие несоблюдения формы, если последняя удовлетворяет требованиям права места его составления». Данное правило почти полностью совпадает с аналогичной нормой ГК РФ: во-первых, оно решает только два вопроса, связанных с завещанием (завещательную способность и форму завещания); во-вторых, оно предусматривает единый коллизионный критерий для определения права, применимого для решения этих двух

¹ СЗ РФ. 1995. № 17. Ст. 1472.

вопросов, — место жительства завещателя в момент составления завещания; в-третьих, для формы завещания предусмотрена еще одна альтернативная коллизионная привязка — закон места составления завещания. Здесь отсутствует третья альтернативная привязка, предусмотренная ст. 1224 ГК РФ, отсылающая к российскому праву.

Особая статья предусмотрена для наследования выморочного имущества (ст. 46): движимое имущество переходит Договаривающейся Стороне, гражданином которой является наследодатель в момент смерти; недвижимое имущество переходит Стороне, на территории которой оно находится. Хотя термин «выморочное имущество» не используется, но по смыслу речь может идти только о таком имуществе. Данное правило применяется, если, как сказано в ст. 46, по наследственному статусу наследником является государство.

Государство может быть наследником в двух случаях. Первый случай — по завещанию; если имущество завещано государству, то проблема перераспределения наследственного имущества не возникает: имущество переходит тому государству, которое названо в завещании. Второй случай — выморочное имущество: оно переходит в порядке наследования по закону в собственность государства. Если наследственное отношение имеет международный характер (например, имущество находится на территории Украины, а его собственником был российский гражданин или лицо без гражданства, имевшее место жительства в Казахстане, и др.), то тогда и возникает вопрос, какому государству переходит имущество в порядке наследования. Конвенция предусматривает по одному варианту для каждого вида имущества: движимое имущество переходит государству, гражданином которого был умерший; недвижимое — государству, на территории которого оно находится.

В российском коллизионном праве вопрос о выморочном имуществе специально не регулируется. Следовательно, судьба выморочного имущества будет решаться по общему наследственному статусу, избираемому в соответствии со ст. 1224 ГК РФ.

Если, например, спорное выморочное имущество находится в Австрии, принадлежало оно российскому гражданину, проживавшему в момент смерти в Австрии, и по австрийскому праву оно является движимым имуществом (классификация имущества определяется по праву места его нахождения), то наследование этого имущества будет подчинено австрийскому праву. По австрийскому праву выморочное имущество переходит в собственность Австрии по «праву оккупации».

Понятно, что такой спорный вопрос может быть решен только на основе международного договора.

Дополнительная литература

Гольская Д. Х. Правовые проблемы сотрудничества социалистических и капиталистических стран в делах о наследовании. М., 1980.

Зуев А. Е. Некоторые проблемы взаимодействия национальных правовых систем на примере наследственного дела // Журнал международного частного права. 2005. № 2 (43).

Рубанов А. А. Заграничные наследства (отношения между социалистическими и капиталистическими странами). М., 1975.

Глава 17

ТРУДОВЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Конвенция МОТ № 47 «О сокращении рабочего времени до сорока часов в неделю» 1935 г.; Конвенция МОТ № 52 «О ежегодных оплачиваемых отпусках 1936 г.; Конвенция МОТ № 105 «Об упразднении принудительного труда» 1957 г.; Конвенция МОТ № 150 «О регулировании вопросов труда: роль, функции и организация» 1978 г.; Конвенция МОТ № 156 «О равном обращении и равных возможностях для трудящихся мужчин и женщин: трудящиеся с семейными обязанностями» 1981 г.; Соглашение государств СНГ «О сотрудничестве в области трудовой миграции и социальной защиты трудящихся-мигрантов» 1994 г.

17.1. Трудовые отношения как объект международного частного права

Когда говорят о трудовых отношениях как об объекте международного частного права, то обычно подчеркивают, что не все трудовые отношения можно рассматривать в качестве объекта международного частного права, а только те из них, которые имеют *частноправовую природу*¹. При этом далеко не все ученые согласны с включением трудовых отношений в объект международного частного права. Кроме специалистов в области трудового права, которые в большинстве своем скептически относятся к необходимости решать вопрос о выборе применимого права при регулировании трудовых отношений, некоторые специалисты в области международного частного права тоже считают нецелесообразным отнесение трудовых отношений к объекту международного частного права².

Не умаляя значения различных научных позиций, следует напомнить, что международное частное право тоже на протяжении долгого

¹ Об этом говорилось при раскрытии предмета международного частного права (см.: гл. 1 настоящего учебника «Предмет международного частного права»).

² См.: *Ертылева Н. Ю.* Международное частное право: учебник. М.: Проспект, 2004. С. 13; *Храбсков В. Г.* Международное частное право в правовой системе // Государство и право. 2006. № 2. С. 47.

времени не признавалось и не рассматривалось ни отраслью права, ни подсистемой или системой специальных норм, направленных на регулирование самостоятельной группы общественных отношений. К сожалению, часто весомой поддержкой ученых выступает позиция законодателя. Наверное, споры о включении частнопровых трудовых отношений в объект международного частного права прекратились бы, если бы в основном источнике российского трудового права — Трудовом кодексе РФ 2001 г. — получили закрепление коллизионные нормы. Однако пока этого нет, приходится доказывать обоснованность включения трудовых отношений в объект международного частного права Российской Федерации, ссылаясь на правовую позицию Российской Федерации по данному вопросу, отраженную в других правовых источниках, и обращаясь к законодательству и практике иностранных государств.

В законодательстве иностранных государств коллизионные нормы, предназначенные для выбора права при регулировании трудовых отношений, часто содержатся непосредственно в правовых актах, посвященных международному частному праву. К числу таких государств относятся, например, Австрия, Венгрия, Канада (провинция Квебек), Польша.

Помимо закрепления коллизионных норм и предоставления сторонам трудового договора возможности выбрать право к регулированию их трудовых отношений, в законодательстве иностранных государств, как правило, формулируются защитные оговорки, обеспечивающие гарантированный минимум защиты трудовых прав работника. Так, в соответствии со ст. 30 Вводного закона к ГГУ в трудовых договорах и трудовых отношениях выбор права не должен вести к тому, чтобы работник лишился защиты, которая бы ему предоставлялась императивными нормами права, подлежащего применению при отсутствии выбора сторон.

Одним из первых отечественных ученых, заявивших о включении трудовых отношений наряду с другими частнопровыми отношениями в объект международного частного права, был Л. А. Лунц, который говорил о том, что международное частное право как отрасль права есть область отношений гражданско-правового характера *в широком смысле слова*¹. «Широкий смысл» ученый придавал возможности включения в международное частное право трудовых и брачно-семейных отноше-

¹ См.: Лунц Л. А. Курс международного частного права: в 3 т. М.: Спарк, 2002. С. 21; переиздания: *Он же*. Курс международного частного права. Общая часть. 3-е изд., доп. М., 1973; *Он же*. Курс международного частного права. Особенная часть. 2-е изд., перераб. и доп. М., 1975; Лунц Л. А., Марышева Н. И. Курс международного частного права. Т. 3. Международный гражданский процесс. М., 1976.

ний. Рассматривая трудовые отношения как объект международного частного права, Л. А. Лунц отмечал, что при регулировании трудовых отношений, возникающих в условиях международной жизни, получают применение многие из тех категорий международного частного права, которыми руководствуются в области отношений гражданского права, возникающих в тех же условиях. Ученый подчеркивал, что речь идет не обо всех трудовых отношениях, а только о некоторых из них, которые связаны с использованием гражданско-правовых категорий (трудовом договоре, ответственности за ущерб, исковой давности). Данная позиция о включении трудовых отношений в объект международного частного права по-прежнему остается превалирующей в отечественной доктрине международного частного права, несмотря на пробелы российского законодательства и непрекращающиеся научные споры.

Ни в одном правовом акте не дается перечня тех трудовых отношений, которые имеют частноправовую природу и, следовательно, могут быть объектом международного частного права. Это значит, что вопрос о выборе применимого права к регулированию трудовых отношений должен решаться на основе предварительного анализа природы данных отношений. Как известно, частноправовая природа отношений согласно ст. 2 ГК РФ характеризуется проявлением *равенства, автономии воли и имущественной самостоятельности участников отношений.*

В трудовом праве к частноправовым отношениям относятся отношения, опосредующие заключение трудового договора, права и обязанности сторон по трудовому договору, вопрос о признании трудового договора недействительным, отношения по возмещению ущерба, причиненного в процессе осуществления трудовой деятельности. Указанный перечень *не является исчерпывающим*, и со временем развитие общественных отношений и изменение правового регулирования могут изменить и подход к оценке природы трудовых отношений.

Трудовой договор (его заключение, изменение, прекращение, регламентация прав и обязанностей по договору) является одним из основных вопросов, рассматриваемых с точки зрения регулирования трудовых отношений нормами международного частного права. Вместе с тем если проанализировать ТК РФ, то нормам, регулирующим различные вопросы трудового договора, посвящен только один из 14 разделов Кодекса. Получается, что «удельный вес» трудовых отношений, имеющих частноправовую природу, не является значительным. Однако именно при заключении трудового договора работник и работодатель согласовывают основные вопросы, связанные с дальнейшим осуществлением работником своей трудовой деятельности.

Заклячая трудовой договор, стороны могут подчинить его регулирование нормам иностранного права при условии, что трудовые отношения имеют международный характер. Международный характер трудовых отношений, как и любых других частноправовых отношений,

проявляется в том, что данные отношения осложнены *иностранным элементом*. Иностранный элемент может присутствовать в трудовом отношении в различных вариантах, подобно тому как это происходит в гражданско-правовых отношениях. К примеру, трудовое отношение будет иметь международный характер, и когда в нем в качестве одной из сторон участвует иностранный гражданин, осуществляющий трудовую деятельность на территории России, и когда участниками трудового отношения являются исключительно российские граждане, осуществляющие трудовую деятельность на территории иностранного государства. В обоих случаях регулирование трудового договора должно осуществляться посредством предварительного решения вопроса о выборе применимого права.

В случае когда трудовое отношение осложнено иностранным элементом, трудовые нормы российского законодательства компетентны регулировать данное отношение только в том случае, когда предварительно будет определен выбор российского права. Судебная практика в Российской Федерации часто идет по пути игнорирования данного правила, что, в свою очередь, является основанием для обжалования вынесенных решений.

17.2. Коллизионно-правовое регулирование трудовых отношений в Российской Федерации

Коллизионно-правовое регулирование трудовых отношений осуществляется посредством применения *как международных коллизионных, так и национальных коллизионных норм*. Примером международного договора, в котором получили закрепление коллизионные нормы, регулирующие трудовые отношения, является Договор между Российской Федерацией и Республикой Польша о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским и уголовным делам 1996 г. (ратифицирован Российской Федерацией в 2001 г.).

В соответствии со ст. 44 данного Договора стороны трудового контракта могут выбирать законодательство, регулирующее их трудовые отношения; при отсутствии соглашения сторон возникновение, изменение и прекращение трудового договора и вытекающие из него претензии регулируются законодательством государства, на территории которого выполняется, выполнялась или должна была выполняться работа. Таким образом, в Договоре отражены наиболее распространенные коллизионные принципы, действующие в сфере трудовых отношений: *lex voluntatis* и *lex loci laboris*.

Источником национального законодательства Российской Федерации, в котором получили закрепление коллизионные нормы, посвященные

регулированию трудовых отношений, является *Кодекс торгового мореплавания РФ 1999 г.* Основным принципом, закрепленным в п. 2 ст. 414 КТМ РФ, является *принцип автономии воли*, в соответствии с которым стороны договора могут при заключении договора или в последующем избрать по соглашению между собой право, которое подлежит применению к их правам и обязанностям по договору. В данной норме речь идет о любых договорах, включая трудовые договоры, которые стороны заключают для регулирования трансграничных отношений, связанных с торговым мореплаванием.

В соответствии с ч. 2 п. 2 ст. 416 КТМ РФ выбор сторонами трудового договора права, подлежащего применению к отношениям между судовладельцем и членами экипажа судна, не должен приводить к ухудшению условий труда членов экипажа судна по сравнению с нормами права того государства, которыми должны регулироваться данные отношения при отсутствии соглашения сторон о подлежащем применению праве.

Анализ ст. 414 и 416 КТМ РФ приводит к следующим важным выводам.

Во-первых, российское законодательство предусматривает регулирование трудовых отношений *национальными коллизионными нормами*.

Во-вторых, в сфере регулирования трудовых отношений действует *принцип автономии воли сторон*.

В-третьих, в целях защиты прав работников ограничением автономии воли при регулировании трудовых отношений являются *минимальные стандарты*, обеспечивающие достойные условия труда.

Формулируя защитную оговорку для членов экипажа судна, законодатель не определяет, какие именно условия труда являются худшими по сравнению с условиями труда, имеющимися у членов экипажа судна, например, по российскому законодательству. Данный вопрос по мере возникновения споров и наработки соответствующей судебной практики может получить отражение в постановлении Пленума Верховного Суда РФ. Сегодня этот анализ предстоит осуществлять судье, основываясь на общих принципах права.

В ст. 416 КТМ РФ не предусмотрено никаких специальных положений, детализирующих особенности заключения соглашения о выборе применимого права: члены экипажа судна и судовладелец могут выбрать применимое право как при заключении трудового договора, так и в последующем, если соответствующая договоренность будет достигнута. Общие правила применения принципа автономии воли закреплены в ст. 1210 ГК РФ, которая также применяется при заключении соглашения о применимом праве в сфере трудовых отношений. Ограничение автономии воли, применимое и для регулирования трудовых отноше-

ний, предусмотрено в п. 5 ст. 1210 ГК РФ. Данное ограничение состоит в том, что если из совокупности обстоятельств дела следует, что договор реально связан только с одним государством, то императивные нормы правовой системы этого государства будут действовать независимо от выбранного права.

С действием принципа *lex voluntatis* в трудовых отношениях связан еще один вопрос: обязаны ли стороны трудового договора подчинять свой договор одной правовой системе или разные вопросы трудового договора могут регулироваться разными правовыми системами? Правилom, получившим распространение в мировой практике, является возможность выбора правовой системы для части договора. Такое положение закрепляется в Римской конвенции о праве, применимом к договорным обязательствам, 1980 г. Аналогичный подход, в соответствии с которым стороны могут подчинить отдельные части договора разным правовым системам, отражен и в российском законодательстве (п. 4 ст. 1210 ГК РФ). Практика заключения трудовых договоров показывает, что при выборе применимого права стороны иногда осуществляют выбор применимого права отдельно для регулирования действительности самого трудового договора и отдельно для регулирования прав и обязанностей по трудовому договору, регламентации праздничных дней, предоставления отпусков и определения режима работы¹.

В отличие от КТМ РФ, в ТК РФ 2001 г. не содержится каких-либо коллизионных норм, посвященных регулированию трудовых отношений. Такое положение существовало и ранее, до принятия ТК РФ (в КЗоТ РСФСР 1971 г. тоже отсутствовали коллизионные нормы). Есть одна норма, учитывающая наличие иностранного элемента в трудовых отношениях, — это положение ч. 4 ст. 11 ТК РФ: на территории Российской Федерации правила, закрепленные в нормах трудового права Российской Федерации, распространяются на трудовые отношения иностранных граждан, лиц без гражданства, организаций, созданных или учрежденных ими либо с их участием, работников международных организаций и иностранных юридических лиц. Данное правило действует, если иное не предусмотрено федеральным законом или международным договором Российской Федерации.

Рассматривая ч. 4 ст. 11 ТК РФ в аспекте международного частного права, можно сказать, что в указанной правовой норме нашел отражение коллизионный принцип *lex loci laboris*, который является основным началом в регулировании трудовых отношений международного характера и получил закрепление в законодательстве многих государств (включая законодательство Австрии, Венгрии, Испании, Швейцарии,

¹ См.: Ануфриева Л. П. Международное частное право. Особенная часть. М.: БЕК, 2000. С. 623.

Швеции). Одновременно ч. 4 ст. 11 ТК РФ следует рассматривать как норму, устанавливающую *минимальный уровень защиты трудовых прав иностранных лиц*. Это значит, что определение применимого права для регулирования трудовых отношений в Российской Федерации будет осуществляться с учетом защиты трудовых прав работников, обеспечиваемой российским законодательством.

Анализируя ч. 4 ст. 11, необходимо решить два вопроса, имеющих важное значение для регулирования трудовых отношений нормами международного частного права Российской Федерации. Первым является вопрос о том, можно ли на основании этой статьи делать вывод о том, что труд иностранцев в России должен регулироваться только трудовым правом Российской Федерации. И второй вопрос: означает ли это невозможность применения коллизионного принципа *lex voluntatis* в сфере регулирования трудовых отношений?

Специалисты по международному частному праву считают, что отсутствие в ТК РФ коллизионных норм не означает невозможности применения к регулированию трудовых отношений коллизионных принципов, получивших закрепление в разд. VI ГК РФ «Международное частное право»¹. Такой вывод основывается на *принципе диспозитивности права*, проявляющегося в следующей формуле: «Разрешено все, что прямо не запрещено законом». Возможно, со временем соответствующие дополнения будут внесены в ТК РФ, и применение коллизионных принципов к регулированию трудовых отношений будет осуществляться на основе специальных юридических предписаний, а не исходя из аналогии закона или аналогии права².

Ответ на второй вопрос о возможности применения принципа *lex voluntatis* к трудовым отношениям тоже является позитивным, учитывая наличие международных договоров, участником которых является Российская Федерация (рассмотренный в качестве примера Договор между Россией и Польшей о правовой помощи 1996 г.), национальных норм, закрепленных в КТМ РФ, и исходя из общего смысла коллизионного регулирования отношений, имеющих частноправовую природу.

¹ См.: Звекон В. П. Международное частное право: учебник. 2-е изд., перераб. и доп. М.: Юристъ, 2004. С. 522–523; Канаишевский В. А. Указ. соч. С. 554.

² В 1990 г. в проекте Закона СССР о международном частном праве и международном гражданском процессе, разработанном ВНИИ советского государственного строительства и законодательства, предусматривалось закрепление не только *lex voluntatis*, но и других коллизионных принципов, действующих при отсутствии соглашения сторон о выборе права. Специальные принципы предполагалось закрепить к регулированию трудовых отношений работников на водном и воздушном транспорте (избрав для них право флага транспортного средства); к регулированию труда лиц, командированных за границу советской организацией (применимым должно было быть советское право). См.: Материалы по иностранному законодательству и международному частному праву // ВНИИ советского государственного строительства и законодательства. М., 1991. С. 134.

Специальным отношением, возникающим в процессе осуществления трудовой деятельности, которое имеет коллизионное регулирование в российском законодательстве, является отношение, опосредующее возмещение вреда, полученного при выполнении трудовых обязанностей. Если иск о возмещении вреда, причиненного в связи с выполнением трудовых обязанностей, будет рассматриваться в российском суде, то суд Российской Федерации может исходить из общей коллизионной нормы ст. 1219 ГК РФ, согласно которой применимым является право государства, на территории которого был причинен вред или имело место действие, послужившее основанием для предъявления требования о возмещении вреда. В случае если применимым окажется российское право, суд будет основывать свое решение на нормах материального права, получивших закрепление в ТК РФ и специальном законодательстве (Федеральный закон «Об обязательном социальном страховании от несчастных случаев на производстве и профессиональных заболеваний» 1998 г.).

Возможность коллизионного регулирования трудовых отношений означает, что все основные институты международного частного права, получившие закрепление в разд. VI ГК РФ, действуют и в сфере трудовых отношений. Если российский суд рассматривает иск иностранного работника к работодателю о взыскании с работодателя денежных средств и в процессе определения применимого права возникает ситуация с обратной отсылкой, то суд, руководствуясь п. 1 ст. 1190 ГК РФ, не должен принимать во внимание наличие коллизионных норм в законодательстве иностранного государства.

Принцип наиболее тесной связи, ставший наряду с принципом автономии воли основным началом в регулировании трансграничных частноправовых отношений и получивший закрепление в правовых системах многих государств, тоже может применяться отечественным правоприменителем при регулировании трудовых отношений. О важности действия данного принципа в сфере трудовых отношений и о неоднозначной квалификации обстоятельств, опосредующих выбор в пользу права, являющегося наиболее тесно связанным с правоотношением, свидетельствует следующий пример¹.

Английский подданный, заключивший трудовой договор с нидерландской компанией, согласился с условиями договора о том, что компания не несет ответственности за вред, причиненный работнику во время выполнения им работ, по национальному праву государства, на территории которого выполняются работы. Компания разработала свою собственную систему возмещения или компенсации вреда, причиненного работнику во время выполнения им трудовой

¹ О подробностях данного дела см.: *Канашевский В. А.* Указ. соч. С. 553.

деятельности. Это было сделано умышленно, для того чтобы избежать каких-либо дополнительных расходов компании, связанных с возмещением ущерба, и в случае если национальное право государства, на территории которого выполнялась работа, обеспечивало работнику максимальное возмещение ущерба. При этом по условиям договора работы могли выполняться в любом государстве, за исключением Великобритании.

В Нигерии во время выполнения работ истцу был причинен вред, возмещение которого согласно трудовому договору было намного ниже той компенсации, которую он мог бы потребовать по иску о возмещении вреда, рассматриваемому по английскому праву. Дело рассматривалось в английском суде, куда истец обратился с иском о возмещении вреда, прося рассмотреть дело на основе английского права. По действовавшему в то время английскому праву договор был недействительным, а согласно нидерландскому праву такой договор считался действительным. Обсуждая вопрос о применимом праве, английский суд пришел к выводу о том, что в данном случае применимым должно быть право Нидерландов как право, наиболее тесно связанное с данным отношением. Мотивируя свое решение, судьи сочли, что решающим фактором при определении наиболее тесной связи в данном случае является удобство и эффективность при регулировании трудовых отношений и осуществлении бизнеса.

Данный критерий, по их мнению, нашел отражение в том, что нидерландский работодатель разработал стандартную форму трудового договора для всех своих работников, которые были гражданами разных государств, а соответственно правом, наиболее тесно связанным с трудовыми договорами, должно быть не право государства, где осуществлялись работы, или право гражданства работника, а *личный закон работодателя*.

В настоящее время суд Российской Федерации, рассматривая спор, вытекающий из трудовых отношений международного характера, которые осуществляются на территории Российской Федерации, в подавляющем большинстве случаев применяет российское право. В этом можно найти выражение принципа *lex loci laboris*, применение которого к трудовым отношениям, осуществляемым на территории России, вытекает из толкования ч. 1 ст. 13 ТК РФ, в соответствии с которой российское трудовое законодательство распространяется на трудовые отношения, возникающие *на всей территории Российской Федерации*. Принцип наиболее тесной связи, который применяется к регулированию трудовых отношений при отсутствии соглашения сторон, может применяться судом Российской Федерации, когда речь идет о трудовых отношениях, возникающих или осуществляемых на территории иностранного государства.

17.3. Материально-правовое регулирование трансграничных трудовых отношений в Российской Федерации

Материально-правовое регулирование частнопроводных отношений международного характера, включая трудовые отношения международного характера, осуществляется посредством применения международных материально-правовых норм. Специфика трудовых отношений предопределила принятие международных конвенций, направленных в первую очередь на защиту прав и интересов трудящихся как категории экономически менее защищенной, чем работодатель. Большинство этих конвенций было принято в рамках Международной организации труда (МОТ) и представляет собой выражение мирового прогрессивного опыта в области труда на период их принятия¹. Данные конвенции, в отличие от конвенций, принятых в сфере регулирования международных хозяйственных сделок, содержат нормы, в равной степени посвященные регулированию и публично-правовых, и частнопроводных отношений в сфере труда.

Международные трудовые нормы предусмотрены как для регулирования обычных, внутринациональных трудовых отношений, так и для регулирования трудовых отношений, осложненных иностранным элементом. В этом тоже усматривается особенность конвенций, принятых для регулирования трудовых отношений, которые в отличие, например, от конвенций, регулирующих международную куплю-продажу, международный финансовый лизинг или другие международные хозяйственные сделки, в предмет своего регулирования включают и внутригосударственные, и трансграничные трудовые отношения.

Основопологающие принципы в сфере труда, получившие закрепление в конвенциях МОТ, являются для российского судьи критерием проверки правильности примененных или подлежащих применению по конкретным делам трудовых норм². При этом особое внимание следует уделять анализу содержания международных норм, которые первоначально могут быть неправильно истолкованы работодателем.

Например, минимальный возраст принятия на работу равен 16 годам в соответствии со ст. 163 ТК РФ (в исключительных случаях — 15 годам). Данное положение соответствует требованиям международных норм. При этом в российском законодательстве допускается заключение трудового договора с лицами, не достигшими 14-летнего

¹ Из 185 конвенций, принятых МОТ, Российская Федерация ратифицировала 58.

² Изучением практики применения российскими судами международных трудовых норм занималась заместитель начальника научного отдела Российской академии правосудия, судья в отставке д-р юрид. наук В. И. Анишина. См.: *Анишина В. И.* Применение российских судами международных трудовых норм: учебно-метод. пособие. М.: Права человека, 2003.

возраста, для участия в создании и исполнении зрелищных мероприятий и произведений. Для этих случаев закон предусматривает только одно условие: чтобы работа осуществлялась ребенком без ущерба его здоровью и нравственному развитию.

В соответствии со ст. 5 Конвенции об ограничении ночного труда детей и подростков на непромышленных работах 1946 г. предусматривается, чтобы в таких случаях работа не продолжалась после полуночи; были установлены строгие гарантии для защиты здоровья и нравственности ребенка, созданы условия для предотвращения нарушения нормального хода учебы и чтобы ребенку предоставлялся отдых продолжительностью не менее 14 часов.

Суд Российской Федерации, рассматривая дело по оспариванию условий контракта, заключенного с ребенком (например, иск прокурора о расторжении контракта), и проверяя законность условий такого контракта, должен истолковывать требование национальной нормы «без ущерба здоровью и нравственному развитию» как не допускающее труд ребенка после полуночи и с предоставлением ребенку отдыха не менее 14 часов.

В Российской Федерации правоприменитель должен обращаться к международным нормам и в случае, когда международными нормами установлены иные правила, чем предусмотрены национальным законодательством, и в случае, когда национальное законодательство вообще не предусматривает регулирование определенных отношений в сфере труда. Пробельность национального законодательства при разрешении конкретных дел должна быть восполнена не путем обращения к аналогии закона или аналогии права, как это принято в судебной практике, а посредством применения международных трудовых норм, включенных в правовую систему Российской Федерации путем ратификации соответствующей конвенции.

Так, например, Российская Федерация является участником Конвенции № 149 о занятости и условиях труда и жизни сестринского персонала 1977 г. В соответствии со ст. 1 данной Конвенции положения Конвенции применяются ко всему сестринскому персоналу независимо от места работы медицинских сестер. Положения Рекомендации № 157 к данной Конвенции содержат нормы о необходимости установления аналогичных уровней оплаты труда сестринского персонала, выполняющего сходные или равноценные обязанности и работающего в сходных или равноценных условиях, независимо от того, в каких учреждениях, областях или секторах этот персонал работает.

Российская практика установления несравнимо более низкого уровня оплаты труда сестринского персонала в муниципальных и других некоммерческих лечебных заведениях по сравнению с лечебными заведениями коммерческой принадлежности порождает судебные споры о защите прав работников, получающих меньшую оплату труда, выполняя при этом аналогичную работу и работая в равноценных условиях. Суды Российской Федерации, рассматривая такие споры, должны применять положения международных трудовых норм (в данном случае — нормы Конвенции 1977 г.) и принимать решение об установлении надлежащего уровня оплаты труда сестринского персонала в некоммерческом секторе здравоохранения.

Обращение к международным нормам возможно даже в том случае, когда конкретные правоотношения, не получившие регламентации в российском законодательстве, урегулированы положениями конвенций и рекомендаций МОТ, не ратифицированных Российской Федерацией. При этом необходимо иметь в виду, что отсутствие ратификации конвенции не всегда свидетельствует о том, что Россия не обязана соблюдать то правовое регулирование трудовых отношений, которое установлено в этой конвенции. Это связано с тем, что в большинстве случаев международные нормы конвенций МОТ содержат общепризнанные принципы и нормы международного права в сфере труда, которые в соответствии с Конституцией РФ включаются в правовую систему России.

В таких случаях суд должен дать оценку международной норме, определить, предусматривает ли данная норма узкое, специфическое регулирование (например, устанавливает особые условия труда для отдельных категорий работников — нормы питания моряков, находящихся в плавании) или в международной норме предусматривается защита принципиально важных положений и интересов в сфере труда (например, недопустимость привлечения несовершеннолетних к работе с вредными и опасными условиями труда).

Если в российском законодательстве не установлены специальные нормы, регламентирующие трудовую деятельность отдельных категорий лиц, то будет неправомерным обращение к положениям соответствующей конвенции, не ратифицированной Российской Федерацией. В случае если в национальном законодательстве не установлен запрет на использование труда несовершеннолетних на предприятиях, использующих вредные химические вещества¹, либо на предприятиях с опасными для подростка условиями труда (поднятие вручную грузов,

¹ МОТ приняла Конвенцию № 136 о бензоле 1971 г. и Конвенцию № 170 о химических веществах 1990 г., в которых Российская Федерация не участвует.

превышающих максимально допустимую норму), и отдельные конвенции, принятые по этим вопросам, до сих пор не ратифицированы Россией, то международные нормы, содержащиеся в данных конвенциях, в определенных случаях могут применяться судом Российской Федерации как общепризнанные нормы международного права¹.

Одной из наиболее распространенных категорий трудовых споров в практике судов общей юрисдикции являются споры, связанные с оплатой труда. В соответствии с Конвенцией № 95 об охране заработной платы 1949 г., ратифицированной СССР в 1961 г., понятие «заработная плата» означает всякое вознаграждение или всякий заработок, исчисляемые в деньгах и устанавливаемые национальным законодательством или соглашением, которое в силу письменного или устного трудового договора работодатель должен выплачивать работнику за труд.

Сопровождающая данную Конвенцию Рекомендация № 85 об охране заработной платы 1949 г. определяет, что работникам с почасовым, поденным и понедельным исчислением зарплаты выплата последней должна происходить не реже двух раз в месяц и не реже одного раза в месяц служащим с помесечным или годовым исчислением.

В ст. 131 ТК РФ предусмотрена возможность выплаты доли заработной платы в неденежной форме (не более 20%). При этом в российском законодательстве не содержится перечень отраслей и профессий, в которых допускается такая выплата. В этом случае суды, рассматривая споры о выплате заработной платы в неденежной форме, должны применять положения Конвенции № 95 1949 г. с учетом положений Рекомендации № 85.

В ст. 9 Конвенции № 95 закреплено интересное положение о том, что недопустимо производить отчисления из зарплаты, которые производятся в пользу работодателя, его представителя или посредника и которые представляют прямое или косвенное вознаграждение в счет сохранения работы. Согласно Рекомендации № 85 необходимо принимать определенные меры с целью ограничения удержаний из заработной платы до такого предела, который считается необходимым для обеспечения содержания работника и его семьи. Данное

¹ Заслуживает уважения позиция В. И. Анишиной, которая в порядке рекомендации судьям, рассматривающим международные трудовые споры, говорит о том, что в решениях необходимо ссылаться на положения международной конвенции, указывая при этом, что конкретный риск является частным случаем общепризнанной нормы международного права о запрете труда несовершеннолетних, занятых на работах с вредными и опасными условиями труда. См.: *Анишина В. И.* Указ. соч. С. 16.

положение Рекомендации не получило отражение в ст. 138 ТК РФ, но при рассмотрении спора суд Российской Федерации должен определять предел удержания заработной платы, руководствуясь соответствующим международным правилом.

17.4. Законодательство иностранных государств по международному частному праву в сфере регулирования трудовых отношений

В мире существует более 40 государств, которые имеют специальное законодательство по международному частному праву. Однако не во всех источниках, посвященных международному частному праву, предусмотрены специальные нормы, регулирующие трудовые отношения. В некоторых случаях это обусловлено тем, что правовая система государства не предусматривает выделение трудовых отношений в качестве особого вида договорных отношений. В других случаях, как, например, в Российской Федерации, идет сложный процесс признания в трудовых отношениях частнопрововых начал, позволяющих применять нормы международного частного права к регулированию трудовых отношений.

В законодательстве большинства иностранных государств, предусматривающих специальное коллизионное регулирование трудовых отношений, закрепление получили следующие коллизионные принципы:

— *lex loci laboris* (законодательство Австрии, Венгрии, Испании, Швеции).

Австрийский Закон о международном частном праве 1978 г.¹ Трудовые договоры

§ 44. (1) Трудовые договоры регулируются согласно праву того государства, в котором работник обычно выполняет свою работу. Это право также остается определяющим, если работник направлен на какое-либо рабочее место в каком-либо другом государстве.

(2) Если работник обычно выполняет свою работу в более чем одном государстве или если он не имеет обычного места работы, то является определяющим право того государства, в котором *работодатель имеет свое обычное местопребывание*.

(3) Выбор права принимается во внимание только тогда, когда он осуществлен прямо выраженным образом. Однако в той мере, в какой затрагиваются принудительные положения названного в абзацах 1 и 2 права, также и прямо выраженный выбор права не принимается во внимание, *если он осуществлен в ущерб работнику*.

¹ Извлечение из австрийского Закона и примеры законодательства других государств взяты из: Жильцов А. Н., Муранов А. И. Указ. соч.

Венгерский Указ о международном частном праве 1979 г.**Глава VIII. Трудовое право**

§ 51. (1) Если норма права не предусматривает иное, трудовые отношения регулируются правом *государства, на территории которого должна быть выполнена работа.*

(2) Трудовые отношения, возникающие путем назначения или избрания на должность, регулируются *личным законом назначившего учреждения или избравшей организации.*

§ 52. (1) Если в соответствии с трудовым договором работу следует выполнять на территории нескольких государств, трудовые отношения регулируются *личным законом работодателя.*

(2) Если работник венгерского работодателя выполняет работу, находясь в заграничной командировке, или в *период длительного пребывания за границей*, трудовые отношения регулируются венгерским правом.

§ 53. По праву, применяемому к трудовым отношениям, определяются материальные и формальные правовые условия действительности трудового договора, последствия недействительности этого договора, а также вопросы содержания и прекращения трудовых отношений;

— *lex voluntatis* (законодательство Италии, Канады, Польши).

**Книга десятая «О международном частном праве»
Гражданского кодекса Квебека (Канада) 1991 г.****§ 4. О трудовом договоре**

3118. *Указание сторонами на право, применимое к трудовому договору*, не влечет лишения работника защиты, на которую он уполномочен в соответствии с императивными нормами права страны, где работник обычно осуществляет свою работу, даже если он временно выполняет задание в другой стране, или, если работник обычно не осуществляет работу в какой-либо одной стране, — в соответствии с императивными нормами права страны, где его работодатель domiciliрован или имеет место своего делового обзаведения.

Если применимое право не определено сторонами, право страны, где работник обычно осуществляет свою работу, или право страны, где его работодатель domiciliрован или имеет место своего делового обзаведения, подлежит при тех же обстоятельствах применению к трудовому договору.

Польский Закон о международном частном праве 1965 г.**X. Трудовые отношения**

Статья 32. Стороны могут подчинить трудовые отношения вышесказанному ими праву, если оно имеет связь с этими отношениями.

Статья 33. Если стороны не произвели выбора права, трудовое отношение подчиняется праву государства, в котором стороны имели место жительства или местонахождение в момент возникновения этого отношения.

Интерес для возможного юридического закрепления коллизионного регулирования трудовых отношений в российском законодательстве представляет *Закон о международном частном праве Украины 2005г.* Украинский законодатель выделил коллизионные нормы, посвященные регулированию трудовых отношений, в отдельный раздел, тем самым подчеркнув, что трудовые отношения, являясь объектом международного частного права, должны регулироваться специальными коллизионными принципами. Украинский законодатель не предусмотрел применения автономии воли к регулированию трудовых отношений.

Основным коллизионным принципом по украинскому законодательству является *lex loci laboris*. Исключением из действия принципа *lex loci laboris* является ситуация, когда иное регулирование предусмотрено законом или международным договором Украины. Применять другие коллизионные принципы к регулированию трудовых отношений, которые получили закрепление в Законе о международном частном праве Украины 2005 г., как «иное законодательное регулирование» является недопустимым. А других специальных законов, содержащих коллизионные нормы в сфере труда, в Украине не принято.

Отдельные статьи в Законе 2005 г. посвящены регулированию трудовых отношений граждан Украины, работающих за границей, и регулированию трудовых отношений иностранцев, работающих в Украине. В первом случае украинский законодатель определяет пределы применения украинского права к регулированию труда граждан Украины, а во втором случае — возможность применения иностранного права к регулированию трудовых отношений иностранцев.

17.5. Трудовые отношения иностранных граждан в Российской Федерации

Правовое регулирование трудовых отношений иностранных граждан в Российской Федерации в рамках международного частного права характеризуется двумя особенностями.

Первая особенность состоит в наличии *изъятий*, которые закреплены в российском законодательстве применительно к осуществлению иностранными гражданами трудовой деятельности на территории России.

Вторая особенность обусловлена наличием специальной процедуры, осуществление которой обеспечивает возможность иностранным гражд-

данам реализовывать право свободно распоряжаться своими способностями к труду, выбирать род деятельности и профессию. Прохождение строго регламентированной в российском законодательстве процедуры обеспечивает *допуск* иностранцев к осуществлению трудовой деятельности в Российской Федерации.

Основным принципом, действующим в сфере регулирования трудовых отношений иностранных граждан в Российской Федерации, является *принцип национального режима*, определяющий правовое положение иностранных лиц и в других сферах деятельности. В сфере трудовой деятельности данный принцип, в отличие от других сфер, действует со многими изъятиями.

Изъятия из принципа национального режима могут быть различными: они могут состоять в полном запрете для иностранных граждан осуществлять отдельные виды трудовой деятельности или занимать определенные должности, а могут состоять в закреплении дополнительных условий для иностранцев, собирающихся заниматься трудовой деятельностью.

Прежде всего, российским законодательством установлены ограничения для занятия иностранцами тех должностей и выполнения ими тех видов работ, которые связаны с обеспечением безопасности Российской Федерации или представляют особую важность для защиты интересов общества и государства. К примеру, иностранный гражданин не может быть государственным служащим, судьей, прокурором, следователем, нотариусом, командиром воздушного судна гражданской авиации или членом экипажа военного корабля Российской Федерации. Кроме того, иностранцы не могут заниматься частной детективной или охранной деятельностью, быть патентными поверенными, что уже не связано с обеспечением безопасности Российской Федерации, но в качестве запрета установлено в российском законодательстве¹.

Примером закрепления в российском законодательстве дополнительных или специальных условий для иностранных граждан, желающих заниматься трудовой деятельностью, является положение ст. 3.1 Федерального закона об архитектурной деятельности 1995 г. В отличие от запрета на занятие охранной или частной детективной деятельностью, иностранные граждане могут заниматься архитектурной деятельностью в Российской Федерации, но совместно с архитектором — гражданином Российской Федерации или российским юридическим лицом. Что касается возможности самостоятельно заниматься архитектурной деятельностью в России, то такая воз-

¹ Ограничения, установленные в законах Российской Федерации для иностранцев в отношении возможности заниматься определенными видами работ или занимать определенные должности. См. гл. 7 настоящего учебника.

возможность может быть реализована иностранными гражданами только при наличии международного договора Российской Федерации, в котором получило бы закрепление данное право.

Помимо специальных законов Российской Федерации, предусматривающих изъятия из принципа национального режима, ограничения при реализации иностранцами трудовых прав закрепляются в Федеральном законе «О правовом положении иностранных граждан в Российской Федерации» 2002 г. Данный Закон является не только основным источником, посвященным регулированию правового положения иностранных граждан в России, но и одним из источников российского права, в котором непосредственно закрепляются нормы, учитывающие особенности труда иностранных граждан.

В соответствии со ст. 13 Закона о правовом положении иностранных граждан, которая так и называется — «Условия участия иностранных граждан в трудовых отношениях», иностранный гражданин имеет право осуществлять трудовую деятельность *только при наличии разрешения на работу*. Данное условие не распространяется на некоторые категории иностранных граждан, постоянно или временно проживающих в Российской Федерации¹, включая иностранных граждан, являющихся сотрудниками дипломатических представительств; работниками консульских учреждений; сотрудниками международных организаций; журналистами и приглашенными в Российскую Федерацию лицами в качестве преподавателей для проведения занятий в образовательных учреждениях.

Реализация трудовых прав иностранных граждан на территории Российской Федерации осуществляется посредством *допуска иностранцев* к осуществлению трудовой деятельности. Допуск подразумевает получение *разрешения на работу*². В свою очередь российский работодатель также обязан выполнить определенные требования российского законодательства, обеспечивающие допуск иностранцев к работе. Так, работодатель для привлечения иностранных работников должен получить разрешение на привлечение иностранного гражданина. Кроме

¹ В соответствии со ст. 6 Закона о правовом положении иностранных граждан иностранными гражданами, временно проживающими в России, считаются лица, получившие разрешение на временное проживание, срок действия которого составляет 3 года, согласно квоте, ежегодно устанавливаемой Правительством РФ. К примеру, на 2007 г. квота на выдачу иностранным гражданам приглашений на въезд в Россию в целях осуществления трудовой деятельности составляла 308 842 приглашения. См.: РГ. 2006. 6 нояб.

² Традиционно в учебной литературе по международному частному праву освещаются вопросы, связанные с порядком предоставления иностранцам, находящимся в России, разрешения на осуществление трудовой деятельности. Следует иметь в виду, что данные вопросы, несмотря на их освещение и изучение в курсе международного частного права, раскрывают отношения, имеющие административно-правовую природу, которые не включаются в объект международного частного права как отрасли права.

того, работодатель может использовать иностранных работников только по тем профессиям и в тех субъектах Российской Федерации, которые указаны в разрешении на привлечение и использование иностранных работников.

В конце 2006 г. была обновлена нормативно-правовая база в сфере регулирования выдачи разрешительных документов иностранным гражданам, желающим осуществлять трудовую деятельность в России. Постановлением Правительства РФ от 15 ноября 2006 г. № 681 были утверждены Правила выдачи разрешительных документов для осуществления иностранными гражданами временной трудовой деятельности в Российской Федерации.

Согласно Правилам иностранный гражданин, прибывший в Российскую Федерацию в порядке, не требующем получения визы, должен подать заявление о выдаче ему разрешения на работу лично или через организацию, занимающуюся трудоустройством иностранных граждан, *в орган миграционной службы*. В Правилах закрепляется положение о том, что решение о выдаче разрешения либо об отказе должно быть принято в течение 30 дней со дня подачи заявителем требуемых документов. Орган миграционной службы ведет учет выданных и аннулированных разрешений на работу и предоставляет соответствующую информацию в *Государственную информационную систему миграционного учета*.

С 15 января 2007 г. вступило в силу постановление Правительства РФ от 22 декабря 2006 г. № 783 «О порядке определения органами исполнительной власти потребности в привлечении иностранных работников и формирования квот на осуществление иностранными гражданами трудовой деятельности в Российской Федерации», в соответствии с которым утверждены одноименные Правила определения исполнительными органами государственной власти потребности в привлечении иностранных работников¹. Согласно Правилам потребность в привлечении иностранных работников определяется с учетом видом экономической деятельности, профессий, специальностей и квалификации, а также государства происхождения иностранного работника.

Определение потребности в привлечении иностранных работников и формирование квот осуществляются в целях поддержания оптимального баланса трудовых ресурсов и с учетом обеспечения приоритетного трудоустройства граждан Российской Федерации. Данная задача обеспечивается исполнительными органами государственной власти субъектов РФ на основании предложений

¹ Текст постановления от 22 декабря 2006 г. № 783 и Правил см.: РГ. 2006. 31 дек.

работодателей и заказчиков работ. В качестве заказчиков могут выступать и иностранные граждане, которые зарегистрированы в качестве иностранных предпринимателей и собираются привлечь для осуществления трудовой деятельности иностранных граждан. Согласование потребности в привлечении иностранцев и предложений по объемам квот осуществляется в субъектах Федерации *межведомственными комиссиями* по вопросам привлечения и использования иностранных работников, состав которых утверждается руководителями высших исполнительных органов государственной власти субъектов Федерации.

Дополнительная литература

Андрианова М. А. Соотношение и взаимодействие международного частного и трудового права России в вопросах регулирования трудовых отношений с участием иностранцев. Международное частное трудовое право // Государство и право. 2002. № 9.

Андриченко Л. В., Елеонский В. О., Хабриева Т. Я. О концепции развития миграционного законодательства в Российской Федерации // Журнал российского права. 2003. № 4.

Гречишников Е. Д. Трудовая миграция в Россию в аспекте нового законодательства // Коллегия. 2002. № 10—11.

Дзарасов М. Э. Трудовой договор с участием иностранцев: некоторые правовые аспекты // Современное право. 2006. № 4.

Скачкова Г. С. Труд иностранцев в России: правовое регулирование: науч.-практ. пособие. М.: Волтерс Клувер, 2006.

Глава 18

БРАЧНО-СЕМЕЙНЫЕ ОТНОШЕНИЯ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Минская конвенция о правовой помощи и правоотношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ); Конвенция о праве, применимом к алиментным обязательствам 1973 г.; Конвенция о заключении и признании действительности браков 1978 г.; Конвенция о праве, применимом к режиму собственности супругов, 1978 г.; Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления 1993 г.; Семейный кодекс Российской Федерации 1995 г.

18.1. Особенности правового регулирования брачно-семейных отношений международного характера

Общепринято, что область брачно-семейных отношений не полностью, а лишь *частично* входит в объект регулирования международного частного права. Это объясняется тем, что брачно-семейные отношения имеют не только гражданско-правовую, но и административно-правовую природу. А превалирующей в доктрине международного частного права является сегодня позиция, согласно которой объектом международного частного права могут быть только гражданско-правовые отношения международного характера. Из этого следует, что отношения, выходящие за рамки гражданско-правовых, уже будут регулироваться не международным частным правом, а нормами других отраслей права. К таким отношениям можно отнести порядок государственной регистрации актов гражданского состояния, порядок и сроки хранения книг государственной регистрации и аналогичные отношения, которые имеют административно-правовой характер и регулируются исключительно нормами национального права, хотя традиционно рассматриваются при изучении вопросов семейного права. В Российской Федерации регламентация указанных отношений предусмотрена Федеральным законом «Об актах гражданского состояния» 1997 г.

Итак, *международное частное право регулирует только те отношения из области брачно-семейных, которые имеют гражданско-правовую природу*. Сразу следует обратить внимание на то, что четкой дифференци-

ации институтов на имеющие публично-правовую и частноправовую природу в семейном праве не существует. Можно указать критерии, по которым в праве происходит деление отношений на частные и публичные, приемлемые и при характеристике брачно-семейных отношений. При выделении отношений частноправового (гражданско-правового) характера руководствуются следующими критериями: наличие имущественного или личного неимущественного характера, диспозитивность, равенство сторон. В случае когда отношения различных институтов семейного права удовлетворяют названным критериям, можно вести речь об объекте регулирования международного частного права. Кроме того, помимо наличия гражданско-правовой природы необходимо, чтобы отношения были осложнены иностранным элементом, что позволяет характеризовать их как международные.

К брачно-семейным отношениям в международном частном праве относят вопросы заключения и расторжения брака, признания брака недействительным, определения режима имущества между супругами, регулирования алиментных обязательств, усыновления и связанные с ними другие вопросы (например, взаимоотношения в приемной семье) при условии, что указанные отношения имеют международный характер. При этом надо помнить, что международный характер проявляется не только тогда, когда иностранцы заключают брак на территории России. Международными могут быть и отношения, когда их участниками являются только российские граждане. Это происходит в ситуации, когда отношения складываются за пределами Российской Федерации. К примеру, рождение российского ребенка на территории иностранного государства и возникающие в связи с этим вопросы по защите его имущественных прав (в частности, права на получение алиментов) означают включение этих отношений в объект регулирования международного частного права. Для того чтобы можно было говорить о международном характере, достаточно, чтобы любой элемент в правоотношении (субъект, объект или юридический факт) имел иностранную характеристику.

Характеризуя область брачно-семейных отношений, нельзя не отметить такой отличающий ее признак, как преобладание в каждом государстве правовых норм, имеющих свои давние исторические и религиозные корни, наличие обычаев, традиций, правил вежливости, нравственных, моральных и бытовых норм, одним словом, все те социальные регуляторы, которые отражают специфику каждой народности и определенной общности людей. Именно это обстоятельство и является препятствием для унификации материальных и даже (хотя в значительно меньшей степени) коллизионных норм в семейном праве.

Коллизии в правовом регулировании различных брачно-семейных отношений проявляются не только в правовых системах государств, где господствуют разные религии, но и в государствах с одинаковым вероисповеданием и правовыми системами одной «семьи» (например,

в странах романо-германского права). Различия проявляются практически во всех институтах семейного права, при этом сам набор институтов во многом совпадает.

Так, в законодательстве большинства государств предусмотрены нормы, определяющие материальные условия для лиц, вступающих в брак, однако содержание этих условий в законодательстве каждого государства имеет свои особенности. К примеру, в российском законодательстве условиями для заключения брака являются взаимное добровольное согласие мужчины и женщины и достижение ими брачного возраста, который устанавливается по общему правилу с 18 лет. В других государствах может быть установлен более низкий или, напротив, более высокий возрастной ценз, при этом определяемый индивидуально для женщин и мужчин.

В законодательстве некоторых государств, преимущественно мусульманских, вообще можно встретить непривычные для менталитета российского человека условия: истечение определенного срока после смерти супруга для регистрации нового брака (так называемый «обет верности»), учет разницы в возрасте между женихом и невестой, возможность регистрации брака при условии материальной обеспеченности жениха и др. Что касается российского законодательства, то помимо перечисленных условий в СК РФ имеется специальная статья, закрепляющая обстоятельства, препятствующие заключению брака. В их числе отсутствует необходимость получения согласия родителей, что является необходимым условием для регистрации брака во Франции в случае, если желающие вступить в брак не достигли возраста 21 года.

Соблюдение материальных условий обеспечивает в будущем действительность брака, и каждое государство внимательно следит за выполнением его гражданами установленных правовых норм. Отсутствие единообразия в содержании понятия материальных условий порождает в последующем «*хромяющие браки*» — браки, признаваемые в одном государстве и не признаваемые в другом. Получается, что при регистрации брака между гражданкой Франции и гражданином России гражданка Франции, не достигшая 21 года, должна получить согласие родителей (как того требует французское законодательство), а для гражданина Российской Федерации в СК РФ такое требование не предусмотрено.

Существование в брачно-семейной области «хромяющих отношений» неразрывно связано и обусловлено коллизией проблемой, которую, в отличие от других цивилистических областей, в данном случае очень трудно решить. Однако и в семейном праве государства предпринимали и предпринимают попытки унифицировать отдельные институты. Одной из таких попыток стало принятие в 1902–1905 гг. серии Гагских конвенций: о браке, разводе и судебном разлучении

супругов, о личных и имущественных отношениях между супругами, об опеке над несовершеннолетними, попечительстве над совершеннолетними. Уже сам факт появления в начале XX столетия международных конвенций имел большое значение. Подобная унификация показала реальные возможности государств в достижении компромисса и в этой, казалось бы, недоступной для единообразного регулирования сфере.

Вслед за Конвенциями 1902–1905 гг., которые, к сожалению, не получили широкого признания, появились другие Гаагские конвенции: о законе, применимом к алиментным обязательствам в пользу детей, 1956 г.; о признании и исполнении решений по делам об алиментных обязательствах в отношении детей 1958 г.; о юрисдикции и применимом праве в отношении защиты несовершеннолетних 1961 г.; о признании разводов и решений о судебном разлучении супругов 1970 г.; о праве, применимом к алиментным обязательствам, 1973 г.; о праве, применимом к режимам собственности супругов, 1978 г.

Универсальная унификация, к сожалению, не стала эффективным регулятором брачно-семейных отношений международного характера. Значительно результативнее оказалась региональная унификация, осуществляемая на разных континентах. Одной из первых стала унификация стран Латинской Америки, завершившаяся принятием в 1928 г. Кодекса Бустаманте (известного как Конвенция по международному частному праву). Кодекс Бустаманте — это прежде всего унификация коллизионного права. Вопросам семейного права в нем посвящены специальные главы: «О браке и разводе», «Отцовство и установление отцовства», «Алиментные обязанности родственников», «Отцовская власть», «Усыновление», «Опека», «Эмансипация и совершеннолетие», «Регистрация актов гражданского состояния».

Между государствами — членами СНГ унификация коллизионных норм семейного права была осуществлена в результате принятия в 1993 г. Конвенции о правовой помощи и правоотношениях по гражданским, семейным и уголовным делам (известная как Конвенция стран СНГ 1993 г.). Подобно Кодексу Бустаманте, в Конвенции 1993 г. имеется специальная часть «Семейные дела». В ней сформулированы нормы, закрепляющие принципы выбора права при регулировании следующих отношений: материальных условий заключения брака; расторжения брака; признания брака недействительным; отношений между супругами, между родителями и детьми; установления или оспаривания отцовства (материнства); установления или отмены усыновления, опеки и попечительства. Особое внимание в Конвенции уделяется определению компетенции судебных учреждений государств-участников, рассматривающих споры в области брачно-семейных отношений.

По делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд государства, законодательство которого подлежит применению; по делам о расторжении брака компетентны учреждения государства, гражданами которого являются супруги в момент подачи заявления, если супруги имеют разное гражданство — учреждения государства, на территории которого проживают супруги (если один из супругов проживает на территории одного государства, а второй — на территории другого, компетентными будут учреждения обоих государств).

Излишне сравнивать количество международных материальных и международных коллизионных норм, принятых в области брачно-семейных отношений. *Унификация семейного права ограничивается в основном созданием коллизионных норм.* Материальных международных норм в области брачно-семейных отношений принято очень мало¹. Необходимо обратить внимание и на такое обстоятельство, как регулирование многих отношений, непосредственно относящихся к брачно-семейным или связанным с ними, конвенциями, традиционно рассматриваемыми в курсе международного публичного права. К примеру, в 1980–1990 гг. был принят ряд «детских» конвенций: Конвенция о гражданских аспектах международного похищения детей 1980 г., Конвенция о правах ребенка 1989 г., Конвенция о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления 1993 г.² Первые две из перечисленных всегда рассматриваются при изучении подотрасли международного публичного права «Права человека». Опять-таки это обстоятельство лишний раз подтверждает тот факт, что из-за тесного переплетения публичных и частных отношений четкой дифференциации конвенций на источники международного публичного и международного частного права не существует. Анализ традиционно «публичных» семейных конвенций показывает, что в них наряду с международными стандартами, относящимися к публично-правовым предписаниям, содержатся нормы, регулирующие гражданские правоотношения. Например, в Конвенции о правах ребенка 1989 г. имеются нормы, относящиеся к личным неимущественным отношениям: положения, закрепляющие право ребенка на имя с момента его рождения, неимущественное право знать своих родителей, нормы, посвященные иностранному усыновлению.

Что касается участия Российской Федерации в унификации семейного права, то помимо Конвенции стран СНГ 1993 г., а также принятого Протокола к этой Конвенции 1997 г. Россия является участницей

¹ К конвенциям, содержащим материальные нормы, можно отнести Конвенцию о согласии на вступление в брак, брачном возрасте и регистрации браков 1962 г.

² Из указанных конвенций Россия является участницей только Конвенции о правах ребенка 1989 г.

около 20 двусторонних международных договоров о правовой помощи, в которых, кроме разделов, посвященных общегражданским вопросам, имеются разделы, регулирующие брачно-семейные отношения международного характера¹.

18.2. Коллизионные вопросы заключения и расторжения брака в Российской Федерации

Коллизионно-правовое регулирование брачно-семейных отношений международного характера в Российской Федерации приобрело качественно новое содержание с принятием *Семейного кодекса 1995 г.* Взамен ранее действовавших односторонних коллизионных привязок, предусматривавших применение исключительно советского законодательства, в ныне действующем СК РФ содержится двусторонние коллизионные нормы, закрепляющие такие формулы прикрепления, как закон гражданства и закон места жительства супругов, известные законодательству большинства государств. В ключевом относительно коллизионного регулирования брачно-семейных отношений международного характера разд. VII СК РФ большое количество норм посвящено вопросам заключения и расторжения брака.

Заключение брака. При заключении брака как на территории России, так и за ее пределами возможны *два варианта «присутствия» иностранного элемента*. В России брак может быть заключен: 1) между гражданами иностранных государств — так называемый иностранный брак и 2) между лицами, одно из которых имеет российское гражданство, а другое — гражданство иностранного государства, так называемый смешанный брак. Аналогичная ситуация возможна при регистрации брака и на территории иностранного государства: 1) брак может быть заключен между только российскими гражданами; 2) брак может быть заключен между лицами, имеющими российское и иностранное гражданство.

Во всех перечисленных случаях имеет значение определение применимой правовой системы, регулирующей порядок, форму и материальные условия заключения брака. Что касается первых двух вопросов — порядка и формы, то, по существу, они относятся к публично-правовым отношениям и решаются каждым государством путем принятия соответствующих законов или правовых норм, регламентирующих данные отношения независимо от того, кто — отечественные граждане или иностранцы — являются субъектами этих правоотношений. Вместе с тем в разд. VII СК РФ 1995 г. имеется норма (аналогичные нормы

¹ Двусторонние международные договоры заключены с Албанией, Болгарией, Венгрией, Кубой, Югославией, Азербайджаном, Грузией, Молдавией и некоторыми другими государствами. Необходимо иметь в виду, что двусторонних договоров о правовой помощи, участницей которых является Российская Федерация, гораздо больше, однако не во всех из них имеются нормы, регулирующие семейные отношения.

содержались и в Кодексе о браке и семье 1969 г.), рассматриваемая международниками как односторонняя коллизионная норма. Согласно этой норме форма и порядок заключения брака на территории Российской Федерации определяются законодательством РФ¹.

Важное значение при регулировании заключения брака приобретает выбор права, определяющего *материальные условия*. При заключении брака на территории России действует следующая коллизионная норма: условия заключения брака определяются для каждого из лиц, вступающих в брак, законодательством государства, гражданином которого является лицо (п. 2 ст. 156 СК РФ). *Данная норма — это новелла, она впервые в российском семейном праве допускает применение иностранного права при определении материальных условий*. Для обоих лиц, вступающих в брак, имеет также значение соблюдение требований российского законодательства о препятствиях к заключению брака: согласно ст. 14 СК РФ не допускается заключение брака между лицами, из которых хотя бы одно уже состоит в другом браке, близкими родственниками, усыновителями и усыновленными, лицами, из которых кто-либо признан недееспособным вследствие психического расстройства.

В СК РФ предусмотрена ситуация, когда лицо, вступающее в брак, является бипатридом, т. е. имеет два гражданства. В случае когда одно из гражданств российское, к условиям заключения брака будет применяться российское законодательство. Если же лицо является гражданином двух иностранных государств, то условия заключения брака будут определяться законодательством одного из государств гражданства по выбору самого лица. Что касается лиц без гражданства, то условия заключения брака на территории России устанавливаются законодательством государства, в котором эти лица имеют постоянное место жительства.

Российские граждане вправе регистрировать брак не только в Российской Федерации, но и на территории иностранных государств. Условно различают *консульские* и *общегражданские* браки: *консульскими* называют браки, заключаемые в дипломатических и консульских учреждениях, а *общегражданскими* — регистрируемые в компетентных государственных органах иностранного государства. Российские граждане могут заключать в иностранном государстве и консульские, и общегражданские браки. Аналогичное право предоставляется и иностранцам, регистрирующим браки на территории Российской Федерации. Немного иначе обстоит дело с регистрацией смешанных браков в кон-

¹ На страницах настоящего учебника не будем вдаваться в полемику о правильности рассмотрения данной нормы в качестве коллизионной нормы международного частного права и отнесения формы и порядка заключения брака к отношениям, регулируемым международным частным правом.

сульских учреждениях. Как правило, такая возможность обусловлена соответствующим международным договором.

Для признания брака, заключенного на территории иностранного государства, действительным требуется соблюдение определенных условий. В случае если речь идет о заключении брака между российскими гражданами или между лицами, одним из которых является российский гражданин, необходимо: 1) соблюдение российского законодательства применительно к материальным условиям вступления в брак (ст. 14 СК РФ) и 2) соблюдение законодательства государства, на территории которого заключается брак. Для признания браков, заключенных между иностранцами, достаточно только соблюдения законодательства государства, на территории которого они заключены.

В отношении браков, зарегистрированных между российскими гражданами или с участием российских граждан за пределами Российской Федерации, в юридической литературе высказывается мнение о том, что брак, заключенный несовершеннолетней гражданкой РФ (в возрасте, например, 12–16 лет) или несовершеннолетним гражданином РФ, в соответствии с законодательством государства, где регистрируется брак, будет потом признан в РФ, поскольку в СК РФ 1995 г., в отличие от ранее действовавшего КоБС 1969 г., содержится только одно требование — о выполнении гражданами РФ ст. 14 СК РФ¹. Что касается требования о соблюдении гражданами РФ брачного возраста, то оно уже не закрепляется в этой статье и соответственно может не выполняться. Однако в силу публичного порядка, представляющего в области брачно-семейных отношений по многим вопросам императивные начала, правовые нормы о взаимном согласии лиц, вступающих в брак, достижении брачного возраста не могут быть проигнорированы брачующимися.

Новеллой в российском законодательстве является коллизийная норма о недействительности брака. Она закреплена в ст. 159 СК РФ и предусматривает, что недействительность брака, независимо от того, где он был зарегистрирован, определяется законодательством, которое применялось при заключении брака. Аналогичные нормы содержатся в международных договорах, в частности в Конвенции стран СНГ 1993 г. и двусторонних договорах о правовой помощи с участием Российской Федерации.

Расторжение брака. В отличие от заключения брака коллизийное регулирование расторжения брака претерпело значительно меньше изменений. Подобно ранее действовавшей ст. 163 КоБС в п. 1 ст. 160 СК РФ сформулирована норма о том, что расторжение брака между гражданами Российской Федерации и иностранными гражданами на территории России производится в соответствии с российским зако-

¹ Такая позиция высказывается, в частности, *Ануфриевой Л. П.* (см.: Международное частное право. Особенная часть. М.: БЕК, 2000. Т. 2. С. 566).

нодательством. В том случае, если по российскому законодательству брак может быть расторгнут в органах загса (например, при взаимном согласии супругов, не имеющих несовершеннолетних детей), то на территории иностранного государства это можно сделать в соответствующем дипломатическом представительстве или консульском учреждении Российской Федерации.

Расторжение брака за пределами России между гражданами РФ, гражданами РФ и иностранными гражданами или лицами без гражданства будет признаваться действительным при выполнении следующего условия: соблюдения законодательства соответствующего иностранного государства о компетенции органов, принимавших решение о расторжении брака, и подлежащем применению праве. Следует отметить, что коллизионные привязки, опосредующие выбор права, в законодательстве иностранных государств по-разному определяют подлежащий применению правопорядок. Расторжение брака может подчиняться либо законодательству страны гражданства, либо законодательству места жительства супругов или одного из них.

В российском семейном законодательстве предусмотрена норма, позволяющая гражданам РФ, проживающим за границей, расторгнуть брак в суде Российской Федерации независимо от гражданства своего супруга. Единственной проблемой, возникающей на практике в подобных ситуациях, является вопрос о выборе территориальной подсудности. Этот вопрос в настоящее время законодательно не решен. Необходимо включить соответствующую норму о подсудности в гражданско-процессуальное законодательство для того, чтобы возможность рассмотрения иска о расторжении брака для российских граждан, проживающих за пределами РФ, могла быть реализована на практике.

Признание в России иностранных решений о расторжении брака означает, что иностранные решения обладают такой же юридической силой, как и аналогичные решения, вынесенные компетентными органами Российской Федерации. Наличие иностранного решения о расторжении брака, которое вступило в законную силу, является достаточным основанием для того, чтобы считать супругов разведенными, и не требует дублирования со стороны соответствующих российских органов. Лицо, имеющее решение иностранного суда о расторжении брака, может зарегистрировать новый брак в РФ.

В российском законодательстве не содержится норм, регламентирующих «реализацию» признания иностранного решения. Поэтому *не существует какой-либо специальной процедуры*, связанной с признанием. В случае если заинтересованное лицо возражает против признания, вопрос решается в судебном заседании на основании поданного заявления (ст. 413 ГПК РФ) и в соответствии с гл. 45 ГПК РФ «Признание и исполнение решений иностранных судов и иностранных третейских судов (арбитражей)». Кроме того, отдельные положения о признании

судебных решений о расторжении брака, а также о выборе права при расторжении брака содержатся в договорах о правовой помощи. Так, в соответствии со ст. 52 Конвенции стран СНГ 1993 г. решение о расторжении брака признается при соблюдении следующих условий: 1) учреждения юстиции запрашиваемого государства ранее не принимали решения; 2) дело согласно нормам Конвенции, а также законодательству государства, на территории которого решение должно быть признано, не относится к исключительной компетенции учреждений юстиции этого государства.

18.3. Коллизионные вопросы взаимоотношений между супругами и другими членами семьи

Указанные в названии параграфа вопросы в ранее действовавшем семейном законодательстве вообще не были отражены: в КоБС 1969 г. не было коллизионных норм, посвященных регулированию личных неимущественных и имущественных прав и обязанностей супругов, а также алиментных обязательств совершеннолетних детей и других членов семьи. В ныне действующем СК РФ 1995 г. эти пробелы восполнены благодаря включению в разд. VII *двух самостоятельных статей*: «Личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов» и «Алиментные обязательства совершеннолетних детей и других членов семьи». В соответствии с п. 1 ст. 161 СК РФ личные неимущественные и имущественные права и обязанности супругов определяются следующим образом: законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства либо при отсутствии совместного места жительства — законодательством государства, на территории которого они имели последнее совместное место жительства. Для супругов, не имевших совместного места жительства, — законодательством Российской Федерации при условии, что дело рассматривается в российском суде.

Таким образом, основным принципом регулирования отношений между супругами является *территориальный принцип*. Исходя из изложенного следует, что к регламентации отношений между супругами-иностранцами будет применяться российское законодательство, если они проживают на территории России. Отметим, что в европейских странах (Австрия, Венгрия, Польша) в этих случаях преимущественно применяется закон гражданства супругов, и лишь при отсутствии общего гражданства действует закон совместного места жительства¹.

¹ Статья 17 польского Закона о международном частном праве 1965 г.; § 18 и 19 австрийского Закона о международном частном праве 1978 г.; § 39 венгерского Закона о международном частном праве 1979 г. и др. (см.: Дмитриева Г. К., Филимонова М. В. Указ. соч. С. 465–475).

Одним из наиболее значимых положений, обновивших коллизийное регулирование рассматриваемых отношений, является закрепление *принципа автономии воли*. Принцип автономии воли в международном частном праве Российской Федерации ранее действовал только при регулировании международных хозяйственных сделок. С введением в действие СК РФ он стал применяться в брачно-семейных отношениях. Однако законодатель ограничил возможность использования автономии воли *двумя ситуациями — заключением брачного договора и составлением соглашения об уплате алиментов*. Только при рассмотрении данных вопросов стороны могут воспользоваться автономией воли и избрать право, подлежащее применению, для определения их прав и обязанностей. Кроме того, выбор права при указанных обстоятельствах обусловлен дополнительно следующими требованиями: супруги не должны иметь общего гражданства или совместного места жительства. В других случаях действуют установленные законодателем коллизийные привязки. Что касается формы соглашения о выборе права, то этот вопрос решается на основе общего коллизийного правила о форме сделки, т. е. по праву места совершения сделки.

Коллизийные вопросы личных неимущественных и имущественных отношений между супругами получили закрепление в договорах о правовой помощи. Подобно российскому законодательству, в Конвенции стран СНГ 1993 г. в качестве основной привязки закрепляется закон государства совместного места жительства. Наряду с этим предусмотрены субсидиарные нормы, действующие в случае, когда меняется объем генеральной нормы — супруги не имеют совместного места жительства. Одной из таких субсидиарных норм является правило о том, что в случае, если один из супругов проживает на территории одного государства, а второй — на территории другого и при этом они имеют одинаковое гражданство, их личные неимущественные и имущественные отношения определяются по закону их общего гражданства.

Алиментные обязательства совершеннолетних детей в пользу родителей. В СК РФ 1995 г. имеется специальная коллизийная норма, закрепляющая правило выбора права при регулировании алиментных обязательств совершеннолетних детей в пользу родителей, а также алиментных обязательств других членов семьи. Согласно ст. 164 СК РФ алиментные обязательства указанных лиц определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства. При отсутствии такового эти отношения регулируются законом гражданства лица, претендующего на получение алиментов.

Круг вопросов, решаемых посредством выбора права, достаточно широк: это и размер алиментов, включая уменьшение или увеличение взыскиваемых сумм, и определение лиц, обязанных уплачивать алименты, и основания получения алиментов. Что касается порядка

исполнения решений о взыскании алиментов, то эти отношения регулируются уже публично-правовыми нормами, которые могут содержаться либо в национальном процессуальном законодательстве государства, либо в соответствующих международных договорах (ими, как правило, являются договоры о правовой помощи).

Коллизионное регулирование алиментных обязательств может быть предусмотрено и в международных договорах. При этом необходимо учитывать, что национальное и международное коллизионное регулирование может не совпадать. В частности, в рассматриваемой в качестве универсального примера, подходящего для иллюстрации любых институтов семейного права, Конвенции стран СНГ 1993 г. закрепляется коллизионная норма, отличающаяся от российской коллизионной нормы: алиментные обязательства согласно международной норме определяются законодательством государства, на территории которого проживает лицо, претендующее на получение алиментов. Как известно, выбор в случае противоречия между международной и национальной коллизионными нормами осуществляется в пользу первых в силу приоритетного применения международных норм.

18.4. Защита прав и интересов детей в международном частном праве

Проблема защиты прав и интересов детей — вопрос не только международного частного, но и международного публичного права. Для правоприменительных органов было бы намного удобнее, если бы законодатель четко обозначил ситуации, при которых допустимо применение иностранного права, и отношения, которые регулируются исключительно нормами национального права. В странах Латинской Америки этот вопрос решен следующим образом: в Кодексе Бустаманте 1928 г. закреплён круг вопросов, относящихся к публичному порядку, которые, следовательно, не подлежат регулированию нормами иностранного права. В семейном законодательстве РФ подобного перечня нет.

В международном частном праве РФ защита прав и интересов детей включает рассмотрение и регулирование таких отношений, как установление и оспаривание отцовства, выполнение обязанностей родителей по содержанию детей, усыновление (удочерение). Как и другие вопросы в области семейного права, данные отношения регулируются в основном коллизионно-правовыми нормами, причем в равной степени как национальными, так и международными.

Установление и оспаривание отцовства. В соответствии со ст. 162 СК РФ вопросы установления и оспаривания отцовства решаются в соответствии с законодательством государства, гражданином которого

является ребенок по рождению. Ранее установление отцовства в России производилось по российскому законодательству независимо ни от гражданства, ни от места жительства ребенка. Ныне действующее законодательство обязывает производить установление и оспаривание отцовства в отношении детей, являющихся иностранными гражданами, в соответствии с правом иностранного государства, гражданином которого является ребенок. В случае если к моменту установления отцовства ребенок будет иметь гражданство другого государства, отличное от гражданства по рождению, применяется закон первоначального гражданства. Если законодательством Российской Федерации допускается установление отцовства в органах загса, то родители ребенка, проживающие на территории иностранного государства, из которых хотя бы один является гражданином РФ, вправе обращаться с заявлением об установлении отцовства в дипломатические и консульские учреждения Российской Федерации.

Материальные отношения по установлению и оспариванию отцовства неразрывно связаны и с процедурными вопросами — порядком установления отцовства. Учитывая, что порядок, по существу, является процедурой и регулируется каждым законодательством в соответствии с национальными процессуальными нормами, этот вопрос лежит вне международного частного права. Однако еще раз отметим необходимость учета не только материального права, регулирующего возможность установления или оспаривания отцовства, но и порядок его производства, а также отсутствие законодательного разделения отношений на частноправовые и публично-правовые. В силу этого обоснованность рассмотрения обоих вопросов в рамках международного частного права никем не оспаривается.

Решение об установлении отцовства может быть принято соответствующим учреждением иностранного государства. Такое решение будет признаваться и исполняться на территории России, как правило, если это предусмотрено международным договором (им может быть договор о правовой помощи или о сотрудничестве). В противном случае остается надеяться только на соблюдение государствами международной вежливости, поскольку решения судов и других государственных органов иностранных государств не являются юридически обязательными для других государств.

Права и обязанности родителей и детей. В 1995 г. в российском законодательстве была закреплена норма, определяющая выбор права при установлении статуса правоотношений между родителями и детьми. В соответствии со ст. 163 СК РФ права и обязанности родителей и детей, в том числе обязанности родителей по содержанию детей, определяются законодательством государства, на территории которого они имеют совместное место жительства; при его отсутствии — законодательством государства, гражданином которого

является ребенок. Таким образом, права и обязанности родителей и детей, проживающих в России, независимо от того, являются ли они российскими гражданами или гражданами иностранного государства, устанавливаются материально-правовыми нормами семейного законодательства РФ.

Российский законодатель сформулировал также в ст. 163 положение о том, что по требованию истца к алиментным обязательствам и другим отношениями между родителями и детьми может быть применено законодательство государства, на территории которого ребенок постоянно проживает. В связи с этим следует обратить внимание на тот факт, что речь в данном случае идет не о безусловном выполнении судом требования истца, а о возможности применения права по требованию истца. При решении данного вопроса суд будет учитывать обстоятельства, позволяющие обеспечить благоприятный правовой режим, исходя из интересов ребенка.

Останавливаясь подробно на содержании российского коллизионного регулирования, следует заметить, что законодательство иностранных государств по вопросам, связанным с защитой интересов детей в брачно-семейных отношениях, устанавливает различные коллизионные принципы. Например, согласно ст. 57 ГК Португалии отношения между родителями и детьми, рожденными в браке, подчиняются общему национальному закону родителей, а при отсутствии такового — закону их обычного места жительства; при проживании отца и матери на территории разных государств применяется национальный закон отца, и лишь в случаях, когда мать осуществляет в полном объеме родительскую власть, — ее национальный закон.

Коллизионные нормы, регулирующие правоотношения, непосредственно или косвенно затрагивающие права ребенка, содержатся не только в национальном законодательстве государств, но и в большинстве международных договоров о правовой помощи. В Конвенции стран СНГ 1993 г. правоотношения родителей и детей определяются по праву государства, на территории которого постоянно проживают дети. По делам о правоотношениях между родителями и детьми компетентен суд государства, право которого подлежит применению.

В двусторонних договорах о правовой помощи, участником которых является Российская Федерация, этот вопрос решается по-разному. Так, в соответствии со ст. 30 Договора между Российской Федерацией и Республикой Молдова о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1994 г. правоотношения между родителями и детьми определяются законодательством государства, на территории которого стороны имеют совместное место жительства. В случае если стороны проживают на территории разных государств, правоотношения между ними определяются правом государства, гражданином которого является ребенок.

Учитывая наличие различных коллизионных привязок не только в национальном законодательстве, но и в различных международных договорах, следует очень внимательно устанавливать применимое право, соблюдая иерархию общей и специальной нормы. При конкуренции норм двустороннего и многостороннего международных договоров выбор делается в пользу нормы двустороннего договора, при конкуренции норм региональной и универсальной конвенций — в пользу нормы региональной конвенции.

Международное усыновление (удочерение)¹. Пожалуй, центральным моментом в защите прав детей, получившим закрепление в законодательстве большинства государств и нашедшим отражение в международных конвенциях, является регулирование усыновления. Помимо национальных коллизионных норм, опосредующих выбор права, когда речь идет о международном усыновлении, последнее определяется международными коллизионными нормами, содержащимися в двусторонних и региональных договорах об оказании правовой помощи, и международными материальными нормами. В качестве примера унификации материального права по вопросам международного усыновления можно назвать Европейскую конвенцию об усыновлении детей 1967 г. и Гаагскую конвенцию о защите детей и сотрудничестве в отношении иностранного усыновления 1993 г. Тот факт, что Россия не является участницей данных соглашений, не умаляет их значения².

Гаагская конвенция 1993 г. применяется, когда ребенок, постоянно проживающий в одном государстве, после его усыновления либо для осуществления усыновления переезжает или собирается переехать в другое государство. Целью Конвенции является обеспечение гарантий того, чтобы иностранное усыновление осуществлялось в интересах ребенка. Одним из основных положений Конвенции можно назвать норму о незаконности любых средств обогащения при решении вопроса об усыновлении. Это не значит, что Конвенция не разрешает оплату необходимых издержек, связанных с проводимыми мероприятиями по усыновлению. Запрещается коммерческая деятельность, направленная только на извлечение прибыли при осуществлении усыновления.

В качестве доказательства соблюдения международных требований
28 марта 2000 г. Правительством РФ было принято постановление

¹ В данном разделе вся информация, относящаяся к усыновлению, касается и удочерения.

² Кафедрой международного частного права МГЮА было подготовлено Заключение о целесообразности ратификации Гаагской конвенции о защите детей и сотрудничестве в отношении межгосударственного усыновления 1993 г. Текст Заключения см.: *Lex Russica // Научные труды Московской государственной юридической академии*. 2006. № 2. С. 413.

«О деятельности органов и организаций иностранных государств по усыновлению детей на территории Российской Федерации и контроле за ее осуществлением». В соответствии с данным постановлением в России запрещается осуществление посреднической деятельности при усыновлении. Федеральным органам исполнительной власти предоставлено право проводить проверки деятельности иностранных организаций, занимающихся вопросами усыновления и желающих открыть представительства в России. Отныне иностранные организации, намеревающиеся открыть представительства на территории РФ, обязаны предоставить определенный пакет документов, подтверждающих полномочия по осуществлению рассматриваемой деятельности, а также доказательства того, что данная организация является некоммерческой.

Вопросы иностранного усыновления нашли отражение и в Конвенции ООН о правах ребенка 1989 г. В отличие от предыдущих Россия является участницей данной Конвенции и нормы, закрепленные в ней, включены в правовую систему Российской Федерации. В Конвенции 1989 г. содержится норма, отсутствующая в российском законодательстве: усыновление в другой стране может рассматриваться в качестве альтернативного способа ухода за ребенком, если ребенок не может быть передан на воспитание или помещен в семью в стране происхождения и если обеспечение какого-либо подходящего ухода в стране происхождения является невозможным (ст. 21 Конвенции). В ст. 124 СК РФ последнее условие не закреплено¹.

В Российской Федерации усыновление, имеющее международный характер, регулируется коллизионными нормами, закрепленными в ст. 165 СК РФ. При этом в данной статье обозначены различные ситуации, каждая из которых придает международный характер усыновлению. В равной степени коллизионные нормы ст. 165 определяют выбор права и при удочерении. *Усыновление считается международным, когда оно осуществляется:*

- 1) иностранными гражданами (или лицами без гражданства) в отношении ребенка — гражданина РФ на территории Российской Федерации;
- 2) иностранными гражданами (или лицами без гражданства) в отношении ребенка — гражданина РФ за пределами территории Российской Федерации;
- 3) российскими гражданами в отношении ребенка, являющегося иностранным гражданином, на территории Российской Федерации;

¹ Особо следует отметить, что о значении международных норм, в данном случае — о несоответствии ст. 124 СК РФ ст. 21 Конвенции 1989 г., высказываются юристы-практики (см.: *Завражний В.* Усыновление иностранцами детей — российских граждан // РГ. 2001. № 7).

4) российскими гражданами в отношении ребенка, являющегося иностранным гражданином, на территории иностранного государства.

В семейном законодательстве РФ с принятием СК РФ 1995 г. основным коллизионным принципом, применяемым при усыновлении (или отмене усыновления) иностранными гражданами российских детей на территории России, стал закон гражданства усыновителя. В случае если усыновителем является лицо без гражданства, применяется закон постоянного места жительства усыновителя¹. Нормы семейного законодательства РФ, регулирующие международное усыновление, совпадают с коллизионными нормами законодательства большинства государств. Такой подход вполне объясним, поскольку, как правило, если усыновитель является иностранным гражданином и проживает на территории иностранного государства, то дальнейшая судьба ребенка будет связана с иностранным правом порядком. Именно поэтому важно знать, как подходит к вопросам усыновления иностранный законодатель: какие требования предъявляются к усыновителю, имеет ли значение разница в возрасте между усыновителем и усыновленным, наличие у усыновляемого родственников и другие вопросы.

Помимо соблюдения норм иностранного права, когда речь идет об усыновлении в России ребенка — гражданина РФ, должны быть также соблюдены нормы российского законодательства. Только двойная защита со стороны как иностранного, так и национального права позволит в наибольшей степени обеспечить интересы ребенка.

Что касается усыновления на территории Российской Федерации гражданами РФ ребенка — гражданина иностранного государства, то в данном случае не требуется соблюдения определенных статей СК РФ (ст. 124–126 и 129–132), как это необходимо, когда речь идет об усыновлении ребенка — гражданина РФ. В этой ситуации необходимо получить согласие законного представителя ребенка и компетентного органа государства, гражданином которого ребенок является. Может потребоваться также получение согласия на усыновление и самого усыновляемого в том случае, если это предусмотрено законодательством государства, гражданином которого он является.

В заключение необходимо заметить, что начиная с 1997 г. в Российской Федерации уделяется особое внимание вопросам, связанным с международным усыновлением. 19 сентября 1997 г. Государственной Думой было принято постановление «О неотложных мерах по повышению государственного контроля за усыновлением», в котором обращено внимание на необходимость государственного контроля за соблюдением прав детей — граждан РФ, усыновляемых иностранцами. В 1998 г. в соответствии со ст. 4 Федерального закона «О внесении из-

¹ В КоБС 1969 г. по вопросам усыновления действовали жесткие коллизионные приемы, опосредующие выбор только в пользу советского законодательства.

менений и дополнений в Семейный кодекс Российской Федерации» в ст. 165 СК РФ была включена норма о том, что при усыновлении в Российской Федерации детей — граждан РФ иностранными гражданами или лицами без гражданства, состоящими в браке с гражданами РФ, усыновление производится в порядке, установленном для граждан Российской Федерации. Позднее, 29 марта 2000 г., Правительством РФ были приняты еще два постановления: одно — ранее упоминавшееся (о запрете посреднической деятельности по усыновлению) и второе — «О правилах постановки на учет консульскими учреждениями Российской Федерации детей, являющихся гражданами Российской Федерации и усыновленных иностранными гражданами или лицами без гражданства». К сожалению, возложение обязанности на иностранных граждан ставить на учет в консульских учреждениях усыновленных детей на практике может быть малоэффективным. Однако уже сам факт постановки проблемы по вопросам международного усыновления на государственном уровне является для России важным как в политическом, так и в правовом аспекте.

Дополнительная литература

Крылова К. Л., Прожогина С. В. Смешанные браки. Опыт межкультурного общения. М.: Изд-во РАН, 2002.

Лалетина А. С. Коллизионные нормы, регулирующие имущественные отношения супругов, в законодательстве иностранных государств // Московский журнал международного права. 2004. № 1.

Марышева Н. И. Семейные отношения с участием иностранцев: правовое регулирование в России. М.: Волтерс Клувер, 2007.

Туманова Л. В., Владимирова И. А. Защита семейных прав в Европейском суде по правам человека. М.: Городец, 2007.

Федосеева Г. Ю. Брачно-семейные отношения как объект международного частного права Российской Федерации. М.: Наука, Флинта, 2006.

Часть четвертая

ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Общие особенности интеллектуальной собственности в международном частном праве

В современном глобальном информационном сообществе весомое значение приобрели результаты интеллектуальной деятельности человека: произведения науки, литературы, искусства, изобретения, промышленные образцы и др., которые можно объединить под общим наименованием «объекты интеллектуальной собственности». Термин «интеллектуальная собственность» изначально зародился во французском праве, а всемирную известность приобрел позже благодаря закреплению в Стокгольмской конвенции об учреждении Всемирной организации интеллектуальной собственности (ВОИС) 1967 г.

Согласно ст. 2 Конвенции интеллектуальная собственность включает права, «относящиеся к интеллектуальной деятельности в производственной, научной, литературной и художественной областях», в том числе права на литературные, художественные и научные произведения; исполнительскую деятельность артистов, звукозаписи, радио- и телевизионные передачи; изобретения; промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования и коммерческие обозначения; защиту против недобросовестной конкуренции.

Перечень объектов, связанных с правами на интеллектуальную собственность, не закрыт ни в одной из конвенций по вопросам интеллектуальной собственности. Это объясняется объективной возможностью появления под воздействием научно-технического прогресса принципиально новых результатов интеллектуальной деятельности. Так, в Соглашение ТРИПС¹, принятое на 27 лет позже Конвенции ВОИС, дополнительно включены такие объекты охраны, как компьютерные программы, базы данных, топологии интегральных микросхем и др.

¹ Соглашение об относящихся к торговле аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г.

С позиций гражданского права целесообразно отметить основные особенности интеллектуальной собственности.

Во-первых, термин «собственность» в словосочетании «интеллектуальная собственность» не обозначает разновидность вещного права: «интеллектуальная собственность» — это совокупность субъективных прав на результаты интеллектуальной деятельности, т. е. на нематериальные объекты.

Во-вторых, права на интеллектуальную собственность являются исключительными в том смысле, что только правообладатель (создатель или правопреемник) может осуществлять все виды использования результата интеллектуальной деятельности, а общество обеспечивает с помощью норм права признание и охрану законных прав и интересов правообладателя.

В-третьих, права в отношении объектов интеллектуальной собственности (в отличие от права собственника на объекты вещных прав) всегда имеют сроки охраны, которые действуют ограниченный период времени¹. Так, право собственника на материальную вещь существует по общему правилу до тех пор, пока он не изъявил соответствующую волю (отчуждение вещи, уничтожение и др.). Напротив, права авторов в отношении созданных ими объектов интеллектуальной собственности прекращаются (или исчерпываются) не по желанию самих авторов, но по истечении определенных сроков.

Гражданско-правовые особенности присущи интеллектуальной собственности и в рамках регулирования международным частным правом, но они не оказывают влияния на специфику трансграничного признания и охраны субъективных прав на интеллектуальную собственность.

Права на интеллектуальную собственность условно можно разделить на три блока: 1) **авторские права**, которые охватывают права на литературные, научные, художественные произведения; 2) **смежные права** — права исполнителей, производителей фонограмм и вещательных организаций, связанные с доведением до сведения публики авторских произведений; 3) **права на промышленную собственность**, которые охватывают права на изобретения, промышленные образцы, товарные знаки и другие права на результаты интеллектуальной деятельности, связанной с материальным производством, торговлей товарами и услугами.

Гражданско-правовая регламентация отношений в каждом из блоков интеллектуальной собственности имеет свои особенности. Имеет свои особенности правовая регламентация этих отношений и в трансгранич-

¹ Лишь в отношении права на имя автора (в широком смысле слова «автор») и исполнителя срок охраны некоторыми государствами не ограничивается, и право на имя объявляется бессрочным.

ном пространстве, содержание которой будет раскрыто в следующих главах раздела. Общими особенностями правовой регламентации интеллектуальной собственности в рамках трансграничных отношений являются нижеследующие.

1. *Территориальный характер* возникновения и защиты прав означает, что права на объект(ы) интеллектуальной собственности, правомерно возникшие в одном из государств в соответствии с его законодательством, безоговорочно признаваться будут также только в пределах территории этого государства. Таким образом, получение произведением защиты в одном государстве не порождает обязательного или автоматического признания такой защиты в других государствах.

Территориальный характер прав интеллектуальной собственности четко отграничивает их от вещных прав в рамках регулирования международным частным правом. Так, вещные права (по общему правилу) сохраняются за правообладателем вне зависимости от пересечения им государственных границ, тогда как созданное на территории одного государства произведение без согласия автора и выплаты вознаграждения (роялти) может быть использовано на территории другого государства, и эти действия, как правило, не будут расцениваться внутренним правом иностранного государства как правонарушение.

Термин «роялти» означает платежи любого вида, полученные в качестве возмещения за использование или предоставление права использования любым авторским правом на произведение литературы, искусства или науки, включая кинофильмы или фильмы, записи и другие средства демонстрационных или звуковых репродукций, любым патентом, товарным знаком, дизайном или моделью, планом, секретной формулой или процессом или за пользование или право пользования промышленным, коммерческим или научным оборудованием, или за информацию, касающуюся промышленного, коммерческого или научного опыта¹.

2. *Значительная роль международных договоров* (универсальных, региональных, двусторонних) о взаимном признании и охране интеллектуальной собственности, являющихся основным правовым инструментом преодоления территориального характера прав на интеллектуальную собственность и обеспечения их трансграничной охраны².

¹ Автономная квалификация термина «роялти» применительно к рассматриваемой проблеме дана в п. 3 ст. 12 Конвенции между Правительством РФ и Правительством Королевства Испания от 16 декабря 1998 г. «Об избежании двойного налогообложения и предотвращении уклонения от уплаты налогов в отношении налогов на капитал».

² И международные договоры не всегда преодолевают территориальный характер рассматриваемых прав. В области авторских прав иногда национальные законы предусматривают охрану прав, возникших под действием норм иностранного права.

Основу современной международно-правовой охраны прав на интеллектуальную собственность составляют универсальные договоры, заключенные еще в XIX в.; в XX в. число таких договоров существенно возросло.

3. *Отсутствие коллизионных норм* в национальном коллизионном праве и сегодня, как правило, является типичным явлением для рассматриваемой сферы. Эта особенность — еще одно следствие территориального характера охраны интеллектуальной собственности в международном частном праве: если права на объекты интеллектуальной собственности, возникшие за рубежом, не признаются, то не возникает и коллизии права и, как результат, не возникает потребности в коллизионных нормах, которые устанавливали бы, по законам какого государства права на интеллектуальную собственность следует рассматривать. Если между государствами заключается договор о взаимном признании и охране таких прав, как неизбежное следствие встает коллизионный вопрос: по праву какого государства следует рассматривать объем охраняемых прав, сроки их охраны, условия охраны и пр.? Поэтому международные договоры наряду с материально-правовыми положениями об охране интеллектуальной собственности предусматривают и коллизионные нормы.

4. *Национальный режим* в отношении порядка, условий и объема охраны прав на объекты интеллектуальной собственности, возникающие в пределах конкретных государств, как правило, предоставляется иностранцам национальными законами этих государств. Таким образом, принцип национального режима предотвращает бесправие иностранцев в рассматриваемой сфере.

Глава 19

МЕЖДУНАРОДНОЕ АВТОРСКОЕ ПРАВО

Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г.; Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве 1952 г.; Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 г.; Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г.; Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г.; Соглашение СНГ о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав 1993 г.; часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации

19.1. Основные международно-правовые источники

Источниками международного права интеллектуальной собственности (как и международного частного права в целом) для каждого конкретного государства являются трансформированные в национальную систему права международные соглашения, а также акты внутреннего законодательства в соответствующей сфере. Некоторую роль в регулировании вопросов международного права интеллектуальной собственности могут играть неюридические акты, в том числе и международного характера, например *Всемирная декларация по интеллектуальной собственности 2000 г.*

Основными международными соглашениями в сфере охраны международного авторского права являются:

— *Бернская конвенция об охране литературных и художественных произведений 1886 г.*¹ (далее — Бернская конвенция). Главными тезисами Конвенции являются: а) создание Союза для охраны прав авторов; б) обратная сила документа, т. е. охрана распространяется на произведе-

¹ Конвенция неоднократно пересматривалась, изменялась и дополнялась: в 1896 г. в Париже, в 1908 г. в Берлине, в 1914 г. в Берне, в 1928 г. в Риме, в 1948 г. в Брюсселе, в 1967 г. в Стокгольме, в 1971 г. в Париже. Бернская конвенция учредила Международный союз для охраны литературной и художественной собственности со своим международным бюро, которое с 1893 г. входило в состав Международного бюро по охране интеллектуальной собственности (БИРПИ). Функции БИРПИ с 1967 г. осуществляет ВОИС. Российская Федерация участвует в Конвенции с 1995 г. в редакции Парижского акта 1971 г. с оговоркой в отношении обратной силы.

дения, которые до вступления Конвенции в силу в соответствующем государстве не охранялись, что дает возможность правообладателям требовать выплаты роялти за ранее опубликованные произведения во вновь присоединившемся государстве, если еще не истек срок их охраны и если государство не применило оговорку в отношении обратной силы; в) национальный режим, который автоматически предоставляют участники Конвенции произведениям, созданным в одной из стран или гражданами стран Союза вне зависимости от каких-либо формальностей; г) значительное число унифицированных материально-правовых норм, детально регламентирующих права авторов и их преемников, определяющих круг объектов охраны и изъятий из него, устанавливающих случаи свободного использования произведений третьими лицами и др.;

— *Всемирная (Женевская) конвенция об авторском праве 1952 г.* (далее — Всемирная конвенция) действует в основном в двух редакциях: 1952 и 1971 гг.¹ Этот документ не имеет обратной силы и в отличие от Бернской конвенции содержит значительно меньше материально-правовых норм, преимущественно используя коллизионный метод регулирования;

— *Конвенция, учреждающая Всемирную организацию интеллектуальной собственности 1967 г.* (с изм. 1979 г.)² (далее — Конвенция ВОИС);

— *Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г.* (далее — Соглашение ТРИПС)³. Соглашение регулирует вопрос о судебных, административных и таможенных мерах в сфере торговли объектами интеллектуальной собственности, а также устанавливает требования к законодательствам по интеллектуальной собственности для стран, желающих вступить во Всемирную торговую организацию⁴;

— *Договор ВОИС по авторскому праву 1996 г.*⁵ (далее — Договор ВОИС). Документ чрезвычайно важен в связи с тем, что специально посвящен особенностям охраны авторских прав в современных условиях, в том числе в Глобальной сети.

Таким образом, современная система охраны прав авторов в международном частном праве базируется на фундаментальных международных документах — Бернской конвенции, Всемирной конвенции,

¹ Россия присоединилась к обеим редакциям Конвенции с 1973 и 1995 гг. соответственно.

² Россия является участницей Конвенции в порядке правопреемства после СССР, присоединившегося к Конвенции в 1968 г.

³ Аббревиатура от английского названия документа: Agreement on Trade-Related of Intellectual Property Rights.

⁴ Вопрос о членстве в ВТО для России актуален, поэтому, по всей вероятности, будет решен вопрос и об участии в Соглашении ТРИПС.

⁵ Вступил в силу в 2002 г., имеет обратную силу. Россия не участвует.

а также на принимаемых на основе и в соответствии с этими конвенциями международных документах, адаптирующих первые к современным условиям за счет расширения перечня прав субъектов охраны, перечня объектов охраны, но не за счет изменения содержания базовых Конвенций.

Помимо универсальных договоров, для государств в сфере охраны прав авторов имеют значение также региональные и двусторонние соглашения. Так, в рамках СНГ заключено региональное *Соглашение о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав 1993 г.*, согласно которому большинство государств — бывших республик СССР обязались, что «предпримут необходимые меры для разработки и принятия законопроектов, обеспечивающих охрану авторского права и смежных прав на уровне требований Бернской конвенции... Женевской конвенции. Римской конвенции.».

Двусторонние соглашения Россия имеет с Австрией, Болгарией, Венгрией, Польшей, Швецией и другими странами.

Важнейшим внутренним источником, содержащим нормы международного авторского права, для России является действующая с 1 января 2008 г. *часть четвертая Гражданского кодекса РФ.*

19.2. Объекты международно-правовой охраны авторского права

Конвенции подходят к определению круга объектов международного авторского права с некоторыми различиями.

Бернская конвенция (ст. 2 (1)) подразумевает под объектами охраны международного авторского права *литературные и художественные произведения*, при этом уточняя, что к ним относятся *все произведения в области литературы, науки и искусства, каким бы способом и в какой бы форме* они ни были выражены (дан обширный незакрытый перечень таких форм). Таким образом, Конвенция не привязывает охрану объектов к их форме, но оставляет тем не менее за государствами право не охранять произведения, если они не закреплены в какой-либо материальной форме, требуемой национальным законодательством (ст. 2 (2)).

В ГК РФ указано, что «объектами авторских прав являются произведения науки, литературы и искусства независимо от достоинств и назначения произведения, а также от способа его выражения» (п. 1 ст. 1259), при этом уточняется, что произведения должны находиться в «какой-либо объективной форме» (п.1 и 2 ч. 1 ст. 1256). Перечень объектов не закрыт.

Всемирная конвенция закрепляет охрану прав авторов и всех других обладателей авторских прав на *литературные, научные и художественные произведения*, предписывая при этом конкретные формы, в кото-

рых они могут быть выражены: *произведения письменные, музыкальные, драматические и кинематографические, произведения живописи, графики и скульптуры* (ст. 1).

Таким образом, конвенции устанавливают общий перечень объектов охраны. Безусловно, существуют нюансы в регулировании охраны отдельных объектов международного авторского права, которые отражены как в базовых конвенциях, так и в более поздних документах: 1) полные и частичные изъятия произведений из-под охраны; 2) специфика охраны произведений в связи с особенностями условий их существования; 3) специфика охраны отдельных видов произведений.

1. *Полные и частичные изъятия произведений из-под конвенционной охраны.* В Бернской конвенции¹ вся масса объектов авторских прав в трансграничных отношениях условно разделена в зависимости от предоставляемой охраны на следующие категории:

а) *охраняемые — объекты, которым предоставлена конвенционная охрана без ограничений* (ст. 2 (1, 3, 5));

б) *неохраняемые — объекты, полностью изъятые из-под конвенционной охраны* (ст. 2 (8)). Бернская конвенция исключает из охраны только один объект — сообщения (о новостях или событиях), имеющие характер простой пресс-информации. По всей вероятности, это объясняется тем, что труд по созданию таких сообщений не носит творческого характера, и соответственно, если сообщение будет снабжено аналитическими размышлениями, комментариями, обобщениями, выводами и др., оно приобретет творческий характер и перейдет в категорию охраняемых.

Не будет рассматриваться в качестве объекта авторских прав справочник — расписание движения поездов на железной дороге, поскольку он является результатом чисто технической работы по подбору и расположению материалов.

Договор ВОИС устанавливает дополнительные исключения из охраны: идеи, процессы, методы функционирования или математические концепции как таковые (ст. 2).

Рассмотренные изъятия восприняты российским законодательством, как ранее действовавшим, так и частью четвертой ГК РФ. Авторские права не распространяются на идеи, концепции, принципы, методы, процессы, системы, способы решения технических, организационных или других задач, открытия, факты, языки программирования (ч. 5 ст. 1259 ГК РФ). Не являются объектами авторских прав сообщения о событиях и фактах, имеющие исключительно информационный характер (п. 4 ч. 6 ст. 1259 ГК РФ);

¹ Во Всемирной конвенции такие уточнения отсутствуют.

в) ограниченно охраняемые — *объекты, которые по волеизъявлению государств могут быть частично или полностью изъяты из-под охраны национальных правовых систем* (ст. 2 bis (1)). Бернская конвенция не исключает возможности предоставления авторской охраны официальным текстам законодательного, административного и судебного характера и официальным переводам таких текстов, оставив этот вопрос на усмотрение национального законодателя (ст. 2 (4)). Однако реально подобная охрана практически не осуществляется, что можно объяснить изначально принципиально иной целью создания таких «произведений» в сравнении с другими объектами авторских прав: *неограниченно публичный порядок использования*.

Российское законодательство исключает из числа объектов авторских прав официальные документы государственных органов и органов местного самоуправления, в том числе нормативные акты, материалы законодательного, административного и судебного характера и др., а также их официальные переводы (п. 1 ч. 6 ст. 1259 ГК РФ).

Аналогичный режим Бернская конвенция предоставляет для охраны политических речей и речей, произнесенных в ходе судебных процессов (ст. 2 bis (1)). Государства — участники Конвенции могут изъять полностью или частично эти объекты из охраны, но при этом: 1) автор не лишается исключительного права на издание таких речей в сборниках (ст. 2 bis (3)); 2) государства-участники могут в национальном законодательстве предусмотреть условия, на которых лекции, обращения и другие произнесенные публично произведения того же рода могут воспроизводиться в прессе, передаваться в эфир, сообщаться для всеобщего сведения по проводам и составлять предмет публичных сообщений (ст. 2 bis (2)).

Также Бернская конвенция (ст. 6) допускает ограничение охраны произведений, авторами которых являются граждане государств, не участвующих в Конвенции, при условии что такие государства не обеспечивают достаточной охраны произведениям авторов — граждан государств — участников Бернской конвенции.

2. *Специфика охраны произведений в связи с особенностями условий их существования.* Конвенции оперируют схожими по содержанию терминами: «(не) опубликованные» произведения (ст. 4 (3) Бернской конвенции); «(не) выпущенные в свет» произведения (ч. 1 и 2 ст. II Всемирной конвенции). В российском законодательстве используется синоним «обнародованные».

Бернской конвенцией раскрыто понятие «*опубликованное произведение*» (ст. 3 (3)), которое включает два обязательных требования: 1) *выпуск с согласия автора* (согласие автора является важным условием, поскольку для него с этого момента начинают действовать все сроки

охраны, включая выдачу принудительных лицензий); 2) вне зависимости от способа изготовления экземпляры произведения должны быть выпущены в *количестве, способном удовлетворить разумные потребности публики* (таким образом публичное сообщение произведения при небольшом количестве копий произведения не является опубликованием).

Подчеркивается также, что не является опубликованием «представление драматического, музыкально-драматического или кинематографического произведения, исполнение музыкального произведения, публичное чтение литературного произведения, сообщение по проходам или передача в эфир литературных или художественных произведений, показ произведения искусства и сооружение произведения архитектуры».

Определение понятия «*выпуск в свет*» (ст. VI Всемирной конвенции) включает несколько иные критерии: 1) воспроизведение в какой-либо *материальной форме*; 2) предоставление *неопределенному кругу лиц* экземпляров произведения для чтения или ознакомления; 3) путем *исключительно зрительного восприятия*.

Таким образом, Бернская конвенция в качестве квалифицирующих признаков (опубликования) закрепляет согласие автора и достаточное количество экземпляров, Всемирная (для выпуска в свет) — неопределенность круга аудитории и материальную форму произведений, воспринимаемую исключительно зрительным путем. Последний факт позволяет сделать важный вывод: в соответствии с Всемирной конвенцией не подлежат охране звукозаписи и иные произведения, не воспринимаемые зрительно.

Классификация объектов международного авторского права на опубликованные (выпущенные в свет) и неопубликованные (не выпущенные в свет) представляет собой констатацию соответствующего ситуации юридического факта и необходима, в частности, для решения коллизионного вопроса и выбора правопорядка, который будет регулировать объем прав автора, сроки, средства защиты и т. д. В частности, уровень охраны неопубликованных (не выпущенных в свет) произведений Конвенциями оставлен на усмотрение правовых систем государств (в отличие от опубликованных (выпущенных в свет) произведений, которые подпадают под регулирование Конвенций).

3. *Специфика охраны отдельных видов произведений.* В отношении отдельных объектов международного авторского права установлены дополнительные правила.

Переводы, адаптации, музыкальные аранжировки и другие переделки литературного или художественного произведения охраняются наравне с оригинальными произведениями только в том случае, если соблюдены права автора первоначального произведения (ст. 2(3) Бернской конвенции). Следовательно, перевод или переделка, осуществленные

без разрешения первичного правообладателя, не подпадают под охрану Конвенции. Притом исключительное право автора переводить или разрешать перевод своих произведений может быть ограничено при определенных условиях (о правах автора см. далее).

Российское законодательство оперирует термином «производные произведения», подразумевая под таковыми «произведения, представляющие собой переработку другого произведения» (п. 1 ч. 2 ст. 1259 ГК РФ): переводы, обработки, экранизации, аранжировки, инсценировки и др. (ч. 1 ст. 1260 ГК РФ). Переводчик или иной автор производного произведения осуществляет свои авторские права при условии соблюдения прав авторов первоначальных произведений (ч. 3 ст. 1260 ГК РФ).

Кинематографические произведения охраняются подобным образом (ст. 14 bis (1) Бернской конвенции).

Сборники литературных и художественных произведений пользуются охраной международным авторским правом, если соблюдены следующие условия: по подбору и расположению материалов сборники должны представлять собой результат интеллектуального творчества и не наносить ущерба правам авторов каждого из произведений, составляющих часть таких сборников (ст. 2 (5) Бернской конвенции).

Аналогичными являются требования ГК РФ: составные произведения должны представлять собой по подбору и расположению материалов результат творческого труда, автор получает исключительные права именно на составительство (п. 2 ч. 2 ст. 1259) и к нему предъявляется требование соблюдать авторские права на первоначальные произведения (ч. 3 ст. 1260). Понятие «составное произведение» расширено по сравнению с конвенционным понятием «сборник» и включает как собственно сборники, так и антологии, энциклопедии, базы данных, атласы и др. (ч. 2 ст. 1260).

Перечень видов охраняемых объектов, как уже отмечалось, под воздействием научно-технического прогресса *постепенно расширяется*. В частности, такие объекты, как *компьютерные программы и базы данных (компиляции данных)*, не упомянутые в Бернской и Всемирной конвенциях, нашли отражение в более поздних документах: Соглашении ТРИПС (ст. 10) и Договоре ВОИС по авторскому праву (ст. 5 и 6). При этом компьютерные программы охраняются как литературные произведения в смысле ст. 2 Бернской конвенции. Компииляции данных или другой информации по подбору и расположению содержания должны представлять собой результат интеллектуального творчества и охраняются «как таковые» (в контексте — как результат творчества), причем

охрана не распространяется на сами данные или информацию и не затрагивает какое-либо авторское право на них. Базы данных могут быть выражены в любой форме, включая машиночитаемую.

Российское законодательство в этой сфере адекватно международному регулированию. Так, к объектам авторских прав относятся программы для ЭВМ, которые охраняются как литературные произведения (ч. 1 ст. 1259 ГК РФ). Ранее указывалось, что базы данных охраняются в качестве составных произведений, при этом понятие базы данных в ГК РФ более узко сформулировано, чем в международных соглашениях: база данных должна быть подборкой самостоятельных материалов, представленных в объективной форме и систематизированных таким образом, чтобы они могли быть найдены и обработаны с помощью ЭВМ.

19.3. Основы международно-правовой охраны авторских прав

Критерии предоставления охраны и коллизионный вопрос. Международные договоры в сфере трансграничной охраны авторских прав определяют круг произведений, подпадающих под конвенционное регулирование, на основании критерия гражданства автора и критерия места выпуска произведения в свет (территориальный).

В соответствии с *критерием гражданства автора* охране подлежат выпущенные и невыпущенные в свет произведения, авторы которых соответствуют одному из следующих требований: 1) являются гражданами одного из государств — участников соответствующих конвенций; 2) либо имеют обычное место жительства в одном из государств-участников (ч. 1 (а) и ч. 2 ст. 3 Бернской конвенции; ст. II Всемирной конвенции). Критерий гражданства автора первичен, и в случае его действия не имеет значения, в каком государстве произведение было впервые опубликовано (выпущено в свет).

Критерий *места выпуска произведения в свет (территориальный)* применяется только в отношении произведений тех авторов, которые не являются гражданами государств — участников Конвенций и одновременно не имеют ни в одном из этих государств обычного места жительства. В этом случае охрана предоставляется только при условии, если произведение было впервые выпущено в свет на территории одного из государств — участников соответствующей Конвенции (ч. 1 (в) ст. 3 Бернской конвенции; ч. 1 ст. II Всемирной конвенции). Бернская конвенция дополнительно распространяет охрану на произведения, которые впервые выпущены в свет одновременно в государстве-участнике и государстве, не участвующем в Конвенции, если между датами выпусков прошел срок, не превышающий 30 дней.

В соответствии с Бернской конвенцией для кинематографических произведений и произведений архитектуры *территориальный* критерий действует с дополнениями. Так, в отношении кинематографического произведения, помимо условия наличия обычного места жительства его изготовителя в государстве — участнике Конвенции, применимо также условие местонахождения штаб-квартиры изготовителя в одном из таких государств (ст. 4 (а)). Для архитектурных сооружений и других художественных произведений, являющихся частью здания или другого сооружения, охрана наступает также в случае, если произведение было сооружено или расположено в одном из государств — участников Конвенции.

Соглашение ТРИПС и Договор ВОИС по авторскому праву в отношении определения критериев предоставления охраны правам авторов в трансграничных отношениях отсылают к нормам Бернской конвенции.

Основным коллизионным началом в области регулирования трансграничных прав авторов относительно объема охраны и выбора средств защиты является закрепленная в Бернской конвенции (ст. 5 (2)) *отсылка к праву страны, где испрашивается защита (lex fori)*. По остальным вопросам регулирования трансграничных авторских отношений государства (за редкими исключениями) не обозначают коллизионный вопрос и применяют к иностранным авторам материально-правовые нормы (договорного и законодательного характера) собственной правовой системы.

Правовые режимы охраны произведений. Обе базовые Конвенции устанавливают для охраняемых произведений на территории иностранного государства-участника *национальный режим*. Всемирной конвенцией под национальным режимом понимается такой уровень охраны, который предоставляется соответствующим государством впервые выпущенным в свет на собственной территории или не выпущенным в свет произведением своих авторов (ст. II).

Бернская конвенция также закрепляет обязанность участвующих государств предоставлять национальный режим: в государствах-участниках иностранные авторы «пользуются правами, которые предоставляются в настоящее время или будут предоставлены в дальнейшем соответствующими законодательствами этих стран своим гражданам» (ст. 5 (1)).

Обе конвенции подчеркивают, что иностранные авторы на территории государств-участников, помимо равных с авторами таких государств прав, гарантированных национальным режимом, обладают также правами, предоставленными им материально-правовыми нормами самих Конвенций — *конвенционный режим*. В результате анализа этих положений теоретически можно предположить возможность ситуации, когда иностранный автор на территории конкретного государства будет

иметь больше прав, чем собственный автор такого государства. Это будет возможным и в случае, если внутреннее законодательство государства-участника будет предусматривать для авторов меньший объем прав, нежели конвенции — для иностранных авторов.

Упоминание о конвенционных правах, гарантируемых иностранному автору помимо национального режима на территории государства — участника конвенций, особенно актуально в связи с Бернской конвенцией. Этот документ (как будет рассмотрено далее) содержит наиболее широкий перечень авторских прав, закрепленных в материально-правовых нормах.

Так, автор из страны — участницы Бернской конвенции, внутреннее законодательство которой предусматривает срок охраны авторских прав менее 50 лет после смерти автора, в любой другой стране-участнице в соответствии с конвенционным режимом будет иметь больший срок охраны — 50 лет.

Соглашение ТРИПС (ст. 3) также устанавливает национальный режим в качестве основного для охраны интеллектуальной собственности. Однако Соглашением установлено (при наличии исключений — ст. 4) дополнительное правило о *режиме наибольшего благоприятствования*: если государство — участник Соглашения ТРИПС предоставит лицам (физическим, юридическим) третьего государства льготу (иную привилегию) по вопросу об охране интеллектуальной собственности, такая же льгота (привилегия) должна быть немедленно и безоговорочно предоставлена лицам всех государств — участников Соглашения.

Формальности, необходимые для охраны произведений. Термин «формальности» применительно к рассматриваемой сфере правоотношений означает выполнение установленных внутренним законодательством конкретной страны административных процедур, необходимых для возникновения у заинтересованного лица (как правило, автора) охраны авторских прав на произведение.

Национальное законодательство стран, предусматривающее соблюдение формальностей, неодинаково определяет содержание этого понятия. Как правило, к формальностям относят следующие действия: применение знака охраны авторского права, регистрация и депонирование произведений, нотариальное удостоверение, регистрация авторского договора и др.

В соответствии с законодательством Испании и некоторых латиноамериканских стран (Аргентина, Колумбия и др.) условием возникновения авторского права на произведение является депонирование экземпляров всех публикаций.

Конвенции в целом не связывают охрану авторских прав с соблюдением формальностей. Однако безоговорочно это положение закреплено только в Бернской конвенции, где сказано, что пользование авторскими правами и их осуществление «не связано с выполнением каких бы то ни было формальностей» (ст. 5 (2)).

Это безоговорочное положение отражено в ч. 4 ст. 1259 ГК РФ, а также в законодательстве большинства современных государств.

Всемирная конвенция, которая была принята (в числе прочих причин) по инициативе государств, предусматривавших в то время формальности внутренним правом и поэтому не соглашавшихся на охрану прав иностранных авторов по «Бернской системе» (т. е. без соблюдения формальностей), содержит компромисс. Компромисс достигается следующим правилом: если по внутреннему законодательству государства-участника соблюдение формальностей является обязательным, то формальности считаются выполненными в отношении всех охраняемых на основании Конвенции произведений при условии, что все экземпляры таких произведений, начиная с первого выпуска в свет, будут снабжены знаком охраны авторского права (знак — латинская буква «С» в окружности с указанием правообладателя и года первого выпуска произведения в свет; ч. 1 ст. III).

Правило не распространяется на авторов-граждан и на произведения, впервые выпущенные на территории государства, законодательство которого требует соблюдение формальностей.

К настоящему времени большое количество государств, желая защитить интересы своих граждан, а также под влиянием законов рынка стали одновременно участниками и Бернской, и Всемирной конвенций. Государства, ранее предусматривавшие внутренним правом формальности, после присоединения к Бернской конвенции должны были отказаться от обязательного требования их соблюдения, но имели возможность сохранить соблюдение формальностей как право (а не обязанность) авторов, осуществляемое по их желанию.

Законодательство США позволяет осуществлять регистрацию произведений специальным государственным органом — Бюро по авторским правам США (The U. S. Copyright Office) при Библиотеке Конгресса США (Library of Congress Copyright Office). Государственная регистрация как неопубликованных, так и опубликованных произведений носит заявительный характер и может быть произведена в любой момент в течение жизни автора.

В то же время страны, не предъявлявшие ранее к авторам требований по части формальностей, стали вводить в свое законодательство нормы, также не обязывающие авторов, но позволяющие им по своему желанию (в целях улучшения охраны прав, в частности в смысле доказательственной базы) осуществлять регистрацию произведений.

В Законе Украины от 23 декабря 1993 г. № 3792-XII «Об авторском праве и смежных правах» закреплено, что субъект авторского права для удостоверения авторства (авторского права) на обнародованное или необнародованное произведение, факта и даты опубликования произведения или договоров, касающихся права автора на произведение, в любое время в течение срока охраны авторского права может зарегистрировать свое авторское право в соответствующих государственных реестрах. Согласно постановлению Кабинета министров Украины от 27 декабря 2001 г. № 1756 права автора на произведения науки, литературы и искусства, а также договоры, касающиеся права автора на произведения, регистрирует Министерство образования и науки Украины.

По законодательству Российской Федерации возможна регистрация в отношении программ для ЭВМ и баз данных, осуществляемая по желанию правообладателя (ч. 4 ст. 1259 ГК РФ).

Сроки охраны авторского права. Базовые Конвенции по международному авторскому праву предусматривают разные сроки охраны. Каждая Конвенция устанавливает общий (стандартный) срок охраны произведений и сроки охраны произведений для ситуаций, имеющих определенную специфику.

Наименьшие сроки предусмотрены Всемирной конвенцией (ст. IV): 1) общий срок охраны произведения устанавливается законодательством договаривающегося государства, но не может быть короче периода, охватывающего жизнь автора и 25 лет после его смерти; 2) если внутренним законодательством государства срок охраны некоторых произведений исчисляется с момента первого выпуска в свет (не связан с жизнью автора), то этот срок не может быть короче 25 лет; 3) срок охраны фотографических произведений и произведений прикладного искусства не может быть короче 10 лет.

Бернская конвенция предусматривает более продолжительные сроки охраны авторских произведений: 1) общий срок — все время жизни автора и 50 лет после его смерти (ст. 7 (1)) либо смерти одного из соавторов (ст. 7 bis); 2) для произведений, выпущенных анонимно или под псевдонимом (ст. 7 (3)) срок охраны равен 50 годам после того, как произведение правомерно стало доступным для всеобщего сведения (если личность анонимного автора не вызывает сомнений, то действует общее правило о сроках); 3) для кинематографических произведений

(ст. 7 (2)) возможно установление срока в 50 лет, отсчет которых может начинаться с момента, когда произведение с согласия автора было сделано доступным для всеобщего сведения, либо с момента создания произведения (если автор не сделал его доступным); 4) для фотографических произведений и произведений прикладного искусства может быть установлен срок охраны не короче 25 лет с момента создания произведения (ст. 4).

Исчисление всех сроков по Бернской конвенции начинается с 1 января года, следующего после наступления юридического факта, явившегося основанием для начала течения сроков.

Всемирная конвенция не запрещает, а Бернская — прямо закрепляет разрешение (ст. 7 (б)) государствам-участникам устанавливать сроки охраны произведений, превышающие установленные в Конвенциях.

Многие современные государства устанавливают общий срок охраны произведений 70 лет после смерти автора: страны ЕС (в соответствии с Директивой ЕС «О согласовании сроков охраны авторского права и отдельных смежных прав»), Российская Федерация (ст. 1281 ГК РФ); Грузия (ст. 32 Закона «Об авторских и смежных правах» 1999 г.) и др.

Обе конвенции содержат так называемое правило о сравнении сроков, которое, являясь изъятием из общего принципа национального режима, означает, что срок охраны авторского права во всех государствах — участниках конвенций устанавливается внутренним законом государства, в котором испрашивается охрана, но этот срок не может быть более продолжительным (если иное специально не оговорено), чем срок, установленный в стране происхождения произведения (ст. 7 (8) Бернской конвенции, ч. 4 ст. IV Всемирной конвенции).

Так, произведения, страной происхождения которых являются Республика Казахстан или Республика Молдова, в России будут охраняться не в течение 70 лет после смерти автора (как это предусмотрено ГК РФ), а в течение 50 лет (как это предусмотрено законодательными актами Казахстана и Молдовы).

Свободное использование произведений. По общему правилу использование произведения автора другими лицами допускается с разрешения правообладателя и на условиях выплаты роялти. Бернская конвенция содержит немногочисленные изъятия из этого правила и регламентирует случаи, когда национальные законодательства государств Союза обязаны или могут разрешать свободное использование произведений авторов.

Под свободным использованием следует понимать использование произведения автором любым лицом без необходимости получения каких-нибудь разрешений от автора или принудительных лицензий.

К таким случаям относятся перечисленные далее.

1. *Цитирование* произведения, которое уже было правомерно сделано доступным для всеобщего сведения, при условии соблюдения добрых обычаев и в объеме, оправданном поставленной целью, включая цитирование статей из газет и журналов в форме обзоров печати (ст. 10 (1)). При этом обязательны ссылка на источник цитаты и указание имени ее автора (ст. 10 (3)).

Брюссельский суд в феврале 2007 г. обязал американскую компанию Google выплатить штраф 3 млн евро за нарушение авторских прав бельгийской группе Coopieresse, представляющей 17 газет. Главный предмет жалоб бельгийских СМИ заключался в том, что поисковая машина обрабатывала информацию таким образом, что пользователи бесплатно получали доступ к заголовкам и коротким выдержкам из статей, находившимся в платном архиве газет. Суд не счел такое цитирование оправданным поставленной целью.

Разрешение на цитирование сформулировано в Бернской конвенции в императивной форме и обязывает государства-участники установить такое ограничение прав авторов во внутренних законодательствах. Остальные случаи свободного использования произведений сформулированы в Конвенции в диспозитивной форме и являются для государств альтернативными.

2. *Использование* литературных или художественных произведений в качестве иллюстраций в изданиях, радио- и телевизионных передачах и записях звука или изображения *учебного характера*, при условии что такое использование осуществляется при соблюдении добрых обычаев и его объем оправдан целью иллюстрирования (ст. 10 (2, 3)).

3. *Воспроизведение* в прессе, передача в эфир или сообщение по проводам для всеобщего сведения опубликованных в прессе или переданных в эфир *статей по текущим экономическим, политическим и религиозным вопросам* в случаях, если право на это не было специально оговорено автором. Источник всегда должен быть ясно указан (ст. 10 bis (1)).

4. *Воспроизведение* произведений авторов в отдельных случаях, при условии что это не нарушит законных интересов автора и не нанесет ущерба нормальной эксплуатации произведения (ст. 9 (2) Бернской конвенции).

Примером ограничения права автора на воспроизведение в национальном законодательстве является право частной копии, признаваемое практически всеми государствами. Так, ст. 1273 ГК РФ «допускается без согласия автора или иного правообладателя и без выплаты вознаграждения воспроизведение гражданином исключительно в личных целях правомерно обнародованного произведения». Вознаграждение в этом случае правообладатели получают за счет средств, которые подлежат уплате изготовителями и импортерами оборудования и материальных носителей, на которых может быть изготовлена частная копия» (ст.1245).

Также свободное использование произведения без согласия автора и выплаты вознаграждения ГК РФ допускает в отношении: а) произведения (фотографического, архитектурного, изобразительного искусства), постоянно находящегося в месте, открытом для свободного посещения, если оно не является основным объектом воспроизведения (ст. 1276); б) музыкального произведения, когда оно исполняется во время официальной или религиозной церемонии либо похорон (ст. 1277); в) произведений для целей правоприменения (ст. 1278) и др.

5. Международными соглашениями отдельно не обозначено, однако следует из их контекста, что произведения, перешедшие в *общественное достояние* по истечении срока действия авторского права, а также произведения, ставшие общественным достоянием вследствие того, что им не предоставлялась охрана на территории конкретного государства, могут *свободно* использоваться *любым лицом без выплаты авторского вознаграждения*. При этом должны соблюдаться право авторства, право на имя и право на защиту репутации автора.

19.4. Права авторов в международном авторском праве

Бернская конвенция (и в небольшом количестве Всемирная конвенция и Соглашение ТРИПС) содержит унифицирующие материально-правовые нормы, регламентирующие права авторов в отношении их произведений.

Все принадлежащие авторам права являются исключительными, их принято разграничивать как *личные неимущественные* и *личные имущественные*.

Подразумевается, что неимущественные (иногда называемые моральными) права не связаны напрямую с материальными выгодами авторов. Тем не менее косвенная связь, безусловно, присутствует: в частности, известное имя автора — залог экономического успеха его произведений.

Сроки охраны неимущественных прав не могут быть меньше, чем сроки охраны имущественных прав. Неимущественные права, по всей

вероятности, не могут переходить в порядке правопреемства, однако могут осуществляться лицами или учреждениями, являющимися правопреемниками автора, когда такая возможность предусмотрена внутренними законами государств.

К *личным неимущественным* правам авторов относят: 1) *право требовать признания своего авторства на произведение* (ст. 6 bis (1) Бернской конвенции), которое объединяет в себе право признаваться автором произведения и право на имя. Хотя право на имя не обозначено отдельно в Бернской конвенции в статье о неимущественных правах, оно выявляется из контекста положений Конвенции о сроках охраны произведений, выпущенных под псевдонимом, либо анонимно;

Как в прежнем законодательстве, так и в части четвертой ГК РФ (ч. 2 ст. 1255) разграничены право на авторство (право признаваться автором) и право на имя (право использовать или разрешать использование произведения под подлинным именем автора, псевдонимом либо анонимно).

2) *право противодействовать всякому извращению, искажению или иному изменению этого произведения, а также любому другому посягательству на произведение, способному нанести ущерб чести или репутации автора* (ст. 6 bis (2) Бернской конвенции).

Во время выступления группы The Rolling Stones в перерыве финального матча по американскому футболу Super Bowl в 2006 г. продюсеры концерта, организованного Национальной футбольной лигой, дали указание звукооператорам выключить микрофон Мика Джаггера, когда он собирался пропеть строчки, которые, по мнению организаторов, могли оскорбить семейную аудиторию. The Rolling Stones сочли, что их произведение таким образом было искажено и авторские права нарушены, поскольку подвергать цензуре их песни «смешно и излишне».

Имущественные права авторов имеют непосредственное экономическое содержание и значение для авторов и их правопреемников.

1. *Исключительное право на перевод*, означает, что только автору принадлежит право переводить самостоятельно или разрешать переводы своих произведений (ст. 8 Бернской конвенции). Всемирная конвенция также закрепила это право автора (ст. V).

Всемирная конвенция (в отличие от Бернской) допускает право государств-участников ограничить право автора на перевод, но исключительно в отношении *письменного* произведения. Такое ограничение возможно только через механизм выдачи *принудительной лицензии*, которая выдается «компетентным органом», действует территориально (в кон-

кретном государстве-участнике), является неисключительной (т. е. может быть выдана нескольким лицам и не лишает правообладателя возможности самому осуществить перевод или дать разрешение на перевод).

Выдача принудительной лицензии возможна только при соблюдении следующих условий: а) в течение семи лет с момента первого выпуска в свет правообладатель не перевел (не разрешил перевод) своего письменного произведения на национальный язык государства-участника; б) перевод на национальном языке был опубликован, но весь тираж уже распродан; в) ходатайствующий о переводе должен доказать, что обращался в установленном порядке к правообладателю, но его просьба не была вручена либо он получил отказ; г) должны быть сохранены неимущественные (указание названия произведения и имени автора на всех экземплярах перевода, гарантия правильности перевода) и имущественные (выплата справедливого вознаграждения, соответствующего международной практике, и др.) права автора оригинального произведения.

Российское законодательство выдачу принудительных лицензий на перевод не предусматривает.

1. *Право на воспроизведение.* Означает исключительную возможность правообладателя разрешать воспроизведение произведения, на которое он имеет права, любым образом и в любой форме (ст. 9 (1) Бернской конвенции). Воспроизведением считается любая звуковая или визуальная запись (ст. 9 (3) Бернской конвенции), т. е. создание копии произведения вне зависимости от способа копирования и вида материального носителя, которые будут использованы для этой цели (о возможном ограничении этого права см. далее).

Осенью 2005 г. издательство «АПБ» выпустило книгу «Самый добрый Бармалей Ролан Быков» с литературными произведениями известного актера и его супруги. Материалы книги были скопированы из другого издания, подготовленного к печати в 1999 г. Фондом Ролана Быкова, и изданы без договора с вдовой кинорежиссера Еленой Санаевой. Таганский суд Москвы удовлетворил иск Е. Санаевой, обязав издательство выплатить компенсацию за нарушение авторских прав, а также постановил изъять и уничтожить остатки контрафактного тиража книги.

Всемирная конвенция в более общей форме закрепила право «автора разрешать воспроизведение независимо от его способа» (ст. IV bis).

3. *Право на передачу в эфир* изложено в Бернской конвенции с учетом баланса между интересами авторов и субъектов смежных прав (смежным правам посвящен отдельный параграф главы). К этому виду правомочий авторов Конвенция относит сразу несколько отдельных

прав, которыми авторы литературных и художественных произведений пользуются в исключительном порядке (ст. 11 bis): а) разрешать передачу своих произведений в эфир или публичное сообщение этих произведений любым другим способом беспроводной передачи знаков, звуков или изображений; б) разрешать всякое публичное сообщение (по проводам или беспроводной связью) произведения, передаваемого в эфир повторно, если это осуществляется иной организацией, нежели первоначальная (т. е. ретрансляция); в) разрешать публичное сообщение переданного в эфир произведения при помощи установленных в общественных местах устройств, передающих звуки, знаки, изображения (таким образом, ограничиваются передачи, которые могут быть восприняты публикой в общественных местах, вход в которые может быть платным, от программ, которые принимаются отдельными лицами дома или на рабочем месте).

Следует подчеркнуть, что, разрешая передачу произведения в эфир, автор не дает тем самым автоматического разрешения на запись своего произведения (ст. 11 bis (3) Бернской конвенции). Такая запись квалифицируется как воспроизведение и требует отдельного разрешения автора. Однако законодательство государств-участников может предусмотреть для радиовещательных организаций возможность изготовления записей краткосрочного пользования, производимых такой организацией собственными средствами и для своих целей, и хранения таких записей в архивах.

Всемирной конвенцией рассматриваемое правомочие сформулировано очень сжато, как «исключительное право разрешать, передачу в эфир» (ст. IV bis).

4. *Право на перделку произведения* означает исключительное право автора литературного или художественного произведения разрешать перделки, аранжировки и другие изменения своих произведений (ст. 12 Бернской конвенции).

В Конвенции отдельно обозначены (ст. 14) следующие виды осуществления права на перделку: а) исключительное право автора разрешать кинематографическую перделку и воспроизведение своих произведений, а также распространение таких производных произведений; б) публичное представление и исполнение перделанных или воспроизведенных таким образом произведений и сообщение их по проводам для всеобщего сведения.

Так, в частности, для создания фильма по книге потребуется отдельное разрешение автора книги на все следующие действия: создание сценария по тексту книги, создание фильма на основе сценария, изготовление копий фильма (воспроизведение), публичное представление (прокат в кинотеатрах), передача в эфир или сообщение по кабелю.

Знаменитый роман Патрика Зюскинда «Парфюмер» вышел в 1985 г., однако автор книги не соглашался на экранизацию романа в течение 15 лет и уступил права на его постановку продюсеру Берндту Айхингеру за 10 млн евро только в 2001 г.

Каждое производное произведение, в случае если оно создано с соблюдением прав автора первоначального произведения, само становится оригинальным и охраняется в этом качестве. Переделка такого произведения потребует разрешения как автора первичного, так и производного варианта. В частности, «переделка в любую другую форму кинематографической постановки, производной от литературного или художественного произведения, требует независимо от разрешения ее автора также разрешения автора оригинального произведения» (ст. 14 (2) Бернской конвенции).

5. *Право долевого участия на оригиналы произведений искусства и рукописей* (право следования) состоит в том, что в отношении оригиналов произведений искусства и оригиналов рукописей писателей и композиторов автор, а после его смерти — правопреемники пользуются неотчуждаемым правом на долю от цены при каждой продаже произведения, следующей за его первой уступкой, совершенной автором (ст. 14 *ter* Бернской конвенции). В Конвенции определены условия, когда право следования может быть реализовано в любом государстве-участнике: а) законодательство страны, к которой принадлежит автор, признает это право; б) в объеме, допускаемом законодательством той страны, где испрашивается охрана. Порядок взимания и размер причитающегося автору гонорара определяются внутренним законодательством.

Известный японский романист Харуки Мураками до 1988 г. писал свои произведения от руки (потом начал пользоваться компьютером); часть рукописей он передал в редакцию издательского дома Chuo Koron Shinsha для опубликования. В начале 2006 г. Харуки Мураками стало известно, что его рукописи выставлены на продажу в букинистических магазинах, при этом разрешение автора на продажу не было получено, вопрос о реализации права следования не был урегулирован. После предъявления автором претензий издательскому дому последним были принесены публичные извинения писателю за неправомерное использование его рукописей, возбуждено внутреннее расследование по этому факту.

6. *Право на распространение (right of distribution)* определено как исключительное право разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своего произведения посредством продажи или иной передачи права собственности (ст. 6 Договора ВОИС). Это правомочие авторов относится к «новейшим», поскольку не закреплено

базовыми конвенциями международного авторского права. Оно может быть ограничено по желанию государств-участников в национальном праве понятием «исчерпание прав» (прекращение рассматриваемого правомочия после первой продажи или иной передачи права собственности на оригинал или экземпляр произведения с разрешения автора).

7. *Право на публичное сообщение произведений* тоже относится к «новейшим» (ст. 8 Договора ВОИС). Оно дополняет закрепленное Бернской конвенцией исключительное право авторов разрешать любое сообщение своих произведений для всеобщего сведения по поводам и средствам беспровольной связи правом разрешать «ведение своих произведений до всеобщего сведения таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к таким произведениям из любого места и в любое время по их собственному выбору» (курсив наш. — Авт.).

Это право возникло и имеет особое значение в связи с существованием в настоящее время трансграничных телекоммуникационных сетей, объединенных под общим названием «Интернет». Оно означает, что размещенные в Сети в цифровой форме авторские произведения не должны воспроизводиться, передаваться в другую точку мира, подвергаться изменениям и т. д. без разрешения правообладателей. Или, другими словами, это право означает, что нормы международных договоров по охране авторских прав полностью сохраняют свое значение и для сети Интернет.

До урегулирования вопроса Договором ВОИС существовала проблема: операторы сайтов, размещая на своих страничках чужие произведения без разрешения правообладателей, апеллировали к тому, что подобные действия не являются воспроизведением или публичным сообщением. Такие утверждения имели возможность существовать, поскольку базовые Конвенции по международному авторскому праву, принятые еще до возникновения Глобальной сети, не отражали специфики существования в ней авторских произведений. Проблема была разрешена Договором ВОИС, ст. 1 (4) которого предусматривала, что «хранение произведения в цифровой форме в электронном средстве связи представляет собой воспроизведение в смысле ст. 9 Бернской конвенции» (курсив наш. — Авт.).

Помимо рассмотренных прав, принадлежащих в силу международных документов авторам всех видов произведений литературы, науки и искусства, выделяются права, принадлежащие авторам отдельных категорий произведений.

8. *Право разрешать публичное представление или исполнение* своих произведений и их переводов любыми средствами или способами, а также передачу любым способом их постановок и исполнений для всеобщего сведения принадлежит дополнительно авторам драматических и музыкально-драматических произведений (ст. 11 Бернской конвенции).

9. *Право разрешать публичное чтение* своих произведений и их переводов любыми средствами и способами, а также передачу любым способом чтения для всеобщего сведения предоставлено авторам литературных произведений (ст. 11 *ter* Бернской конвенции).

10. *Право на прокат* предоставляется авторам компьютерных программ и кинематографических произведений и означает исключительное право разрешать коммерческий прокат для публики оригиналов или экземпляров своих произведений (ст. 7 Договора ВОИС, ст. 11 ТРИПС). Это правомочие относится к «новейшим».

Перечень компьютерных программ и кинематографических произведений, подпадающих в сферу регулирования этого правомочия, ограничен: первые обязательно должны быть основным объектом проката; несанкционированный прокат вторых должен вести к широкому копированию и нанесению существенного ущерба исключительному праву автора на воспроизведение.

Очевидно, что для того, чтобы авторы и иные правообладатели реально могли пользоваться своими правами, государства — участники международных конвенций по авторскому праву должны были договориться и о *защите охраняемых прав*.

Бернская конвенция закрепляет за правообладателем право возбуждать судебное преследование против контрафакторов (ст. 15 (1)). Контрафактные экземпляры государствам-участникам предписывается подвергать аресту в любой стране Союза, где произведение пользуется охраной (ст. 16 (1)); так же следует относиться к воспроизведениям, происходящим из страны, в которой произведение не охраняется или перестало пользоваться охраной (ст. 16 (2)).

Более подробный перечень средств правовой охраны авторских прав и основные требования к процедуре их применения содержит Соглашение ТРИПС (ст. 41–66). Так, к мерам правовой защиты прав интеллектуальной собственности по ТРИПС предъявляются требования: а) они должны быть обеспечены национальным законодательством каждого государства; б) они должны включать эффективные средства для предотвращения и пресечения нарушений, в) они не должны быть излишне сложными, дорогостоящими или вести к необоснованным задержкам; г) процедуры их осуществления не должны создавать препятствий законной торговле или способствовать злоупотреблениям и др.

Всемирная конвенция, Договор ВОИС и другие соглашения в сфере международного авторского права оставляют вопрос о защите охраняемых прав авторов на усмотрение государств-участников.

Дополнительная литература

Липцик Д. Авторское право и смежные права. М., 2002.

Матвеев Ю. Г. Международная охрана авторских прав. М., 2000.

Мэгс П. Б., Сергеев А. П. Интеллектуальная собственность. М., 2000.

Глава 20

СМЕЖНЫЕ ПРАВА В МЕЖДУНАРОДНОМ АВТОРСКОМ ПРАВЕ

Римская конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г.; Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г.; Брюссельская конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, 1974 г.; Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г.; Договор ВОИС по исполнению и фонограммам 1996 г.; Соглашение СНГ о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав 1993 г.; часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации

20.1. Понятие смежных прав и основные международно-правовые источники

В соответствии с Глоссарием ВОИС выражение «смежные права» «обычно понимается как права, предоставляемые во все большем числе стран для охраны интересов исполнителей, производителей фонограмм и организаций радиотелевещания в отношении их деятельности и в связи с публичным использованием произведений авторов, всевозможных выступлений артистов или доведением до всеобщего сведения событий, информации, звуков или изображений».

В законодательстве некоторых государств эти права называются *примыкающими, родственными* и включают расширенный перечень прав, как, например, права, признаваемые за предприятиями кабельного вещания, права на типографское представление опубликованных произведений и др.

Гражданский кодекс РФ смежными (с авторскими) правами называет интеллектуальные права на результаты исполнительской деятельности, на фонограммы, на сообщение в эфир или по кабелю радио- и телепередач и др. (ч. 1 ст. 1303).

Смежные права, хотя и связаны с авторскими правами, отличаются от них тем, что имеют, во-первых, *иных субъектов*: артисты-исполнители, производители фонограмм, организации эфирного вещания — от-

личные от субъектов, охраняемых авторским правом: непосредственные авторы и их правопреемники¹; во-вторых, иной *объект* регулирования: под охраной института смежных прав находятся те виды деятельности, которые *содействуют распространению* литературных или художественных произведений, но не их созданию, как в авторском праве.

Тезис о взаимосвязи, но обособленности как смежных, так и авторских прав косвенно просматривается в международных документах по смежным правам, в которых, как правило, указывается, что: *во-первых*, предоставляемая охрана смежным правам не затрагивает и не наносит никакого ущерба охране авторского права²; *во-вторых*, что участниками таких документов могут быть только те государства, которые уже участвуют в конвенциях об авторском праве³.

Можно сделать вывод, что безупречный, но утвердившийся в практике и юридических документах термин «смежные права» не подразумевает подчинения одного института права другому. По всей вероятности, по вопросу о разграничении авторских и смежных прав следует согласиться с бразильским специалистом Генри Йессененом, полагающим, что «речь идет о не зависящих друг от друга правах, полностью автономных и не находящихся в конфликте друг с другом и которые, наоборот, во многих отношениях являются подобными и совпадающими»⁴.

Руководствуясь изложенным, можно сформулировать следующее наиболее общее определение-характеристику смежных прав, отграничивая их от авторского права.

Смежные права — не входящие в конфликт с правами авторов литературных и художественных произведений исключительные права:

— *предоставляемые исполнителям, производителям фонограмм и организациям эфирного или кабельного вещания, осуществляющим распространение произведений авторов;*

— *означающие, что использование третьими лицами творческих результатов исполнений, фонограмм, радио- и телепрограмм требует согласия либо артиста, осуществляющего исполнение, либо организаций, сделавших звукозапись, либо радио- и телеорганизаций.*

¹ Государствам не запрещено расширять перечень субъектов, охраняемых смежными правами. В частности, Закон Грузии «Об авторских и смежных правах» дополнительно относит к таковым изготовителей баз данных, а ГК РФ — еще и публикаторов.

² Статья 1 Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г. Национальные законы так же, как правило, указывают, что охрана смежных прав не должна препятствовать охране авторских прав (например, ч. 1 ст. 45 Закона Грузии от 22 июня 1999 г. № 2112-ПС «Об авторских и смежных правах»).

³ Статья 24 п. 2 Римской конвенции об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г.

⁴ Цит. по: *Липшиц Д.* Авторское право и смежные права. Русское издание. UNESCO 2002. С. 312.

Основу трансграничной охраны смежных прав заложили базовые договоры¹ по авторскому праву (Бернская и Всемирная конвенции), специальными международными договорами в этой сфере являются:

– *Римская конвенция об охране прав исполнителей, изготовителей фонограмм и вещательных организаций 1961 г.*² (далее — Римская конвенция);

– *Женевская конвенция об охране интересов производителей фонограмм от незаконного воспроизводства их фонограмм 1971 г.*³ (далее — Женевская конвенция);

– *Брюссельская конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники, 1974 г.*⁴ (далее — Брюссельская конвенция);

– *Соглашение по торговым аспектам прав интеллектуальной собственности 1993 г.* (далее — Соглашение ТРИПС);

– *Договор ВОИС по исполнениям и фонограммам 1996 г.* (далее — Договор по исполнениям и фонограммам).

Помимо универсальных международных договоров для государств в сфере трансграничной охраны смежных прав имеют значение также региональные и двусторонние соглашения. В 1993 г. заключено *Соглашение стран СНГ о сотрудничестве в области охраны авторского права и смежных прав*. Это небольшое (всего 7 статей) Соглашение регионального характера чрезвычайно важно для государств-участников, поскольку в нем достигнута договоренность о создании необходимых условий для разработки и принятия законопроектов, обеспечивающих охрану как авторского права, так и смежных прав на уровне требований базовых конвенций в этой сфере.

Также Россия имеет двусторонние соглашения об охране авторских и смежных прав со многими государствами (Австрия, Польша, Швеция и др.).

Важнейшим внутренним источником, содержащим нормы смежного права, для России является действующая с 1 января 2008 г. *часть четвертая Гражданского кодекса РФ*.

20.2. Предоставление и ограничение охраны смежных прав

Условия предоставления охраны смежных прав. Основания охраны в рамках института смежных прав в трансграничных отношениях раз-

¹ Рассмотрены в гл. 19 настоящего учебника.

² Российская Федерация присоединилась постановлением Правительства от 20 декабря 2002 г. № 908. Около 70 участников.

³ Российская Федерация присоединилась с 13 марта 1995 г. Около 70 государств-участников.

⁴ Конвенция ратифицирована постановлением Верховного Совета СССР 12 августа 1988 г. и действует на территории СССР (сейчас — России) с 13 ноября 1988 г.

личаются в зависимости от того, каким субъектам она предоставляется: исполнителям, изготовителям фонограмм, вещательным организациям (соответственно ст. 4, 5, 6 Римской конвенции).

В ст. 4 Римской конвенции перечислены условия (основания), при наличии любого из которых иностранным *исполнителям* должна быть предоставлена конвенционная охрана каждым государством-участником: а) исполнение имело место в другом договариваемом государстве; б) исполнение включено в фонограмму, охраняемую в соответствии с Конвенцией; в) исполнение не записано на фонограмму, но распространяется передачей в эфир, и такая передача в эфир охраняется Конвенцией.

Критерий гражданства исполнителя не включен в перечень оснований предоставления охраны, и, следовательно, трансграничная охрана прав исполнителя построена исключительно на территориальном принципе: она не будет распространяться на те исполнения граждан государств-участников, которые были осуществлены в государстве, не участвующем в Конвенции. Напротив, при известных обстоятельствах под охрану Конвенции подпадают исполнения артистов, не являющихся гражданами государств-участников. Исполнения собственных граждан охраняются внутренним правом каждого государства-участника.

В ст. 5 Римской конвенции закреплены условия (основания), при наличии любого из которых иностранным *производителям фонограмм* должна быть предоставлена конвенционная охрана каждым государством-участником¹: а) изготовитель фонограммы имеет национальную принадлежность другого договариваемого государства (гражданство — для физических, национальность — для юридических лиц); б) первая запись звука или первая публикация фонограммы осуществлены в другом договариваемом государстве.

В ст. 6 Римской конвенции закреплены условия (основания), при наличии любого из которых (или в случае специальной оговорки государством — только при одновременном совпадении этих условий на территории другого договариваемого государства²) конвенционная охрана должна быть предоставлена каждым государством-участником иностранным *вещательным организациям*: а) штаб-квартира вещательной организации расположена в другом договариваемом государстве; б) передатчик, с помощью которого осуществляется передача в эфир, расположен в другом договариваемом государстве.

Основным подходом в сфере регулирования международной охраны смежных прав для всех групп иностранных правообладателей является предоставление *национального режима* (ст. 2 Римской конвенции).

¹ Закрепленная ст. 2 Женевской конвенцией охрана прав производителей фонограмм основывается только на их национальной принадлежности.

² Такая оговорка сделана Российской Федерацией.

При этом национальный режим дополнен требованием предоставления обязательного минимума конкретных прав, закрепленных в Конвенции (*конвенционный режим*).

Аналогичные требования к режиму закреплены в Договоре по исполнениям и фонограммам, а также в Соглашении ТРИПС, которое отсылает к Римской конвенции, ограничивая при этом объем конвенционного режима только теми правами, которые закреплены в самом Соглашении ТРИПС.

Исключением из общего правила регулирования является Женевская конвенция, которая не обязывает предоставлять иностранным правообладателям в сфере смежных прав именно национальный режим, но устанавливает общее обязательство для государств-участников охранять любыми правовыми методами интересы таких правообладателей.

Формальности не являются значимыми для предоставления охраны субъектам трансграничных смежных прав. Римская конвенция (ст. 11) и Женевская конвенция (ст. 5) содержат схожее правило: формальности (в тех государствах, где это требуется по национальному праву) считаются выполненными, если экземпляры фонограммы или их упаковка содержат уведомление, состоящее из знака «Р» в окружности, с указанием года первой публикации. Более поздний документ, Договор по исполнениям и фонограммам, запрещает формальности в качестве условия для обладания правами и осуществления трансграничных смежных прав (ст. 2 п. «а»).

Ограничения охраны смежных прав условно можно разделить на три категории.

1. *Распространение на сферу действия смежных прав любых ограничений, установленных в отношении охраны авторских прав*¹. Соглашение ТРИПС содержит в отношении ограничений охраны как авторских, так и смежных прав лишь одно унифицирующее правило: они не должны противоречить нормальному использованию объекта прав и неразумно нарушать законные интересы правообладателей; аналогичное правило содержит Договор по исполнениям и фонограммам².

Таким образом, законные интересы правообладателей и границы нормального использования объектов международного авторского права в соответствии с коллизионными правилами конвенций будут определяться национальным законодательством государств-участников.

2. *Ограничения в пользу свободного и бесплатного использования объектов трансграничных смежных прав в материально-правовой форме*

¹ Пункт 2 ст. 15 Римской конвенции; ст. 6 Женевской конвенции; п. 1 ст. 16 Договора по исполнениям и фонограммам.

² Пункт 2 ст. 16 Договора по исполнениям и фонограммам.

установлены в ст. 15 Римской конвенции и представляют собой унифицирующие нормы, которые должны быть восприняты национальными правовыми системами государств-участников единообразно. К ним относятся: а) использование в личных целях (право частной копии для личного пользования); б) использование кратких отрывков с целью сообщения о текущих событиях (короткие фрагменты в обзорах); в) кратковременная запись, осуществляемая вещательной организацией на своем оборудовании и для своих собственных передач; г) использование исключительно в учебных или научно-исследовательских целях; д) другие виды свободного использования, применимые государством во внутреннем законодательстве к авторским правам на литературные и художественные произведения (например, разрешение свободного воспроизведения выступления артиста, если оно является дополнением к основному сюжету).

В большинстве стран — участниц Евросоюза (за исключением Великобритании, где копирование для личного использования запрещено) копировать аудиовизуальную продукцию разрешается при условии уплаты специального сбора, которым облагаются чистые носители (CD, DVD, MP3). От имени европейских организаций по защите авторских и смежных прав представители музыкального мира создали альянс «Культура прежде всего» в целях защиты сложившейся системы, позволяющей оплачивать труд артистов, финансировать творческую и продюсерскую деятельность. Известным французским режиссером Берtrandом Тавернье сказано по этому поводу: «Плата за копирование для частного пользования является одним из самых справедливых и разумных средств вознаграждения творческого труда».

3. *Выдача принудительных лицензий.* Римская конвенция содержит самое общее регулирование на этот счет: принудительные лицензии могут предусматриваться национальным законодательством в отношении иностранных правообладателей смежных прав в той мере, в какой это не противоречит Конвенции (п. 2 ст. 15).

Женевская конвенция (ст. 6) закрепляет более подробные правила о принудительных лицензиях в отношении фонограмм. Лицензии могут быть предусмотрены национальным законодательством, только если удовлетворены все следующие условия: а) воспроизведение предназначено для использования исключительно в целях обучения или научных исследований; б) распространение экземпляров осуществляется только на территории выдавшего лицензию государства, и экспорт копий осуществляться не будет; в) правообладателям должно выплачиваться справедливое вознаграждение с учетом числа копий, которые будут произведены.

20.3. Права субъектов смежных прав

Артисты-исполнители. Понятие «исполнитель» в контексте Бернской конвенции связывается с понятием «литературные и художественные произведения», включая также музыкальные, драматические и музыкально-драматические произведения, независимо от того, относятся они к охраняемым произведениям или к общественному достоянию.

Исполнители — это актеры, певцы, музыканты, танцоры и другие лица, которые играют роль, поют, читают, декламируют, играют на музыкальном инструменте, интерпретируют или иным образом исполняют литературные или художественные произведения, либо выражения фольклора (п. «а» ст. 2 Договора по исполнению и фонограммам)¹.

Международные соглашения оставляют за национальным законодательством возможность распространять охрану также на артистов, не исполняющих в буквальном смысле литературные и художественные произведения². Таким образом, в категорию исполнителей государствами могут быть включены артисты варьете, эстрады и цирка, спортсмены, модели и подобные им лица.

В законах Узбекистана и Казахстана отсутствует понятие интерпретации, но к исполнителям дополнительно отнесены лица, которые исполняют эстрадный, цирковой или кукольный номер, а также режиссер-постановщик спектакля и дирижер³. ГК РФ еще более расширяет перечень субъектов охраны в пользу исполнителей произведений народного творчества (ст. 1313). Закон Грузии, напротив, хотя упоминает фольклорные номера как объект охраны, обходит в охране режиссеров и дирижеров⁴.

Формулировка понятия «исполнитель», закрепленная в Договоре по исполнению и фонограммам, дает возможность выделить две категории лиц: 1) *интерпретатор* — индивидуальный исполнитель (режиссер, дирижер оркестра, солист хора); 2) *артист-исполнитель* — неосновной артист, демонстрирующий профессиональные качества и следующий указаниям интерпретатора (лица из хора, оркестра, балета).

¹ В Римской конвенции понятие интерпретации отсутствует, но есть выражение «каким-либо иным образом участвуют в исполнении»; отсутствует также и упоминание о фольклоре.

² Статья 9 Римской конвенции содержит специальную оговорку. Соглашение ТРИПС и Договор по исполнению и фонограммам подобной оговорки не содержат, но и не запрещают.

³ Статья 2 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-1 «Об авторском праве и смежных правах»; ст. 1 Закона Республики Узбекистан от 30 августа 1996 г. № 272-1 «Об авторском праве и смежных правах».

⁴ Статья 4 (ш) Закона Грузии от 22 июня 1999 г. № 2112-ПС «Об авторских и смежных правах».

Объектом охраны прав исполнителя является *личное выступление* артиста, которое (в отличие от объекта охраны авторского права) имеет *нематериальный характер* и заключается в *реализации целостного и самостоятельного произведения, уже созданного автором*. Исполнение, вне зависимости от силы таланта артиста, не создает нового литературного или художественного произведения, и поэтому права исполнителя не могут быть идентичны правам автора.

Права исполнителей наиболее детально обозначены в Договоре по исполнителям и фонограммам (гл. II)¹: к ним относятся *исключительные личные неимущественные и личные имущественные* права, причем последние обычно подразделяют на права на незаписанные и записанные произведения.

Личные неимущественные права признаются в рамках института международных смежных прав только за исполнителями, поскольку и осуществляемая ими деятельность носит личный характер. За другими субъектами (производителями фонограмм и органами вещания) признаются лишь имущественные права, поскольку их деятельность носит технический и организационный, но не личный характер. Личные права исполнителя не зависят от его имущественных прав и остаются у него даже в случае передачи имущественных прав другому лицу. Таких прав два: *право на имя и право на охрану исполнения*.

1. *Право на имя* — *право требовать быть признанным в качестве исполнителя своих исполнений*. Справедливо считается, что право на имя тесным образом связано с имущественными правами исполнителя, поскольку популярность напрямую влияет на размеры гонораров. Из этого права возникает обязанность указывать имя исполнителя, когда объявляется его исполнение. В национальном законодательстве многих государств право на имя, как правило, признается лишь за главными исполнителями. Однако для стран СНГ характерно предоставление исполнителям права на имя независимо от ранга исполнителя².

В конце 2005 г. компания Givenchy провела кастинг моделей (в большинстве государств модели не являются субъектом охраны смежных прав) и приняла на работу привлекательную девушку аристократической внешности, назвавшуюся именем Мари Стейс. Когда стало известно, что Мари Стейс — псевдоним, за которым скрывается личность двадцатилетней дочери премьер-министра Франции Домени-ка де Вильпена Мари де Вильпен, карьерные предложения

¹ В Римской конвенции и Соглашении ТРИПС речь идет о возможности предотвращать (не допускать) некоторые действия третьих лиц, осуществляемые без согласия (без разрешения) исполнителей, но не об исключительных правах последних.

² Пункт 1 ст. 37 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-1 «Об авторском праве и смежных правах»; ч. 3 ст. 1315 ГК РФ.

посыпались на нее со всех сторон: в частности, в начале 2007 г. она стала лицом нового аромата от Givenchy под названием «Ange ou Demon».

2. *Право на охрану исполнения — право возражать против всякого извращения, искажения или иного изменения своих исполнений, способного нанести ущерб репутации;* обеспечивает охрану авторитета исполнителя. Оно может реализовываться в национальном законодательстве, как ради целостности и самоценности именно произведения как такового, так и ради интересов самого исполнителя произведения.

Международные соглашения не устанавливают особых сроков охраны личных немущественных прав (см. далее). Однако во многих государствах немущественные права исполнителей объявляются бессрочными либо для них устанавливаются особые сроки, превышающие сроки охраны имущественных прав.

Так, согласно французскому законодательству право на имя артиста-исполнителя, на охрану авторства исполнения и его целостность может переходить к его наследникам в целях охраны исполнения и памяти покойного (ст. L. 212-2.3)¹.

В соответствии с казахским законом «права исполнителя на имя и на защиту исполнения или постановки от всякого искажения или иного посягательства, охраняются бессрочно»². Аналогичное правило содержится в ч. 1 ст. 1316 ГК РФ, Законе Молдовы «Об авторском праве и смежных правах»³, Законе Грузии «Об авторских и смежных правах»⁴ и др.

Журналом Forbes ежегодно публикуется рейтинг знаменитостей, зарабатывающих и после собственной смерти. Примечательно, что из года в год в него попадают в основном персоны, прославившиеся в первую очередь исполнительской деятельностью. Так, в 2006 г. первые места в рейтинге заняли соответственно Курт Кобейн (лидер рок-группы Nirvana, 50 млн долл. в год) и Элвис Пресли (король рок-н-ролла, 42 млн долл. в год). В рейтинге учитываются доходы, получаемые от продажи прав на использование произведений или образа звезды в рекламных и других целях. Представителем Forbes отмечено: «Едва ли забитый в гроб гвоздь означает конец для некоторых звезд. Их произведения продолжают вызывать к поклонникам, которые их помнят, а также к тем, кто родился уже после их смерти».

¹ Цит. по: *Лицик Д.* Авторское право и смежные права. Изд.: ЮНЕСКО. 2002. С. 329.

² Пункт 1 ст. 42 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-1 «Об авторском праве и смежных правах».

³ Часть 1 ст. 33 Закона Республики Молдова от 23 ноября 1994 г. № 293-XIII.

⁴ Часть 2 ст. 57 Закона Грузии № 2112-ПС от 22 июня 1999 г. «Об авторских и смежных правах».

Имущественные права исполнителей на свои незаписанные исполнения включают в себя следующие исключительные правомочия: 1) *право разрешать эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения* своих незаписанных исполнений, за исключением случаев, когда исполнение уже когда-либо передавалось в эфир; 2) *право разрешать запись своих незаписанных исполнений*.

Имущественные права на свои записанные исполнения представляют собой следующие исключительные права: 1) *право на воспроизведение* — разрешать прямое или косвенное воспроизведение своих исполнений, записанных на фонограммы, любым образом и в любой форме; 2) *право на распространение* — разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала записанных на фонограммы экземпляров своих исполнений как посредством их продажи, так и другими способами передачи права собственности; 3) *право на прокат* — разрешать коммерческий прокат для публики оригинала и экземпляров своих исполнений, записанных на фонограммы; 4) *право сделать записанные исполнения доступными* — разрешать доведение до всеобщего сведения своих исполнений, записанных на фонограммы таким образом, что представители публики могут осуществлять доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору (например, размещение в сети Интернет).

Для Римской конвенции, Соглашения ТРИПС и национального законодательства большинства государств характерно, что из имущественных прав исполнителям безоговорочно предоставляются только права на незаписанные исполнения. При этом подразумевается, что права на записанные исполнения должны реализовываться договорными отношениями. Так, обязательное согласие исполнителя на воспроизведение записи потребуется, только если первоначальная запись была сделана незаконно (ст. 1 (i) Римской конвенции). Если же исполнитель ранее давал согласие на запись своего исполнения, то его дополнительное согласие на воспроизведение потребуется только в случае, если условия воспроизведения записи будут отличаться от условий, на которые исполнитель предварительно соглашался (ст. 1 (ii) Римской конвенции).

Выступая в сентябре 2006 г. на московском стадионе «Лужники», певица Мадонна воспользовалась исключительным правом исполнителя и запретила запись своего выступления с целью ее дальнейшего воспроизведения на диске, кассете или аудиовизуальным способом. Также была запрещена ретрансляция выступления по радио или телевидению.

Разрешение на краткосрочные съемки были даны Мадонной спонсировавшей ее концерт сотовой компании «Вымпелком» для продажи абонентам компании лицензионных фотографий и музыки Мадонны. В этом случае Мадонна, помимо прав по соответствующему договору с «Вымпелкомом», может разрешать (запрещать)

сохранение или воспроизведение этих записей в иных целях, чем те, на которые дано согласие. Также в случае изготовления с этих записей фонограмм без ее согласия Мадонна получает право на вознаграждение за вторичное использование фонограмм¹.

Сроки охраны имущественных прав исполнителей международными соглашениями исчисляются начиная с конца календарного года, в котором были осуществлены запись или исполнение. При этом Римская конвенция устанавливает срок охраны не менее 20 лет (ст. 14), Соглашение ТРИПС — минимальный срок охраны в 50 лет (ст. 14.5).

Национальное законодательство государств по-разному определяет начало отсчета срока охраны прав исполнителей: с момента представления, исполнения, первой передачи, первой публикации записи. При этом продолжительность сроков охраны, как правило, равна или превышает 50 лет.

Производители фонограмм. Унифицированные автономные квалификации производителя фонограмм как субъекта института трансграничных смежных прав и фонограммы как объекта охраны института наиболее полно представлены в Договоре по исполнениям и фонограммам.

Производитель фонограммы — физическое или юридическое лицо, которое берет на себя инициативу и несет ответственность за первую запись звуков исполнения или других звуков либо отображений звуков (п. «d» ст. 2 Договора по исполнениям и фонограммам). В отличие от творческой деятельности исполнителей деятельность производителей фонограмм носит исключительно промышленный характер.

Объектом охраны является *фонограмма* — запись на каком-либо материальном носителе звуков исполнения или других звуков² либо отображения звуков, кроме звуков в форме записи, включенной в кинематографическое или иное аудиовизуальное произведение.

В национальном законодательстве можно встретить иные подходы. Так, закон Узбекистана охраняет права лица, создавшего запись исполнения, а под исполнением понимает не только воплощение звуков, но и (или) изображений в форме, позволяющей осуществить их неоднократное восприятие³. Закон Грузии предусматривает охрану отдельного субъекта смежных прав — производителя видеозаписи⁴.

¹ О вторичном использовании фонограмм см. далее.

² Пункт «b» ст. 2 Договора по исполнениям и фонограммам. Менее объемное понятие фонограммы дано в п. «b» ст. 3 Римской конвенции: «...Любая исключительно звуковая запись звуков исполнения или других звуков».

³ Статьи 1, 54 Закона Республики Узбекистан от 30 августа 1996 г. № 272—1 «Об авторском праве и смежных правах».

⁴ Часть 1 ст. 46 Закона Грузии от 22 июня 1999 г. № 2112-11С «Об авторских и смежных правах».

Из формулировок международных соглашений следует, что они обеспечивают охрану исключительно *звукозаписей*, не включая записи, содержащие изображение (например, звуковая дорожка к кинофильму).

В то же время сами звуки не разграничены в зависимости от источников их происхождения и не обусловлены только лишь исполнительской деятельностью артистов. Таким образом, под охрану конвенций попадают как звукозаписи исполнений артистов, так и звуки природного характера: пение птиц, голоса животных, шум моря и др. Ссылка же Договора по исполнениям и фонограммам на «отображение звуков», по всей вероятности, дает возможность учитывать развитие технологий и, возможно, охватывает звуки, рождаемые техническими средствами (компьютером) или звуки, измененные с использованием синтезаторов и подобного им оборудования.

В национальном праве фонограмма как объект охраны может рассматриваться как: а) *коммерческая продукция*: для стран романо-германской правовой семьи характерно относиться к деятельности производителей фонограмм как к нетворческой, коммерческой деятельности, имеющей единственную цель — преобразовать краткосрочное исполнение в делящееся при помощи записи — и не представляющей собой творческий вклад в записываемое произведение; б) *самостоятельное произведение*: для стран англо-американской правовой семьи, чьи системы права изначально воспринимают авторские права в широком смысле как право не столько на защиту творчества, сколько на возможность препятствовать копированию, приемлемо охранять звукозаписи как отдельные произведения.

Из разницы теоретических подходов к деятельности производителей фонограмм складывается и разное правовое регулирование: как правило, в первой группе стран фонограммы попадают под защиту смежных прав, во второй группе — под защиту авторского права¹.

За производителями фонограмм признаются только имущественные права, которые являются исключительными. Наиболее полно они закреплены в гл. III Договора по исполнениям и фонограммам²: а) *право на воспроизведение* — разрешать или запрещать прямое или косвенное воспроизведение своих фонограмм; б) *право на распространение* — право разрешать доведение до всеобщего сведения оригинала и экземпляров своих фонограмм посредством продажи или иной передачи права собственности; в) *право на прокат* — разрешать коммерческий прокат

¹ Тем не менее фонограммы как произведения в англосаксонских странах не относят к литературным или художественным произведениям, а квалифицируют как некий самостоятельный вид.

² Римская конвенция закрепляет за производителями фонограмм только право на воспроизведение (ст. 10) и право на справедливое вознаграждение (ст. 12).

оригинала и экземпляров своих фонограмм для публики даже после их распространения, осуществленного производителем или по его разрешению; г) *право сделать фонограммы доступными* — разрешать доведение до всеобщего сведения своих фонограмм по проводам или средствам беспроводной связи таким образом, что представители публики могут осуществить доступ к ним из любого места и в любое время по их собственному выбору; д) *право на вознаграждение за эфирное вещание и сообщение для всеобщего сведения (вторичное использование)* — на единовременное и справедливое вознаграждение за прямое или косвенное использование фонограмм, опубликованных в коммерческих целях, для эфирного вещания или любого сообщения для всеобщего сведения.

В декабре 2006 г. несколько крупных звукозаписывающих корпораций (Sony DMG, Universal и др.) предъявили иск в Федеральном суде Нью-Йорка к российской компании «Медиасервисес», владеющей двумя интернет-сайтами. Разместив на своих сайтах фонограммы производителей без их согласия, российская организация осуществляла продажу музыки по более низким ценам, чем сами производители. В этой ситуации производители фонограмм получили возможность обвинять ответчика в нарушении всех своих прав, охраняемых смежными правами.

Государства в своем законодательстве могут расширять перечень имущественных прав производителей фонограммы. Так, казахский Закон закрепляет дополнительно право «переделять и любым способом перерабатывать фонограмму»¹; право на переработку также закреплено и в ГК РФ (п. 9 ч. 2 ст.1324).

Наибольший срок охраны прав производителей фонограмм (по сути этот срок является сроком охраны самих фонограмм) устанавливается Договором по исполнением и фонограммам и Соглашением ТРИПС и равен 50 годам с конца календарного года, в котором была произведена запись² или опубликована фонограмма, или при отсутствии такого опубликования — в течение 50 лет с момента записи фонограммы³. Римская конвенция устанавливает срок охраны прав производителей (срок защиты фонограммы) в 20 лет по той же формуле, что и Договор по исполнением и фонограммам.

Национальное законодательство в зависимости от участия государств в конвенциях и сложившейся практики предусматривают

¹ Пункт 2 ст. 38 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6-1 «Об авторском праве и смежных правах».

² Статья 14.5 Соглашения ТРИПС; ст. 17 (2) Договора по исполнением и фонограммам.

³ Статья 17 (2) Договора по исполнением и фонограммам.

разные сроки охраны: от минимальных по Римской конвенции 20 лет (Кипр, Венгрия) до 50 лет в соответствии с Договором по исполнению и фонограммам и Соглашением ТРИПС (таких стран большинство, например страны Европейского союза и СНГ) и до максимальных 75 лет (США, поскольку охрана осуществляется в рамках авторского права).

Вещательные организации. Вопрос о необходимости рассматривать вещательные организации в качестве субъекта смежных прав в международном частном праве является спорным. Не все международные соглашения в этой сфере предусматривают охрану вещательных организаций (только Римская конвенция и Соглашение ТРИПС), а понятие вещательных организаций не обозначено ни в одном из них.

Законодательство государств, как правило, рассматривает вещательные организации как предприятия радио или телевидения, которые передают программы для публики. Некоторые государства расширяют это определение, добавляя вещательным организациям возможность распространения звука или изображения «по проводам или без проводов». Так, по ГК РФ «организацией эфирного или кабельного вещания признается юридическое лицо, осуществляющее сообщение в эфир или по кабелю радио- или телепередач.» (ст. 1329)¹.

Таким образом, под объектом охраны вещательного права в национальном законодательстве могут пониматься «передача», либо «передача и трансляция», либо «программа», которые могут как ограничиваться передачей в эфир (в понимании Римской конвенции, т. е. при помощи электромагнитных волн), так и включать также передачу по кабельной сети.

Соглашение ТРИПС (п. 3 ст. 14) в целом регламентирует охрану вещательных организаций по образцу Римской конвенции, но при этом оставляет за государствами возможность выбора, охранять вещательные организации как субъект смежных прав или нет. Если государство-участник не предусматривает прав для вещательных организаций в рамках охраны интеллектуальных прав, оно обязано предоставить владельцам авторских прав на объект вещания только те права, которыми наделяются вещательные организации по Соглашению ТРИПС, с учетом положений Бернской конвенции. Таким образом, государства-участники не обязаны предоставлять смежные права вещательным

¹ Аналогично вопрос решен в ст. 59 Закона Республики Узбекистан от 30 августа 1996 г. № 272-1 «Об авторском праве и смежных правах».

организациям лишь в связи с тем, что соответствующие права ими гарантируются авторам. Получается, что охрана интересов вещательных организаций (по Соглашению ТРИПС) является факультативной¹.

Регламентация прав вещательных организаций в рамках международных смежных прав не всегда достаточна, однако значимость этого института велика, и охрана представляется необходимой. Например, все граждане мира вправе наблюдать по телевидению Олимпийские игры со своей аппаратуры без необходимости дополнительно за это платить. В то же время не каждое лицо может использовать Игры в своих финансовых интересах. Так, в 1996 г. (Игры в Атланте) только по европейской зоне вещания за права трансляции Олимпиады было выплачено 250 млн долл., которые по справедливости были разделены между всеми членами Европейского союза вещательных организаций, осуществивших покупку прав (в России — РТР).

Если бы правовая охрана РТР как вещателя отсутствовала, любая вещательная организация могла бы принимать телевизионные сигналы свободно (со спутников или прямо из эфира передач РТР) и передавать их в эфир уже с комментариями от себя. В результате снизились бы доходы РТР как правообладателя, сузился бы круг аудитории. Вследствие общедоступности сигнала покупка трансляций с Олимпиады стала бы бессмысленной, а значит, возник бы дефицит финансирования Игр².

Римская конвенция (ст. 13) регламентирует правомочия иностранных вещательных организаций в государствах-участниках, осуществляющих их охрану, предусматривая для вещательных организаций права разрешать или запрещать:

— *ретрансляцию своих передач в эфир*. Ретрансляция означает одновременную передачу в эфир одной вещательной организацией передачи, осуществляемой в это время другой вещательной организацией (ст. 3 (g)). Таким образом, на отложенную (во времени) ретрансляцию это положение не распространяется. Такой вид ретрансляции может регулироваться через право записи, поскольку она зависит от предварительной записи передачи в эфире;

— *запись своих передач в эфир*. Некоторые государства дополняют это исключительное право правом на распространение записей путем продажи³;

¹ Этот момент, очевидно, связан с позицией тех государств, где охрана вещательным организациям не предоставляется, в частности США.

² Румхорст В. Смежное право организаций вещания // Бюллетень по авторскому праву. 1998. № 2. С. 50–65.

³ Например, п. 3 ч. 2 ст. 1330 ГК РФ.

— *воспроизведение* (а) записей передач в эфир, осуществленных без согласия правообладателя, (б) записей своих передач в эфир, осуществленных в соответствии с допустимыми по Римской конвенции ограничениями, но в случае, когда воспроизведение осуществляется в иных целях. Право на воспроизведение не ограничено звуковыми носителями в узком смысле этого слова¹, поэтому следует считать, что вещательные организации наделяются правом записи и воспроизведения в отношении как звуко-, так и аудиовизуальной продукции. В то же время уточнения о «передаче в эфир» означают, что передача звуков или изображений и звуков может осуществляться только беспроводными средствами, т. е. из конвенционного регулирования исключено кабельное вещание;

— *сообщение для всеобщего сведения своих телевизионных передач*, если такое сообщение осуществляется в местах, доступных для публики за входную плату: таким образом, прием публикой телепрограмм за плату может осуществляться только с согласия соответствующей вещательной организации². В отличие от Римской конвенции, по Соглашению ТРИПС право на доведение до всеобщего сведения телепередач иностранным вещательным организациям предоставляется более широко независимо от того, за плату или бесплатно их передачи становятся доступны публике³.

Предоставление иностранным вещательным организациям рассмотренных имущественных прав, безусловно, не освобождает их (а также и третьи лица) от необходимости получать разрешение авторов, артистов и др., за исключением случаев, когда применяется национальная система принудительных лицензий.

В марте 2006 г. Союз европейских футбольных ассоциаций (УЕФА) предъявил в Верховный суд Великобритании иск к владельцам и операторам ряда интернет-сайтов, которые незаконно транслировали матчи Лиги чемпионов. УЕФА указал на нарушение интернет-«пиратами» интеллектуальных прав спонсоров матча — транслирующих организаций.

В мае 2006 г. суд вынес вердикт в пользу УЕФА: на передачу матчей Лиги чемпионов по Интернету был наложен запрет; все оборудование, которое использовали «пираты», признано подлежащим конфискации, нарушителей обязали возместить материальный ущерб правообладателям. «Мы одержали большую победу над несанкционированной и незаконной трансляцией матчей Лиги чемпионов по Глобальной сети. Это хорошая защита наших официальных

¹ Статья 3 (е) Римской конвенции.

² Статья 13 (d) Римской конвенции.

³ Пункт 3 ст. 14 Соглашения ТРИПС.

партнеров, которые приобрели право показывать эти игры», — заявил представитель УЕФА.

Сроки охраны прав иностранных вещательных организаций Римской конвенцией (ст. 14 (с)) и Соглашением ТРИПС (п. 5 ст. 14) обозначены одинаково: по меньшей мере до конца 20-летнего периода, исчисляемого с конца года, в котором имела место передача в эфир.

Национальным законодательством эти сроки могут быть увеличены. Так, в Законе Казахстана установлен срок охраны «в течение пятидесяти лет после осуществления такой организацией первой передачи в эфир»¹. Аналогичный срок установлен в ГК РФ (ч. 1 ст. 1331), Законе Молдовы², Законе Грузии³ и др.

Передачи через спутник. Особая ситуация возникает, если передача осуществляется вещательной организацией с помощью спутника: сигналы могут быть приняты на тех территориях, для которых не предназначались, и это в свою очередь может негативно влиять на имущественные права обладателей авторских и смежных прав.

Для устранения пробела в правовом регулировании в 1974 г. была подписана *Брюссельская конвенция о распространении несущих программы сигналов, передаваемых через спутники*, установившая охрану сигналов, исходящих от вещательных организаций на территории иностранных государств и обязавшая государства-участники «принимать соответствующие меры по предотвращению распространения на своей или со своей территории любого несущего программы сигнала любым распространяющим органом, для которого сигнал, переданный на спутник или проходящий через него, не предназначен. Это обязательство применяется в том случае, когда организатор подпадает под юрисдикцию другого Договаривающегося Государства и когда распространяемый сигнал является вторичным сигналом» (п. 1 ст. 2).

Таким образом, коллизия права по Конвенции возникает в том случае, если орган, отправляющий вещательный сигнал (через спутник), находится на территории одного государства-участника, а устройство, воспринимающее вторичный сигнал (со спутника), не предназначенный для него, — на территории другого государства-участника. Однако коллизийная норма в рассматриваемом документе не сфор-

¹ Статья 42 п. 3 Закона Республики Казахстан от 10 июня 1996 г. № 6—1 «Об авторском праве и смежных правах».

² Часть 3 ст. 33 Закона Республики Молдова от 23 ноября 1994 г. № 293-ХIII «Об авторском праве и смежных правах».

³ Часть 4 ст. 57 Закона Грузии от 22 июня 1999 г. № 2112-11С «Об авторских и смежных правах».

мулирована: выбор применимого права не осуществлен, хотя обозначено обязательство государств «принимать меры» к предотвращению злоупотреблений такими ситуациями третьими лицами, которое, по всей вероятности, будет осуществляться при помощи национальных материально-правовых норм каждого из государств — участников Конвенции.

Конвенция не распространяется как на прямое вещание — прием публикой на индивидуальные антенны (ст. 3), так и на вторичную ретрансляцию без применения спутника (п. 3 ст. 2). Она регулирует только отношения, связанные со вторичным сигналом — получаемым уже со спутника (т. е. кем-то прежде туда переданным) распространяющим органом (для последующей трансляции публике). Причем предметом охраны являются сами сигналы, а не их содержание (которое составляет предмет охраны авторских и смежных прав).

Еще одним шагом в развитии регулирования спутникового вещания стала *Директива ЕЭС от 27 сентября 1993г.* (региональный документ) «*О согласовании определенных правил, относящихся к авторскому праву и смежным правам, при осуществлении спутникового вещания и ретрансляции по кабелю*». Директива распространяется как на случаи, которые охвачены Брюссельской конвенцией, так и на случаи прямого приема программ публикой; коллизийный вопрос решается по образцу Брюссельской конвенции. Устанавливая в целом лишь минимум охраны, Директива (в отличие от Брюссельской конвенции), предоставляет авторам исключительное право разрешать публичное сообщение произведений посредством спутника, а также подтверждает закрепленные более ранними европейскими региональными соглашениями права субъектов смежных прав.

Договором по исполнениям и фонограммам (ст. 2 (f)) передача для приема иностранной публикой, осуществляемая через спутник, приравнивается к эфирному вещанию. Передача зашифрованных сигналов тоже рассматривается как эфирное вещание, если иностранная публика (иностранная относительно спутника и тем самым — сигнала) обеспечивается средствами дешифровки самими вещательными организациями или с их согласия.

Можно подвести итог рассмотренной теме. Существующие сегодня в области трансграничных смежных прав международные соглашения, устанавливая определенный уровень охраны, тем не менее во многом отличаются друг от друга и объемом предоставляемых прав, и даже субъектами охраны. Регулирование трансграничных смежных прав в конечном итоге зависит от каждого конкретного государства: от его участия в тех или иных международных договорах и от соответствующего этим договорам внутреннего законодательства. Таким образом, возможно констатировать необходимость дальнейшего развития и унификации института трансграничных смежных прав.

Дополнительная литература

Липчик Д. Авторское право и смежные права. М., 2002.

Матвеев Ю. Г. Международная охрана авторских прав. М., 2000
(переиздание 1987 г.).

Мэгс П. Б., Сергеев А. П. Интеллектуальная собственность. М., 2000.

Глава 21

МЕЖДУНАРОДНОЕ ПРАВО ПРОМЫШЛЕННОЙ СОБСТВЕННОСТИ

Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г.; Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г. и Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков 1989 г.; Договор о патентной кооперации (РСТ) 1970 г.; Договор о регистрации товарных знаков 1973 г.; Договор о законах по товарным знакам (ТЛТ) 1994 г.; Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г.; Договор о патентном праве 2000 г.; Евразийская патентная конвенция 1994 г.; часть четвертая Гражданского кодекса Российской Федерации

21.1. Международно-правовые источники и основы охраны промышленной собственности

Основными международными соглашениями в сфере охраны международного права промышленной собственности являются:

– *Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г.* — исторически первый документ в рассматриваемой сфере, предусмотревший основы охраны интеллектуальной, в том числе промышленной, собственности;

– *Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г. и Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков 1989 г.*; первый договор ввел для товарных знаков и знаков обслуживания систему международной регистрации, второй — внес дополнительные элементы в международную регистрацию знаков и вместе с Мадридским соглашением составил так называемую Мадридскую систему регистрации знаков;

– *Договор о патентной кооперации (РСТ¹) 1970 г.* — соглашение о рационализации процедуры зарубежного патентования, предусмотревшее две стадии процесса получения патента (международную и национальную);

– *Договор о регистрации товарных знаков 1973 г.*, создавший систему международной регистрации для товарных знаков;

¹ Аббревиатура от англ. «Patent Cooperation Treaty».

– *Договор о законах по товарным знакам (ТЛТ) 1994 г.*, предусмотревший для государств-участников унификацию процедуры регистрации товарных знаков;

– *Соглашение о торговых аспектах прав интеллектуальной собственности 1994 г.* (Соглашение ТРИПС)¹. Соглашение регулирует вопрос о судебных, административных и таможенных мерах в сфере торговли объектами интеллектуальной собственности, а также устанавливает требования к законодательству по интеллектуальной собственности для стран, желающих вступить во Всемирную торговую организацию;

– *Договор о патентном праве 2000 г.*, разработанный с целью унификации правил получения патентной охраны в разных странах мира.

Помимо универсальных договоров, для государств в сфере трансграничной охраны промышленной собственности имеют значение региональные и двусторонние соглашения. Для России наиболее важным региональным документом является *Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г.*

Внутренним важнейшим источником, регулирующим в том числе трансграничные отношения по поводу промышленной собственности, для России является вступившая в силу 1 января 2008 г. *часть четвертая Гражданского кодекса РФ*.

К объектам международной охраны промышленной собственности относятся изобретения, полезные модели, промышленные образцы, товарные знаки, знаки обслуживания, фирменные наименования, указания происхождения, наименования происхождения, пресечение недобросовестной конкуренции. Термин «промышленная собственность» понимается весьма широко и распространяется не только на промышленность и торговлю в буквальном смысле этого слова, но и на области сельскохозяйственного производства, добывающей промышленности, а также на все продукты промышленного или природного происхождения (вино, зерно, табачный лист, фрукты, скот, ископаемые, минеральные воды, пиво, цветы, мука и др.).

По характеру регулируемых отношений исключительные права промышленной собственности могут подразделяться на две основные группы: 1) права, *связанные с созданием* материальных объектов (право на изобретение, полезную модель, промышленный образец); 2) права, *связанные с реализацией* созданных материальных объектов (средства индивидуализации: право на товарный знак, фирменное наименование, знак обслуживания², указание места происхождения товара, пресечение недобросовестной конкуренции).

¹ Аббревиатура от английского названия документа: Agreement on Trade-Related of Intellectual Property Rights.

² Далее в тексте товарные знаки и знаки обслуживания будут обозначаться общим термином «знаки».

Особенности международно-правовой охраны промышленной собственности более жестко выражены, чем в других институтах права интеллектуальной собственности: а) строго *территориальный характер* охраны правообладателей; б) обязательное для предоставления охраны *соблюдение формальностей* субъектами права (тогда как авторские права возникают в силу самого факта создания произведения).

Так, право на изобретение или товарный знак, возникшее в одном государстве, действует и охраняется только в пределах этого государства; для того чтобы обеспечить правовую охрану в иностранных государствах, правообладателю необходимо пройти процедуры регистрации в каждом из этих государств и получить охранные документы.

В некоторых государствах для приобретения прав на объект промышленной собственности необходимо его правомерное использование на практике в течение определенного времени, тогда как процедура регистрации является вторичной или даже отсутствует. В таком случае охрана предоставляется знаку на территории государства, где он правомерно используется. Так, в соответствии с законодательством США охраняются только используемые в торговле товарные знаки и знаки обслуживания и только в случае «полноценного» (не преследующего лишь цель получения права на знак) использования¹.

Территориальный характер охраны объектов в рассматриваемой сфере (по сравнению с международным авторским правом) ведет в некоторых случаях к дополнительным сложностям: поскольку для получения охраны в отношении ряда объектов промышленной собственности (изобретения, промышленные образцы, полезные модели и др.) национальным законодательством большинства государств выдвигается требование мировой новизны, правообладатель, получив регистрацию своего интеллектуального продукта и утратив в силу этого его новизну в одном государстве, может оказаться в ситуации, когда в другом государстве получит отказ в отношении охраны своего объекта именно потому, что новизна, требуемая для регистрации, уже отсутствует.

Для иных объектов охраны международного права промышленной собственности территориальность может влиять иначе: одинаковые товарные знаки беспрепятственно могут быть зарегистрированы в разных государствах разными правообладателями, и такая ситуация может впоследствии негативно проявиться в международных экономических отношениях (конкуренция одинаковых знаков на общем для них рынке).

¹ См.: Barrett M. Intellectual Property (Third Edition). Emanuel Publishing Corp. 2000. P. 109.

Преодоление этих проблем, а также облегчение формальных процедур и установление некоторых льгот для правообладателей при зарубежном патентовании и регистрации объектов промышленной собственности возможны, только если это предусматривается специальными международными соглашениями, основные из которых рассмотрены далее.

Парижская конвенция по охране промышленной собственности от 20 марта 1883 г. — исторически первый международный документ в рассматриваемой сфере, а также базовый документ, закрепивший основы правовой охраны трансграничных отношений по промышленной собственности и создавший Союз по охране промышленной собственности (ст. 1)¹. Конвенция претерпела несколько редакций, основной из которых является редакция Стокгольмского акта 1967 г.; в настоящее время в Конвенции участвует более 160 государств.

Парижская конвенция не устраняет территориальный характер охраны объектов промышленной собственности, не создает единой системы регистрации этих объектов. Напротив, в ней установлен принцип *независимости регистрации и охраняемых документов*, означающий, что в разных государствах мира права на объекты промышленной собственности (регистрация, ее отмена или признание недействительной) существуют самостоятельно, вне зависимости и влияния друг на друга. Так, для того чтобы права на запатентованный объект или знак, охраняемые в одном государстве, возникли и в другом государстве, объект должен пройти полную процедуру регистрации в этом государстве в соответствии с его внутренним законодательством (п. 1 ст. 4 bis и п. 1 ст. 6 Парижской конвенции). Вместе с тем отказ в охране объекта, как и любые иные действия, в одном из государств Союза не означает автоматического отказа в охране этого объекта в других государствах.

В то же время Конвенцией создан правовой каркас охраны промышленной собственности, который включает как базовые правила охраны (национальный режим и правила о приоритетах), так и правила охраны для отдельных объектов промышленной собственности.

Эти правила будут рассмотрены в параграфах, посвященных охране конкретных объектов права промышленной собственности. Также Конвенция включает нормы материального права, содержащие обязательства государств об имплементации и нормы, определяющие административные рамки действия Конвенции.

Правило о *национальном режиме*, закрепленное в ст. 2 Конвенции, исключает требование взаимности и применяется без ущерба правам, установленным самой Конвенцией. Оно означает, что: *во-первых*, гражданам любого государства-участника каждое государство — участник

¹ Россия участвует в Конвенции как правопреемник СССР с 1965 г.

Конвенция предоставляет такую же охрану, которая предоставляется в настоящее время или будет предоставлена впоследствии собственным гражданам; *во-вторых*, гражданам государств, не являющихся участниками Конвенции, предоставляется охрана, если они имеют местожительства или «действительное и серьезное» промышленное или торговое предприятие в каком-либо государстве-участнике; *в-третьих*, обе группы правообладателей могут пользоваться теми же законными средствами защиты от всякого посягательства на их права, что и собственные граждане государств — участников Конвенции.

Гражданский кодекс РФ (п. 1 ст. 1231) закрепляет действие на территории Российской Федерации исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности на основании ГК РФ и международных договоров. Кроме того, уточнено, что гражданское законодательство, регулируя вопросы исключительных прав на результаты интеллектуальной деятельности, применяется к отношениям с участием иностранных граждан, лиц без гражданства и иностранных юридических лиц (если иное не установлено законом) на основе равенства (п. 1 ст. 2). Таким образом, российским законодательством установлен национальный режим более широко, чем Парижской конвенцией: для всех иностранных граждан и юридических лиц, включая и тех, кто принадлежит государствам, не связанным с Россией международными договорами.

Право приоритета Конвенцией предусматривается в двух вариантах: приоритет заявки и выставочный приоритет.

Приоритет заявки означает, что лицо, первым представившее заявку по поводу регистрации объекта права промышленной собственности в одном из государств-участников, может в течение определенного срока (6 месяцев — для промышленных образцов и знаков, 12 месяцев — для изобретений и полезных моделей) испрашивать охрану по этой заявке в других государствах — участниках Конвенции. Первично поданная заявка приоритетна по отношению ко всем другим заявкам третьих лиц, относящимся к этому объекту охраны и поданным после даты подачи первичной заявки в любом государстве Парижского союза; и хотя приоритет относится только к первой заявке и на один и тот же объект охраны, при необходимости возможно изменить вид объекта (например, изобретение на промышленный образец) в заявке, причем приоритет заявки будет сохранен как в этом случае, так и в случае если сама заявка будет отозвана.

Лицо, желающее получить конвенционный приоритет, обязано выполнить формальные требования, исчерпывающий перечень которых установлен в п. D ст. 4 Парижской конвенции.

Так, в случае если лицо обратилось в одно из государств Союза с заявкой первым и испросило конвенционный приоритет в другом государстве, где находится в рассмотрении или уже удовлетворена поданная позже заявка другого лица на тот же объект, такая ситуация по Парижской конвенции решается в пользу лица, которое подало заявку первым и испросило конвенционный приоритет (п. В/3 ст. 4).

В соответствии с правилом Парижской конвенции о приоритете находится ГК РФ: ст. 1382 подтверждает действие конвенционного приоритета в отношении изобретения, полезной модели и промышленного образца; ст. 1495 — в отношении товарного знака.

Выставочный приоритет означает, что отсчет срока приоритета регистрации объектов промышленной собственности может вестись от даты помещения экспонируемого интеллектуального продукта на выставку при условии, что выставка является международной, официальной или официально признанной и организована на территории одного из государств Союза (п. 2 ст. 11). Государства-участники в соответствии с Конвенцией обязаны обеспечивать временную охрану изобретений, полезных моделей, промышленных образцов и товарных знаков в отношении товаров, экспонируемых на официальных выставках, «в соответствии со своим внутренним законодательством». Таким образом, рассматриваемая норма является коллизионной и по вопросу об уровне охраны отсылает к национальному праву того государства, где испрашивается охрана.

21.2. Международно-правовая охрана прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы

Для удобства изучения в параграфе объединены сведения об объектах права промышленной собственности, охрана которых, как правило, осуществляется на основе патентов (изобретения, полезные модели и промышленные образцы). *Основные правила охраны этих объектов закреплены в Парижской конвенции.*

Во-первых, изобретатель имеет право быть названным в патенте на изобретение (ст. 4 ter) — так закрепляется его неимущественное право на имя.

Во-вторых, ограничение в обороте объектов права промышленной собственности в конкретном государстве не влияет на их патентоспособность. То есть в выдаче патента не может быть отказано и патент не может быть признан недействительным на основании того, что запатентованный или изготовленный запатентованным способом продукт ограничен в обороте на территории государства-участника (ст. 4 quarter).

Однако действие этой нормы, безусловно, ограничивается публичным порядком государств. В частности, ст. 1349 ГК РФ содержит правило, в соответствии с которым объектами патентных прав не могут быть решения, противоречащие общественным интересам, принципам гуманности и морали.

В-третьих, с целью предотвратить злоупотребления патентообладателем своими исключительными правами, в частности неиспользование изобретения (п. 2, ст. 5/A), в Конвенции предусмотрено право государств принимать необходимые меры для предотвращения таких злоупотреблений. К ним относятся *выдача третьим лицам принудительных лицензий* на использование охраняемого объекта, *лишение патента* и др.

Порядок выдачи *принудительных лицензий* государства-участники могут предусмотреть в своем внутреннем законодательстве (п. 4 ст. 5/A), но при условии обязательного соблюдения следующих конвенционных правил: а) принудительная лицензия не может быть потребована до истечения срока в четыре года, считая с даты подачи заявки на патент, или трех лет с даты выдачи патента, причем должен применяться срок, который истекает позднее; б) в выдаче принудительной лицензии должно быть отказано, если патентообладатель докажет, что его бездействие было обусловлено уважительными причинами; в) принудительная лицензия неисклнучительна и может передаваться даже в форме выдачи сублицензии, но лишь вместе с частью промышленного или торгового предприятия, использующего эту лицензию.

Государства могут предусмотреть выдачу принудительных лицензий и в связи с другими причинами, например обусловленными государственными интересами, такими как: борьба с высокими ценами, необоснованными договорными условиями или в интересах беспрепятственного технического прогресса в отношении зависимых патентов (если изобретение не может использоваться без применения более раннего, патентом на которое владеет другое лицо).

Лишение прав на патент (кроме патентов на промышленные образцы — ст. 5/B) может быть предусмотрено национальным законодательством (п. 3 ст. 5) с соблюдением следующих конвенционных правил: а) лишь в случае когда выдача принудительных лицензий оказалась недостаточной для предотвращения злоупотреблений правообладателем; б) не ранее истечения двух лет с момента выдачи первой принудительной лицензии.

Допустимость предусмотренных Конвенцией мер свидетельствует о том, что использование запатентованного объекта не только право, но и обязанность патентообладателя: патент, охраняя права изобре-

тателя, в то же время не должен стать преградой для использования изобретения в стране или средством монополизации ввоза запатентованных объектов. То есть патент не может служить инструментом злоупотребления правом (в частности, таким злоупотреблением, когда разработка патентуется исключительно с целью помешать третьим лицам ею пользоваться).

В США существует острая проблема так называемых патентных троллей — компаний, которые регистрируют права на приобретенные или собственные технологии, но не применяют их в бизнесе, а лишь стараются через суд получить деньги с тех, кто, формально нарушая патентное право, использует технологии для ведения бизнеса. Штрафы за нарушение чужих патентных прав в США велики, и это делает «охоту за патентами» прибыльным занятием.

Так, в феврале 2007 г. разгорелся крупный патентный скандал в связи с тем, что малоизвестная техасская фирма Texas MP3 Technologies подала иск против таких гигантов индустрии, как Samsung, SanDisk и Apple, обвинив в использовании аудиоустройства, воспроизводящего файлы формата MPEG, и соответственно якобы намеренном нарушении патентных прав. Показательно, что права на зарегистрированный в 1997 г. патент истец приобрел только 15 февраля 2007 г. и уже на следующий день обратился в суд с иском.

В-четвертых, Парижская конвенция предусматривает свободное использование (без согласия правообладателя и компенсации) в одной стране Союза запатентованных в другой стране Союза объектов при наличии следующих условий: если такие объекты: а) являются частью транспортных средств (любых — морских, наземных, воздушных и др.); б) находятся на территории такого государства временно или случайно; в) используются исключительно для нужд транспортного средства (запрещается производство на борту или продажа).

Национальные законодательства государств — участников Парижской конвенции могут устанавливать и иные случаи свободного использования изобретений.

В-пятых, Конвенцией установлено правило «косвенной охраны»: если в страну Союза ввозится продукция, произведенная за рубежом, но способом, запатентованным в стране ввоза, патентообладатель получает в отношении этой продукции все права, которые предоставляются ему внутренним законодательством в соответствии с патентом. Таким образом, действие патента на способ производства Конвенция распространяет и на продукт, полученный этим способом.

Патентная система по Парижской конвенции, как видно из анализа норм, основывается на подаче отдельных патентных заявок в каждой стране, где испрашивается патентная охрана, а приоритеты могут испрашиваться в течение сроков, не превышающих 12 месяцев. Такие правила вынуждают заявителя в течение краткого срока подготовить и подать патентные заявки во все страны Союза, в которых он желает получить охрану изобретения, претерпевая при этом ряд сложностей: а) ограничения во времени; б) увеличение затрат (на переводы, услуги патентных поверенных и др.); в) возможный отказ в выдаче патента, так как национальное ведомство каждого государства, где испрашивается охрана, проводит собственную формальную экспертизу.

С целью минимизации этих проблем мировым сообществом были приняты договоры, облегчающие процедуру получения охраны промышленной собственности одновременно в нескольких странах, основным среди которых является *Договор о патентной кооперации (РСТ) 1970 г.*, вступивший в силу в 1978 г. Сегодня участниками договора являются около 120 государств, СССР присоединился в 1978 г.

Договор РСТ распространяется только на охрану изобретений и полезных моделей, фактически он дополняет Парижскую конвенцию и открыт только для государств — участников Парижской конвенции. Следует подчеркнуть, что Договор РСТ не предусматривает выдачу международных (т. е. действующих одновременно во всех государствах-участниках) патентов, являясь в основном соглашением о рационализации и сотрудничестве государств-участников в области зарубежного патентования в отношении: а) подачи патентных заявок; б) поиска и проведения экспертизы; в) распространения содержащейся в заявках технической информации.

Договор РСТ разделил процедуру выдачи патента на две фазы: международную и национальную.

Международная фаза состоит из следующих этапов: 1) заявитель, желающий получить патентную охрану в других государствах-участниках, обращается с единственной (международной) и написанной на одном языке заявкой, в которой указан круг государств, где истребуется охрана, в единственное (получающее) патентное ведомство; 2) получающее патентное ведомство самостоятельно осуществляет ряд последовательных действий: а) проводит формальную экспертизу международной заявки; б) проводит международный поиск и составляет отчет по его результатам (в том числе сравнение с существующим уровнем техники, доведение до сведения заявителя); в) осуществляет централизованную международную публикацию международных заявок и международных отчетов к ним; г) отправляет материалы в указанные в заявке национальные ведомства; д) проводит международную предварительную экспертизу по существу.

Заявителем может быть любой гражданин государства-участника или лицо, проживающее в таком государстве, а также юридическое лицо. К проживанию в государстве приравнивается владение в этом государстве действительным и нефиктивным коммерческим предприятием. Заявитель не обязательно должен быть изобретателем (кроме США).

Международная заявка должна содержать: 1) заявление о процедуре РСТ с указанием государств, в которых испрашивается охрана изобретения; имя и другие сведения о заявителе, изобретателе и его агенте; название изобретения; 2) описание изобретения; 3) один или несколько пунктов формулы изобретения; 4) один или несколько чертежей; 5) реферат (аннотацию).

Международный поиск проводится с целью выявления уровня техники (ст. 15 РСТ). Право проведения международного поиска принадлежит только некоторым ведомствам: Австралии, Австрии,

Китаю, Японии, Корее, России, Испании, Швеции, США и Европейскому патентному ведомству.

Международная предварительная экспертиза является факультативной и проводится по требованию заявителя.

По результатам поиска готовится отчет (подготовка занимает 4–5 месяцев), который не делает выводов о патентоспособности изобретения, но описывает уровень техники в определенной сфере. Заявитель может оценить возможность получения патентов на свое изобретение в интересующих его странах. Если в ходе поиска установлено, что подобное изобретение уже известно из уровня техники, для заявителя может оказаться разумным отозвать заявку или изменить формулу изобретения.

До публикации материалы заявки считаются конфиденциальными и третьи лица не имеют к ним доступа. В каждом из указанных в заявке государств международная публикация имеет такие же последствия, как и национальная публикация национальной заявки, по которой не проводилась экспертиза.

Поскольку правильно оформленная (в соответствии с унифицированными требованиями РСТ) международная заявка с установленной датой международной подачи имеет силу правильно оформленной национальной заявки в каждом из указанных в ней государств (п. 3 ст. 11), заявитель экономит время, деньги, усилия и получает более длительный срок для процедуры регистрации и внесения изменений в заявку.

Национальная фаза подразумевает собственно выдачу патента национальными патентными ведомствами в соответствии с национальным законодательством и процедурами. Она начинается с рассылки международной заявки получающим органом (или представлением заявителем ее копии и перевода) в указанные в заявке ведомства. Национальным

законодательством могут быть предусмотрены требования, выполнение которых обязательно для перевода заявки на национальную фазу: в частности, уплата национальных пошлин или необходимость действовать через местных патентных поверенных. Заявителю предоставляется льготный (30 месяцев от даты приоритета) срок для выполнения всех формальных требований во всех указанных в международной заявке государствах. Решение о выдаче или об отказе в выдаче национального патента принимается каждым национальным ведомством самостоятельно.

Таким образом, процедуру по правилам РСТ можно считать вторым возможным вариантом зарубежного патентования (после самостоятельной национальной процедуры в каждом интересующем государстве по Парижской конвенции), существенно облегчающим этот процесс за счет международной заявки — унифицированного и единого для всех государств-участников механизма начального этапа патентования. Однако, как уже отмечалось, единый патент, который мог бы действовать во всех государствах-участниках, процедура РСТ не предусматривает.

Третьим вариантом зарубежного патентования можно назвать процедуры на основе региональных конвенций, представляющие собой самостоятельные патентные системы. В частности, *Евразийская патентная конвенция от 9 сентября 1994 г.* заключена между государствами — членами СНГ, ее участниками являются 10 государств, в том числе Российской Федерации. Конвенцией учреждена Евразийская патентная организация (ч. 1 ст. 1), основным органом которой является Евразийское патентное ведомство, расположенное в Москве.

В отличие от Парижской конвенции и Соглашения РСТ, а также многих других соглашений регионального характера в рассматриваемой области Евразийская конвенция предусматривает выдачу (в отношении одного объекта — изобретений) *единого (евразийского) патента*¹. Его правовой режим (включая процедуру получения, объем охраны, права и обязанности патентообладателей и др.) не зависит от национального законодательства государств-участников и регулируется положениями Евразийской патентной конвенции и Патентной инструкции к ней.

Евразийский патент без дополнительных условий (т. е. в силу факта его получения) «имеет действие на территории всех Договаривающихся государств» (ч. 11 ст. 15 Конвенции), и поэтому *его следует считать международным, охрана которого будет осуществляться на основе рассматриваемой Конвенции и в соответствии с нормами Парижской конвенции и Договора РСТ, а также в соответствии с национальными нормами государства-участника, где испрашивается охрана.*

¹ Так, в частности, в соответствии с Европейской патентной конвенцией выдается охранный документ, действующий только в тех странах региона, которые указаны заявителем.

Евразийская конвенция действует в сочетании с универсальными договорами (Парижской конвенцией и Договором о патентной кооперации), положения которых имеют приоритет в случае расхождения между ними и Конвенцией.

Кроме того, в ряде случаев в Евразийской конвенции имеются ссылки на конкретные институты права промышленной собственности, регламентированные Парижской конвенцией, в частности: а) принудительные лицензии на использование евразийского патента третьими лицами могут выдаваться в соответствии с Парижской конвенцией (ст. 12); б) право приоритета заявки признается в соответствии с Парижской конвенцией (ст. 8).

Возможность получения евразийского патента не зависит от наличия у заявителя политико-правовой связи (гражданство, место жительства и др.) с государством — участником Конвенции (ч. 1 ст. 7). Право на евразийский патент принадлежит потенциально любому изобретателю или его правопреемнику. Срок действия евразийского патента равен 20 годам.

В отношении служебных произведений право на евразийский патент определяется в соответствии с законодательством государства, в котором служащий имеет основное место службы; если государство, в котором служащий имеет основное место службы, не может быть определено, применяется законодательство того государства, в котором работодатель занимается предпринимательской деятельностью, с которой связан служащий.

Процедура получения евразийского патента (ст. 15) включает следующие этапы: а) подача заявки (через национальное или Евразийское ведомство); б) проверка ведомством информации и проведение поиска по заявке; в) составление отчета и публикация заявки и отчета; г) проведение экспертизы по существу (по ходатайству заявителя); д) принятие решения о выдаче (отказе в выдаче) евразийского патента. Отказ в выдаче патента не препятствует заявителю получить патенты в договаривающихся государствах по национальной процедуре путем преобразования евразийской заявки в национальные с сохранением даты подачи и приоритета.

Как следует из анализа документов в сфере охраны изобретений, на сегодняшний день урегулированы лишь некоторые вопросы международной охраны, по многим вопросам эти документы не предлагают унифицированных правил, отсылают к национальному праву того государства, где испрашивается охрана. Поскольку внутреннее законодательство каждого государства специфично, с целью добиться большей унификации и гармонизации в рассматриваемой сфере был принят *Договор о патентном праве от 1 июня 2000 г.*¹

¹ Россия в Договоре не участвует.

Договор разработан с целью упростить и повысить эффективность и экономичность уже существующих международных механизмов получения патентной охраны в разных странах мира. Он содержит, в частности, положения: по урегулированию порядка установления даты подачи заявки; установлению требований к форме и содержанию заявки; предоставлению заявителю возможности подать заявку в электронной форме; разрешению вопроса о представительстве перед патентным ведомством; о действительности и аннулировании патента и др.

Таким образом, в Договоре установлены минимальные стандарты, которым должно соответствовать законодательство договаривающихся государств. Отступление государствами-участниками от этих стандартов допускается только в случае установления более благоприятных для заявителей (патентообладателей) правил.

21.3. Международно-правовая охрана прав на средства индивидуализации

Товарные знаки, знаки обслуживания, наименования мест происхождения товаров, фирменные наименования принято называть средствами индивидуализации участников гражданского оборота соответственно в отношении товаров, работ, услуг. Информация о средствах индивидуализации и пресечении недобросовестной конкуренции для удобства изучения обобщена в этом параграфе.

Парижская конвенция по охране промышленной собственности 1883 г., закрепившая охрану этих объектов, не содержит дефиниций, раскрывающих их содержание, оставляя это на усмотрение государств-участников. Однако Конвенция закрепила ряд институтов по охране этих объектов.

К охране **товарных знаков** относятся следующие институты.

Во-первых, институт *охраны общеизвестных знаков без специальной регистрации*. Так, государства-участники обязались «отклонять или признавать недействительной регистрацию и запрещать применение товарного знака, представляющего собой воспроизведение, имитацию или перевод другого знака, способные вызвать смешение со знаком, который по определению компетентного органа страны регистрации или страны применения уже является в этой стране общеизвестным» (ст. 6 bis). Таким образом, охране подлежит общеизвестный знак, даже если он не зарегистрирован и не применяется в стране; запрещена регистрация знака, который вызывает смешение с общеизвестным, т. е. охрана происходит в силу «репутации» знака.

В ст. 1508 ГК РФ регламентирована правовая охрана общеизвестного товарного знака, в качестве его разновидности выделяется «товарный знак, охраняемый на территории РФ без регистрации

в соответствии с международным договором». Правила признания знака общеизвестным регулируются подзаконным актом (приказом Роспатента).

Во-вторых, институт *оснований, по которым может быть отказано в регистрации знака либо регистрация может быть признана недействительной* (ст. 6 тер и п. «В» ст. 6 *quinquies*). Основания представляют собой исчерпывающий перечень:

а) регистрация без разрешения компетентных властей в качестве товарных знаков или их элементов гербов, флагов и других государственных эмблем стран Союза, введенных ими официальных знаков и клейм контроля и гарантии, всякое подражание этому с точки зрения геральдики, а также использование отличительных знаков определенных международных организаций.

Курьезный случай произошел в марте 2007 г.: правящая партия Боливии «Движение к социализму» потребовала от американской компании Соса-Сола убрать слово «Соса» из своего товарного знака в связи с тем, что «Движение к социализму» добивается изображение листа коки на государственном гербе Боливии, размещающемся в центре национального флага. Предложение не нашло понимания в компании Соса-Сола;

б) если знаки могут затронуть права, приобретенные третьими лицами в стране, где испрашивается охрана;

в) если знаки лишены каких-либо отличительных признаков или составлены исключительно из знаков или указаний, служащих в торговле для обозначения вида, качества, количества, назначения, стоимости, места происхождения продуктов или времени их изготовления либо ставших общепринятыми в обиходном языке или в добросовестных и устоявшихся торговых обычаях страны, где испрашивается охрана.

Германская фирма «Байер» обладает патентом на изобретение формулы аспирина, однако на территории России она не смогла зарегистрировать слово «аспирин» в качестве товарного знака своей продукции, поскольку это слово является общепринятым в обиходном языке россиян;

г) если знаки противоречат морали или публичному порядку, и если они могут ввести в заблуждение общественность.

Компания Соса-Сола не смогла пользоваться в Таиланде зарегистрированным в других странах слоганом «Соса добавит жизни», поскольку в буквальном переводе на тайский язык этот слоган зву-

чал, как «Соса вернет ваших предков из царства мертвых» и соответственно противоречил публичной морали;

д) если использование знака представляет собой акт недобросовестной конкуренции.

В 1992 г. производитель паштетов бельгийская компания Mortier Catering N. V. начала импортировать в Россию паштеты. Тогда компания не задумывалась о регистрации товарного знака в России, поскольку российский рынок считался рискованным. В результате товарный знак Mortier, как и многие бренды крупных и средних иностранных производителей, был зарегистрирован российской компанией: по данным Роспатента, регистрацию получило в 1999 г. ЗАО «Элберт», а в 2003 г. знак сменил хозяина. В это же время Mortier Catering N. V. решила выйти на российский рынок по договору франчайзинга и обнаружила «двойника». Переговоры с обладателем знака в России не дали результата, поскольку он инвестировал в организацию производства и продвижение марки Mortier в России более 1 млн долл. и считал регистрацию знака законной. В 2004 г. бельгийская компания обратилась в Федеральную антимонопольную службу с требованием признать регистрацию товарного знака актом недобросовестной конкуренции.

В-третьих, в Конвенции содержится институт *обязательного использования* зарегистрированных товарных знаков и закрепляется возможность удаления неиспользуемых товарных знаков из реестра по «истечении справедливого срока», если правообладатель не оправдает отсутствие действий по использованию.

Осенью 1997 г. американская компания Starbucks Coffee зарегистрировала в Роспатенте товарный знак Starbucks Coffee по трем классам: 32 (минеральные и фруктовые напитки), 42 (услуги ресторанов и кафе), 30 (кофе и кофейные напитки). В апреле 2004 г. Палата по патентным спорам признала недействительной регистрацию товарного знака Starbucks Coffee по 32-му и 42-му классам в связи с его длительным неиспользованием. Однако американской компании удалось доказать, что они не использовали оспариваемый знак по 30-му классу в РФ лишь из-за неблагоприятной экономической конъюнктуры в этом сегменте рынка, и регистрация не была отменена.

В-четвертых, институт *совладения товарными знаками*, которое возможно для идентичных или сходных товаров, если это не противоречит публичным интересам государства и не вводит в заблуждение потребителя (например, из-за различия в качестве товаров).

В-пятых, институт *независимости товарных знаков* в различных странах Союза, означающий, что вне зависимости от происхождения знака, регистрация которого испрашивается, при определении условий подачи заявки и регистрации знака страна Союза применяет только свое внутреннее законодательство.

В-шестых, институт *передачи товарных знаков* (ст. 6 quarter), устанавливающий достаточность (действительность) передачи товарного знака, в случае если часть промышленного или торгового предприятия, расположенного в этой стране, была передана приобретателю вместе с исключительным правом изготовления или продажи там продуктов, снабженных переданным знаком.

В-седьмых, институт *невозможности запрета на регистрацию товарного знака* (ст. 7) из-за характера производимых товаров (в частности, ограничения в фармакологической деятельности не дают оснований отказать в регистрации товарного знака).

Эти и другие институты охраны товарных знаков закреплены в материально-правовых нормах Парижской конвенции и представляют собой основу и начало международной унификации правового регулирования товарных знаков.

В Конвенции отражены основы регулирования и других объектов охраны, относящихся к средствам индивидуализации: знаков обслуживания и фирменных наименований, указаний происхождения.

Так, в отношении *знаков обслуживания* (знаков, используемых предприятиями, оказывающими услуги) регистрация не требуется (ст. 6 sexes). Конвенция не обязывает государства-участники выделять знаки обслуживания как отдельный объект охраны во внутреннем законодательстве. В таком случае охрана может осуществляться при помощи других правовых механизмов, например защиты от недобросовестной конкуренции.

Фирменные наименования (ст. 8) в соответствии с Конвенцией должны охраняться во всех странах Союза без обязательной подачи заявки или регистрации независимо от того, являются они частью товарного знака или нет (экстерриториальный характер). Определение этого понятия и способ охраны остаются на усмотрение национального законодательства государств-участников.

В п. 4 ст. 54 ГК РФ установлено, что юридическое лицо имеет исключительное право на использование фирменного наименования только в том случае, если оно зарегистрировано в установленном законом порядке. Эта норма российского гражданского права будет применяться к собственным и иностранным лицам, не подпадающим под охрану Парижской конвенции. К лицам других государств-участников в соответствии с приоритетом международных договоров будет применяться норма Конвенции.

Указания происхождения тоже охраняются Конвенцией и в общем охватывают любое прямое или косвенное использование ложных указаний о происхождении товаров (включая наименование места происхождения) или личности изготовителя, промышленника или торговца (ст. 10). От государств-участников требуется (по аналогии с незаконным товарным знаком или фирменным наименованием — ст. 9): а) налагать арест на товары, маркированные ложными указаниями (кроме транзитного провоза); б) запрещать ввоз таких товаров, если арест не предусмотрен национальным законодательством; в) применять любые другие меры (при невозможности по закону ареста товаров или запрета их ввоза), которыми закон этой страны обеспечил бы в таком случае права собственных граждан.

Термины «указание происхождения на товарах» (*indications of goods*) и «наименование места происхождения товара» (*appellations of origin*) соотносятся как родовой и видовой. Как уже указывалось, поместить указание происхождения на товаре означает предоставить правильную (честную) информацию о месте его происхождения, о его изготовителе и продавце (Мадридское соглашение о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения на товарах 1891 г.¹, Россия не участвует).

Наименование места происхождения товара — более узкое и специфичное понятие, которое представляет собой «географическое название страны, региона или местности, используемое для обозначения происхождения отсюда продукта, качества и свойства которого обусловлены исключительно или преимущественно географической средой, включая естественные и природные факторы» (ст. 2 Лиссабонского соглашения об охране наименований мест происхождения товаров и их международной регистрации 1958 г.², Россия не участвует). Таким образом, в случае указания наименования места происхождения товара также обозначается правильная информация о происхождении товара, но главная цель этого не в том, чтобы назвать место, где товар произведен, но обратить внимание на наличие у товара особых свойств, обусловленных именно географическим местом его происхождения.

Так, название «пармеджано реджано» (пармезан) может употребляться только в отношении сыра, произведенного в итальянском

¹ Соглашение закрепляет обязанность государств налагать при ввозе арест на всякое изделие, снабженное ложным или неправильным обозначением, указывающим в качестве страны или места происхождения этого изделия какую-либо из стран-участниц, или место, расположенное в такой стране.

² Соглашение устанавливает систему международной регистрации наименований мест происхождения товаров, сходную с Мадридской системой международной регистрации товарных знаков. Орган, осуществляющий международную регистрацию, — Международное бюро ВОИС.

регионе Эмилия-Романья с негласной столицей в Парме. Интересно, что по абсолютно идентичному рецепту в Ломбардии производят сыр, который носит название «грано падано». Эмилия-Романья и Ломбардия разделены всего лишь рекой, а приготовленные одним и тем же способом сыры тем не менее имеют различия во вкусе, целиком зависящем от травы, которой питаются коровы: на северной стороне реки (в Ломбардии) своеобразный состав травы придает сыру «грано падано» очень легкий ореховый привкус, а на южной стороне (Парма) сыр «пармезан» получается с более насыщенным и соленым вкусом. Таким образом, название «пармеджано реджано» является не только указанием места происхождения товара, но и наименованием места его происхождения, поскольку географическое название в этом наименовании свидетельствует именно об особых свойствах сыра.

Пресечение недобросовестной конкуренции в Конвенции также определено в качестве объекта охраны промышленной собственности (ст. 2), хотя этот объект и выбивается из общей логики (не является продуктом интеллектуального труда) и скорее относится не к объектам охраны, а к мерам защиты прав промышленной собственности. Недобросовестной конкуренции, т. е. любому акту конкуренции, противоречащему честным обычаям в промышленных и торговых делах (п. 2 ст. 10 bis), должна противостоять эффективная защита (п. 1 ст. 10 bis). Способ осуществления защиты в Конвенции не указан и оставлен на усмотрение государств-участников, но приведены типичные примеры актов недобросовестной конкуренции, которые, в частности, подлежат запрету (п. 3 ст. 10 bis)¹:

1) все действия, которые вызывают смешение каким бы то ни было способом в отношении предприятия, продуктов или промышленной или торговой деятельности конкурента (не только знаки, но стиль и оформление, упаковка, использование соответствующих рынков сбыта, пунктов распространения, вида рекламы и др.);

2) ложные утверждения при осуществлении коммерческой деятельности, которые носят характер, способный дискредитировать предприятие, продукты или промышленную или торговую деятельность конкурента (дискредитацию и клевету Конвенция не разграничивает, критерии разграничения следует искать в национальном законодательстве);

3) указания и утверждения, способные ввести общественность в заблуждение относительно характера, способа изготовления, свойств, пригодности к применению или количества товаров.

¹ В России меры по борьбе с недобросовестной конкуренцией определены в Федеральном законе от 26 июля 2006 г. «О защите конкуренции» // СПС ГАРАНТ Платформа F1.

В 1996 г. американская компания Pepsi Cola представила новый дизайн банок для своего напитка: банки были ярко-синими. Через два месяца работающая на этом же рынке сбыта компания по производству газированных напитков Virgin Cola объявила, что «в интересах безопасности потребителей начато производство банок для напитка по новой технологии»: когда срок годности продукта истекает, напиток вступает в химическую реакцию с металлом банки, в результате чего банка окрашивается в ярко-синий цвет. Компания призывала покупателей полностью воздержаться от приобретения напитков в синих банках. Таким образом, на качество продукции Pepsi в синих банках было брошено подозрение, не соответствующее действительности. Ситуацию можно рассмотреть как акт недобросовестной конкуренции, тем более что у Virgin Cola не существовало заявленной технологии по производству банок, а у Pepsi упали продажи.

Конвенцией предписана обязанность государств-участников обеспечить гражданам других стран Союза правовые средства для эффективного пресечения недобросовестной конкуренции (ст. 10 ter).

Парижская конвенция установила основы международной охраны средств индивидуализации, но (как и в отношении патентуемых объектов) не создала системы международной регистрации охраняемых объектов и сохранила территориальный характер прав на средства индивидуализации: участники международного экономического оборота должны обращаться с заявками в каждую страну Парижского союза в соответствии с национальными правовыми процедурами этих стран, что достаточно обременительно и дорого.

Необходимо было создать систему международной регистрации, при которой единая заявка, рассмотренная по единой процедуре, приводила к предоставлению знаку охраны одновременно в нескольких государствах. В настоящее время такую систему составляют универсальные международные договоры: *Мадридское соглашение о международной регистрации знаков от 14 апреля 1891 г.*, *Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков от 28 июня 1989 г.*, *Договор о регистрации товарных знаков от 12 июня 1973 г.*

Мадридское соглашение о международной регистрации знаков 1891 г. многократно пересматривалось (основной является редакция Стокгольмского акта 1967 г.), объединяет около 60 участников, Россия участвует (как правопреемник) с 1976 г. В 1989 г. был принят Протокол к Мадридскому соглашению.

Мадридское соглашение ввело для товарных знаков и знаков обслуживания международную регистрацию в Международном бюро ВОИС, которая автоматически распространяется на все страны-участницы, кроме сделавших специальное заявление о территориальном ограничении (ст. 3 bis). На такие страны охрана будет распространяться лишь

в случае специального указания на них в заявке владельцем знака при регистрации знака (ст. 3 *ter*). В стране происхождения международная регистрация не имеет действия (действует национальная регистрация).

Заявитель должен быть гражданином одного из договаривающихся государств либо иметь место жительства или действительное и нефиктивное промышленное или торговое предприятие на территории одного из договаривающихся государств (п. 2 ст. 1).

Знаку, получившему международную регистрацию, предоставляется в каждой из заинтересованных стран такая же охрана, как если бы он был заявлен непосредственно в этих странах (п. 1 ст. 4). Таким образом, по вопросу об объеме охраны знаков Мадридское соглашение опирается на отсылку к праву того государства, где охрана испрашивается, и обязывает государства-участники предоставлять иностранным правообладателям национальный режим.

В Соглашении закреплён ряд материально-правовых норм, обеспечивающих для заявителя следующие преимущества: ему необходимо соблюдать только один перечень формальных требований Международного бюро ВОИС (требования к форме заявки на международную регистрацию установлены Общей инструкцией, прилагающейся к Соглашению), заявка подается на одном языке (французский), пошлины уплачиваются один раз в Международное бюро, срок действия охраны по международной заявке составляет 20 лет во всех странах (ст. 6) и может быть продлен каждый раз на 20 лет (ст. 7). Кроме того, у владельца международной регистрации возникает право приоритета (п. 2 ст. 4), отсчет которого может осуществляться не от даты международной регистрации, а от даты подачи первой национальной заявки (при условии, что с момента подачи первой правильно оформленной заявки до момента регистрации прошло не более шести месяцев).

Для получения международной регистрации заявитель должен изначально зарегистрировать свой знак на национальном уровне в национальном или региональном (в некоторых случаях) ведомстве по товарным знакам страны происхождения, и только после этого он может подать заявку на международную регистрацию через это же национальное (региональное) ведомство (п. 1 ст. 1). Национальное ведомство проверяет и удостоверяет, что знак в том виде, в каком он содержится в заявке на международную регистрацию, внесен в национальный реестр товарных знаков на имя заявителя и что товары (услуги), перечисленные в международной заявке, охватываются национальной регистрацией. После этого заявку отправляют в Международное бюро ВОИС.

Международным бюро осуществляется публикация международной заявки, и об этом сообщается указанным в заявке государствам (п. 4 ст. 3). Каждое такое государство в течение года имеет право заявить, что не может предоставить охрану знака на своей территории, указав при этом основания такого решения (ст. 5). Таким образом,

международная регистрация остается зависимой от законодательства каждой страны, в которой потенциально имеет действие, особенно в сфере экспертизы, которая является обязательной в соответствии с законодательством многих стран.

Кроме того, охрана, возникающая в силу международной регистрации знака, является зависимой и от факта наличия охраны знака в стране происхождения (в течение 5 лет, считая от даты международной регистрации). Это означает, что если в течение этого срока знак перестает пользоваться национальной охраной, международная охрана также уже не может испрашиваться ни в одной из заинтересованных стран (п. 3 ст. 6). По истечении 5 лет от даты международной регистрации эта регистрация становится независимой от национального знака (п. 2 ст. 6).

Мадридское соглашение существенно улучшило ситуацию для правообладателей, желающих зарегистрировать свой знак в нескольких странах, однако не все страны, являющиеся признанными лидерами в области товарных знаков (в частности, США, Великобритания, Япония), в нем приняли участие.

Продолжением процесса разработки такой системы регистрации знаков, где были бы учтены интересы большего количества государств, стал *Протокол к Мадридскому соглашению о международной регистрации знаков 1989 г.* В Протоколе участвует более 70 стран, Российская Федерация участвует с 1997 г.

Важно подчеркнуть, что Протокол не является дополнением или поправками к самому Мадридскому соглашению. Оба документа представляют собой самостоятельные источники права промышленной собственности; Протокол привнес в систему международной регистрации знаков новые элементы и изменения, но на основе уже существующего Мадридского соглашения, не меняя существенно сути системы регистрации знаков, а как бы адаптируя ее и создавая возможность присоединения к системе большего количества стран.

Основными адаптируемыми нововведениями, которые ввел в Мадридскую систему регистрации знаков Протокол, являются: 1) распространение охраны знака на конкретные государства перестало быть автоматическим и стало связываться только с указанными в заявлении заинтересованного лица государствами (ст. 3 bis); 2) возникла возможность подавать заявки на международную регистрацию не только на основе уже состоявшихся национальных регистраций, но и на основе национальных заявок; 3) государствам-участникам продлен срок, в течение которого может быть вынесено решение об отказе в предоставлении охраны знаку (18 месяцев вместо 1 года) и установлен более длительный срок в случае оспаривания заявителем такого отказа; 4) государствам-участникам разрешено устанавливать более высокие суммы пошлин; 5) заявителям предоставлена возможность преобразования аннулированной международной регистрации в националь-

ные (региональные) заявки с сохранением даты подачи и приоритета международной регистрации; 6) добавлена возможность подавать заявку на английском (в дополнение к французскому) языке; 7) установлен меньший срок охраны знака (10 лет по ст. 6 и 7).

Предусмотрено, что отношения между двумя государствами, являющимися участниками и Мадридского соглашения, и Протокола к Мадридскому соглашению, регулируются нормами Соглашения. Положения Протокола будут регулировать отношения между сторонами только в том случае, если как минимум одна из них является участницей Протокола, но не является участницей Соглашения (ст. 9 *sexies*). Общее значительное число государств — участников Мадридской системы в целом сегодня подтверждает как актуальность самой системы международной регистрации знаков, так и эффективность Протокола к Мадридскому соглашению, способствовавшего расширению круга государств — участников системы¹.

Похожая на Мадридскую система международной регистрации знаков создана *Договором о регистрации товарных знаков от 12 июня 1973 г.* Регистрирующим органом здесь тоже является Международное бюро ВОИС.

Отдельные виды знаков (указания происхождения на товарах, наименования места происхождения товаров), как уже упоминалось, охраняются *Мадридским соглашением о пресечении ложных или вводящих в заблуждение указаний происхождения на товарах 1891 г.* и *Лиссабонским соглашением об охране наименований мест происхождения товаров и их международной регистрации 1958 г.*

С целью упрощения и гармонизации административных процедур в отношении национальных заявок и охраны знаков был принят *Договор о законах по товарным знакам (TLT) 1994 г.* Документ распространяется на визуальные обозначения, а также на объемные обозначения для тех стран, которые их принимают к регистрации². В Договоре участвуют около 30 государств, Российская Федерация присоединилась в 1998 г.

Логика этого документа совпадает с логикой ранее рассмотренного Договора о патентном праве. Так, Договором 1994 г. предусмотрена для государств-участников унификация процесса регистрации товарных знаков. Процедура регистрации разделена на три фазы: заявка на регистрацию; изменения после регистрации; продление регистрации.

¹ Государство может участвовать в Соглашении или в Протоколе либо в двух документах одновременно.

² Из регулирования договором исключены: нормы материального национального права, относящиеся к регистрации знаков; коллективные знаки, сертификационные и гарантийные знаки (в разных странах порядок их регистрации сильно различается); голографические знаки и знаки, не воспринимаемые визуально (звуковые, обонятельные и др.).

Для каждой фазы установлен исчерпывающий перечень формальных требований, которые могут быть предъявлены к заявителю в государстве — участнике Договора, что и делает процедуру более понятной и доступной для трансграничных правоотношений.

С целью создания более благоприятных условий для правовой охраны товарных знаков и знаков обслуживания Договор о законах по товарным знакам 1994 г. был пересмотрен. Как результат пересмотра на Дипломатической конференции в Сингапуре 27 марта 2006 г. были приняты Сингапурский договор по законам о товарных знаках и Инструкция к нему (являющаяся неотъемлемой частью). Как и Договор 1994 г., Сингапурский договор направлен на гармонизацию и упрощение национальных и региональных процедур регистрации товарных знаков и затрагивает только вопросы формальных требований и взаимных процессуальных прав и обязанностей государства и заявителя. Основные отличия Сингапурского договора от Договора 1994 г. в том, что он предусматривает: а) защиту тех видов знаков, которые предусмотрены национальным законодательством; б) выбор средств и формы передачи сообщений (в том числе электронных); в) послабления для заявителя (правообладателя) в отношении пропущенных сроков; г) регистрацию, изменение или аннулирование записи о регистрации лицензий в патентном ведомстве договаривающейся стороны; д) применение положений Сингапурского договора в отношениях между сторонами, которые являются членами Договора 1994 г. и Сингапурского договора, и др. Договор 2006 г. в силу не вступил; подписан более чем 45 государствами, в том числе Российской Федерацией.

Помимо классификации и унификации национальных требований административного характера, в отношении трансграничной охраны знаков существуют и другие проблемы, изначально лежащие в основе внутригосударственного регулирования. Регистрация знаков осуществляется для конкретных видов (групп, классов) товаров, что не препятствует регистрации идентичного знака для других товаров. В результате права на идентичные (или сходные до степени смешения) знаки могут принадлежать разным правообладателям не только в разных государствах, но даже в пределах одного государства (последнее — при условии, что знак используется в отношении неоднородных товаров или услуг). Кроме того, национальные классификации товаров и услуг могут существенно различаться, что также осложняет их трансграничную охрану.

Для эффективной охраны знаков в сфере международного частного права необходима унификация классификации. Она была предпринята *Ницким соглашением о международной классификации товаров и услуг для регистрации знаков 1957 г.* Соглашение предусматривало Междуна-

родную классификацию (МКТУ), разделившую товары и услуги на 45 классов (34 — для товаров, 11 — для услуг) и содержащую около 11 тыс. наименований в алфавитном перечне. На основе классификации осуществляется международная (а часто и национальная) регистрация знаков, что облегчает охрану. Сегодня участниками Ниццкого соглашения являются около 80 государств, а фактически классификацию используют еще около 70 государств, не участвующих в Соглашении.

21.4. Охрана прав на средства индивидуализации в сети Интернет

Не вызывает сомнения, что средства индивидуализации, используемые в Интернете, подлежат правовой охране на общих основаниях. Однако в существующих международных договорах содержится лишь несколько положений, которые можно применить к трансграничной охране средств индивидуализации именно в цифровых сетях.

Это, *во-первых*, охрана общеизвестных товарных знаков без обязательной регистрации (по Парижской конвенции), дополненная п. 3 ст. 16 Соглашения ТРИПС, отменяющие в совокупности специализацию общеизвестных товарных знаков в ситуации, когда потребителю может быть причинен ущерб из-за введения его в заблуждение относительно производителя товара (услуги). Это положение может облегчить охрану общеизвестных товарных знаков в Интернете.

Во-вторых, важным правилом для охраны знаков является норма о защите от недобросовестной конкуренции (ст. 10 bis Парижской конвенции). Созданный этой нормой правовой механизм в трансграничных отношениях становится для правообладателя дополнительным, а при отсутствии других механизмов — единственным средством защиты в Интернете.

Наиболее актуальной проблемой в рассматриваемой сфере международных частноправовых отношений сегодня является использование средств индивидуализации в сети Интернет в качестве составляющих элементов доменных имен¹.

*Доменное имя*² — адрес ресурса в сети Интернет. Включая в доменное имя конкретное слово (вместо набора нулей и единиц, с которыми работает компьютер), обладатель доменного имени может: а) обеспечить себе комфорт, упростив работу с ресурсом, придав его названию смысловую окраску, более привычную и удобную для человека; б) извлечь еще и коммерческую выгоду, идентифицировав название ресурса с определенным знаком индивидуализации (ориентируясь на который

¹ Помимо правовых проблем, связанных с корреляцией доменных имен со средствами индивидуализации, существует множество вопросов, связанных со сферой промышленной собственности, требующих юридического регулирования. К ним относятся и проблемы охраны патентуемых объектов в цифровых сетях.

² *Domain* (англ.) — область, владение, сфера действия.

заинтересованные в определенных товарах или услугах лица будут выходить на сайт обладателя доменного имени).

Три основные проблемы могут возникнуть из противоречий правовой природы средств индивидуализации, природы Интернета и регистрируемых в Сети доменных имен (часто включающих в себя названия знаков).

1. Регистрация знаков (по общему правилу) независима, в силу чего при определенных обстоятельствах для разных правообладателей в одном или разных государствах возможна регистрация идентичных названий. Но доменное имя уникально, по крайней мере, в пределах конкретной зоны Сети (.ru, .com и др.), т. е. не может повторяться. Это значит, что по объективным причинам не все добросовестные владельцы похожих знаков (в частности, принадлежащие к разным юрисдикциям) могут получить в Интернете имя, соответствующее своему знаку, что является причиной спорных ситуаций о приоритетах и первенстве кого-то из правообладателей.

2. Лицо, не имеющее прав на товарный знак, может зарегистрировать в качестве доменного имени текстовый элемент этого знака (*cybersquatting*). При этом обладатель домена и товарного знака могут относиться к разным государствам, что усложнит их правовые взаимоотношения. Такой захват может быть осуществлен как с целью коммерческой наживы от использования чужого товарного знака, так и без коммерческой цели.

В июле 2000 г. состоялось разбирательство иска немецкой компании Quelle Aktiengesellschaft, специализирующейся на доставке товаров по почте, против киберсквоттера ООО «ТФ «Тандем-Ю»». Ответчик зарегистрировал на себя домен www.quelle.ru и был согласен отказаться от него в пользу обладателя товарного знака только за вознаграждение в 60 тыс. долл. Суд постановил российской компании прекратить использование товарного знака и фирменного наименования Quelle в Интернете, а также передать права на доменное имя истцу.

Обладателю товарного знака сложнее претендовать на домен, если зарегистрировавшее его лицо не преследовало коммерческую цель. Так, претензия Международной организации анонимных алкоголиков Alcoholics Anonymous World Services на домен [Alcoholics Anonymous.org](http://AlcoholicsAnonymous.org) (неофициальный форум анонимных алкоголиков) была отклонена. При рассмотрении спора Арбитражный центр ВОИС счел, что сайт не наносит вреда организации — обладателю знака, а также учел факт присутствия на сайте пояснения о том, что ресурс не имеет отношения к одноименной международной организации. Домен был оставлен прежнему владельцу.

Однако не только виртуальная Сеть представляет угрозу для прав владельцев знаков. Случается и наоборот, когда известное доменное

имя становится объектом так называемого обратного захвата и регистрируется третьим лицом в целях получения выгоды и, возможно, последующего оспаривания прав и на само доменное имя.

В марте 2006 г. разгорелся скандал между американским информационным агентством IPD Group — владельцем сайта *russiatoday.com* и российским телеканалом *Russia Today*, начавшим вещание в России и США на английском языке с сентября 2005 г. В официальном письме владельца сайта сказано: «Мы используем название “*Russia Today*” в Интернете уже много лет и снискали высокую репутацию за качество новостей о России. Использование такого же названия в качестве знака конкурентом вызвало путаницу среди потребителей».

3. Существует запрет на регистрацию сходных до степени смешения знаков, но нет такого запрета в отношении доменных имен. Таким образом, возможны недобросовестные действия по умышленной регистрации сходных доменных имен с целью извлечения выгоды (*typesquatting*).

В марте 2007 г. компания *Microsoft* подала в суды США и Европы иски против тайпсквоттеров (в том числе) и призвала другие компании последовать ее примеру. Представитель компании подчеркнул, что регистрация созвучных чужому товарному знаку доменных имен является недобросовестным актом, преследующим цель получения прибыли за счет повышенной посещаемости сайта вследствие особой привлекательности известного имени.

Доменное имя, будучи определенным образом связано с товарными знаками и другими средствами индивидуализации, имеет собственную, отличающуюся от последних специфику и назначение: индивидуализирует информационный ресурс (содержание может быть любым), принадлежит одному лицу в любой сфере деятельности, является абсолютно новым и уникальным (единственным) для всех стран мира, не требует обязательного использования, отличается основаниями для отказа в регистрации. По всей вероятности, назревает объективная потребность признания доменных имен самостоятельным средством индивидуализации в международном праве интеллектуальной собственности и установления для них отдельного правового регулирования.

В настоящее время трансграничное правовое регулирование в сфере использования товарных знаков как элементов доменных имен отсутствует. Эту проблему некоторым образом позволяют разрешать акты международных организаций, в частности Рекомендация ВОИС по разрешению доменных споров для ICANN 1999 г. и Единая политика

разрешения споров о доменных именах 1999 г. Аккредитовано несколько центров, уполномоченных рассматривать споры о доменах: Арбитражно-посреднический центр ВОИС, Национальный арбитражный форум и др.

На национально-правовом уровне на проблему охраны средств индивидуализации в Интернете первыми отреагировали США. В 1999 г. был принят Закон о борьбе с «киберпиратством», который запрещает регистрацию, куплю-продажу и использование доменных наименований, идентичных или сходных до степени смешения со знаками, права на которые принадлежат другим лицам, а также наименований, умаляющих различительную способность таких знаков.

В ст. 1484 и 1519 ГК РФ закреплено исключительное право на использование товарного знака и наименования места происхождения товара в сети Интернет, в том числе в доменном имени и при других способах адресации; в п. 3 ч. 9 ст. 1483 содержится норма, препятствующая «обратному захвату».

Подводя общий итог анализа основных международных документов в сфере трансграничной охраны промышленной собственности, следует заметить, что международным сообществом уже сделано многое для развития международно-правового регулирования: созданы некоторые международные системы охраны, заключены соглашения по отдельным аспектам охраны объектов и их классификации. Однако регулирование все еще представляется неполным, в ряде случаев фрагментарным; не все государства являются участниками даже самых важных соглашений. Это говорит о необходимости дальнейшего развития и совершенствования регулирования промышленной собственности в международных частноправовых отношениях.

Дополнительная литература

Интеллектуальная собственность. Кн. 2. Промышленная собственность / сост. И. В. Попов; под ред. В. Ф. Чигира. Минск, 1997.

Мэгс П. Б., Сергеев А. П. Интеллектуальная собственность. М., 2000.

Олехнович Г. И. Интеллектуальная собственность и проблемы ее коммерциализации. Минск, 2005.

Судариков С. А. Экономика и интеллектуальная собственность. М., 2005.

Часть пятая.

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС. МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Глава 22

МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ ПРОЦЕСС

Конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г.; Конвенция о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским или торговым делам 1965 г.; Конвенция о получении за границей доказательств по гражданским или торговым делам 1970 г.; Конвенция, отменяющая требование легализации иностранных официальных документов, 1961 г.; Европейская конвенция об информации относительно иностранного законодательства 1968 г.; Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г. (СНГ); Соглашение о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества 1998 г.; Конвенция о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г. (СНГ) (Россия участвует во всех перечисленных договорах); Луганская конвенция о юрисдикции и приведении в исполнение судебных решений по гражданским и торговым делам 1988 г. (Россия не участвует); Арбитражный процессуальный кодекс РФ 2002 г.; Гражданский процессуальный кодекс РФ 2002 г.

22.1. Понятие международного гражданского процесса

В современных условиях все возрастающего сотрудничества государств в различных областях возникает значительное количество частноправовых споров, осложненных иностранным элементом, или

трансграничных споров, передаваемых на рассмотрение судам того или иного государства. Помимо разрешения спорных ситуаций, судебное вмешательство зачастую требуют и иные вопросы частноправового характера с участием иностранных лиц, без наличия судебного спора (установление юридического факта, усыновление, признание лица безвестно отсутствующим и пр.).

Разрешение гражданских споров и иных вопросов частноправового характера, осложненных иностранным элементом, относится к функции многих юрисдикционных органов. Наиболее значимыми из них являются государственные суды. Статья 46 Конституции РФ гарантирует право на судебную защиту каждого в Российской Федерации. Данная норма, в соответствии с п. 3 ст. 62 Конституции РФ в полной мере распространяется и на иностранных лиц.

На регламентацию разрешения трансграничных гражданских дел государственными судами направлены правовые нормы, объединенные под термином «*международный гражданский процесс*».

В науке существует несколько подходов к определению правовой природы международного гражданского процесса.

В дореволюционной отечественной доктрине долгое время высказывалась точка зрения, что все международное частное право изначально носит процессуальный характер. Эта теория основывалась на том, что в каждом случае, когда возникает трансграничный частноправовой спор, в первую очередь решается вопрос о выборе суда того или иного государства, компетентного этот спор рассматривать. И уже только после этого данный суд на основании коллизионных норм будет определять право определенного государства, применимое к спорному материальному отношению¹.

Данный подход к международному частному праву как к праву прежде всего процессуальному до сих пор является традиционным среди ученых стран «общего права» (Великобритания, США, Канада, Австралия и др.). В силу этого доктрина «общего права», безусловно, рассматривает вопросы международного гражданского процесса как часть международного частного права в целом².

В советской и современной отечественной правовой науке преобладающей является точка зрения о том, что нормы международного

¹ См.: Иванов Н. П. Основания частной международной юрисдикции. Казань, 1865; Мартенс Ф. Ф. Современное международное право цивилизованных народов. М., 1995. Т. 2; Международное частное право. Лекции М. И. Бруна, читанные в Московском коммерческом институте в 1908/1909 акад. году (на правах рукописи). М., 1909.

² См.: Вольф М. Международное частное право: пер. с англ. М., 1948; Елисеев Н. Г. Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М.: 2006; Пучинский В. К. Обращение в суд в английском гражданском процессе. М., 1983; Он же. Английский гражданский процесс. Основные понятия, принципы и институты. М., 1974; Чешир Дж., Норт П. Указ. соч.

гражданского процесса являются составной частью отрасли гражданского процессуального права России. Одним из доводов в пользу этой доктрины является то, что в Российской Федерации суды применяют отечественные нормы гражданского процессуального права. Иностранное процессуальное право может применяться российскими судами только в единичных случаях, прямо установленных законом. Равным образом иностранные суды также применяют процессуальные правовые нормы, действующие в своем государстве, исходя из принципа *lex fori* — закона страны суда¹.

Одновременно с этим большинство советских и российских ученых (М. М. Богуславский, Г. К. Дмитриева, Л. А. Лунц, Н. И. Марышева и др.) считают, что международный гражданский процесс является частью международного частного права как науки. Это обусловлено тесной связью норм международного гражданского процесса, регулирующих трансграничные гражданские процессуальные отношения, с нормами международного частного права, регламентирующими материальные частнопрововые отношения, осложненные иностранным элементом.

В этой связи сторонники данной точки зрения отмечают, что термин «международный» применительно к гражданскому процессу является столь же условным, как и в понятии «международное частное право». Он не отождествляется с неким «межгосударственным» гражданским процессом, а лишь обозначает «совокупность вопросов процессуального характера, связанных с защитой прав иностранных лиц в суде» и разрешаемых с помощью национальных гражданских процессуальных норм.

Подобная двойственность правовой природы международного гражданского процесса поддерживается не всеми учеными. В отечественной доктрине существует мнение, наиболее подробно обоснованное Л. П. Ануфриевой, что международный гражданский процесс структурно относится к международному частному праву и как к отрасли, и как к науке.

Эту точку зрения отчасти разделяет и Т. Н. Нешатаева, которая определяет международный гражданский процесс как «комплексный институт международного частного права, регламентирующий взаимосвязь и взаимодействие национальных и международных процедур, определенных в процессуальных нормах, направленных на защиту и установление гражданских прав»².

Доктрина о том, что международный гражданский процесс является составной частью международного частного права и как отрасли, и как науки, достаточно распространена за рубежом в системе

¹ См.: Шак Х. Международное процессуальное право / пер. с нем. М., 2001.

² Нешатаева Т. Н. Международное частное право и международный гражданский процесс. М.: Городец, 2004. С. 368.

континентального права. Показательным в этом плане является то, что в ряде европейских государств нормы международного гражданского процесса включены в национальное законодательство о международном частном праве (например, швейцарский Закон о международном частном праве 1987 г.).

Идею о двойственности международного гражданского процесса, но по другим основаниям не поддерживают ряд ученых-процессуалистов: Д. И. Полумордвинов, М. К. Треушников, В. В. Ярков и др. Они считают, что международный гражданский процесс является составной частью национального гражданского процессуального права и как отрасли, и как науки. Отнесение этого правового явления к отрасли гражданского процессуального права и одновременно с этим к науке международного частного права они считают не соответствующим канонам общей теории права и даже «нелогичным».

Помимо перечисленных, в России и за рубежом существует точка зрения, в соответствии с которой международное гражданское процессуальное право является отдельной, самостоятельной отраслью права, которой присущи свой предмет и метод (Т. М. Яблочков, Л. Н. Галенская, Е. А. Осавелюк). Соответственно международный гражданский процесс является и самостоятельной отраслью национального права, и самостоятельной отраслью правоведения.

При всем многообразии подходов к определению правовой природы международного гражданского процесса можно дать следующее его определение, которое в той или иной степени поддерживаются всеми учеными: *международный гражданский процесс — это регулируемая унифицированными нормами международных договоров и нормами национального права публично-правовая деятельность государственных судов по отправлению правосудия по трансграничным гражданским делам, носящая экстерриториальный характер и направленная на разрешение трансграничных споров, а также иных вопросов частноправового характера.*

Традиционно в сферу международного гражданского процесса включаются следующие правовые институты:

- определение гражданской процессуальной правоспособности иностранных граждан и юридических лиц;
- особенности участия государства и международных организаций в трансграничных гражданских делах;
- международная судебная юрисдикция по гражданским делам;
- особенности судопроизводства по трансграничным гражданским делам;
- оказание правовой помощи по гражданским делам и исполнение иностранных судебных поручений;
- признание и исполнение иностранных судебных решений.

22.2. Гражданская процессуальная правоспособность иностранных лиц

Право на судебную защиту законных интересов иностранных лиц является неотъемлемым элементом их общего правового статуса. От того, насколько авторитетно это право отражено в действующих нормативных актах и насколько эффективно данное право реализуется на практике, во многом зависит интенсивность международных связей, внешнеэкономических операций и в конечном итоге степень цивилизованности и демократизма каждого государства.

Первые попытки определения процессуального статуса иностранца в стране пребывания были предприняты в Древнем Риме, где рост экономических и иных связей с другими народами привел к созданию особой системы частного права — «права народов» (*jus gentium*), которая регулировала материальные и процессуальные отношения с участием иностранцев (перегринов), складывающиеся в частноправовой сфере.

Более того, в Риме была учреждена особая должность — претор пере- гринус, чьей основной функцией было судебное разбирательство тяжб, в которых участвовали иностранные подданные¹. Возможность иностранных граждан защищать свои субъективные права и интересы в судебном порядке стала наиболее адекватно отражаться в законодательстве в XIX в. В этот же период правовые акты ряда государств установили право на судебную защиту иностранных юридических лиц².

В настоящее время законодательство иностранных государств в целом приравнивает иностранных лиц к своим гражданам и организациям в праве на судебную защиту, им предоставляются равные права и на них налагаются равные процессуальные обязанности. Единственной нормой дискриминационного характера, которая до сих пор закреплена в национальных правовых актах ряда государств (например, Германии, Австрии, Франции и др.), является так называемый *институт судебного залога*. В силу него по требованию ответчика суд может обязать иностранного истца предоставить гарантии обеспечения судебных расходов (залог) на случай отказа в иске. В случае невнесения указанного залога иск не рассматривается. По отношению же к собственным гражданам институт судебного залога не применяется.

Правило о судебном залоге, как не отвечающее целям международного сотрудничества, отвергается основными международными конвенциями в области гражданского процесса, к числу которых относятся Кодекс международного частного права (Кодекс Бустаманте) 1928 г.,

¹ См.: *Мартенс Ф. Ф.* Современное международное право цивилизованных народов. Т. 1. СПб., 1882. С. 58.

² См.: *Васильчикова Н. А.* Производство по делам с участием иностранных лиц в российских судах: теория и практика: дис. ... д-ра юрид. наук. СПб., 2003. С. 80.

Гагская конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г., Европейская конвенция об иммунитете государств 1972 г., ряд договоров о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским делам и др.

В российском законодательстве вплоть до середины XIX в. право иностранных лиц на судебную защиту отдельно не регламентировалось, хотя история знает немало случаев, когда иностранные подданные обращались в российский суд за защитой своих интересов, и суд выносил решение в их пользу. Впервые же это право было закреплено в Уставе гражданского судопроизводства 1864 г., ст. 244 которого предоставляла иностранцам возможность защищать свои имущественные интересы в судебном порядке наравне с российскими подданными.

В частности, Т. М. Яблочков в своей работе «Курс международного гражданского процессуального права» (Ярославль, 1909. С. 34) отмечал: «Материальное право иностранцев предъявлять иски в России безотносительно к тому, находятся они в России или нет, вытекает из безусловного права их приобретать движимое и недвижимое имущество в России по договорам, наследованию и т. п. Ясно, что если иностранцы, в том числе и живущие вне пределов Империи, не устраняются от приобретения имущественных прав в России, то они и не могут быть лишены права на предъявление исков в русских судах в охрану своих законных прав, нарушаемых в России».

Долгое время в России, как и в большинстве иностранных государств, действовали нормы, устанавливающие обязанность для иностранцев вносить судебный залог в случае участия в судопроизводстве на территории Российской империи. Иностранцам не предоставлялось и так называемое *право бедности*, в ряде случаев освобождавшее российских подданных от судебных издержек по делу в связи с их тяжелым материальным положением.

Вопрос о процессуальной правоспособности иностранных юридических лиц решался в Российской империи несколько иначе. Долгое время российское право не признавало за ними процессуальной правоспособности. Юридические лица считались субъектами публичного права, которые могут действовать и, следовательно, искать судебной защиты лишь на территории того государства, где они созданы¹.

Советское законодательство первоначально не содержало определенных правил о процессуальной правоспособности иностранных граждан. Однако в нем не содержалось никаких указаний, что субъектами процессуальных прав могут быть лишь граждане СССР. Советская

¹ См.: *Мамаев А. А.* Процессуальная дееспособность иностранцев в России // *Правоведение.* 1999. № 4. С. 95.

правовая наука основывалась на той точке зрения, что процессуальная правоспособность тесно связана с правоспособностью в материальном праве, поэтому иностранные граждане и организации могут защищать в суде лишь те права, которые предоставлены им Советским государством. В отношении же собственно процессуальных прав иностранцы стали занимать в суде то же положение, что и граждане СССР.

Что касается иностранных юридических лиц, то в СССР право на судебную защиту предоставлялось, как правило, лишь тем из них, кто получил в установленном порядке разрешение на производство операций в СССР.

В советском праве не содержалось норм о процессуальной дееспособности иностранцев. В науке же укрепилась точка зрения, что дееспособность иностранца должна определяться законодательством РСФСР, если иное не установлено в международном договоре или в законе РСФСР. Следовательно, считалось, что в РСФСР иностранные граждане приобретают полную дееспособность, в том числе процессуальную, с достижением 18-летнего возраста¹.

В настоящее время основополагающим нормативным актом, регламентирующим процессуальный статус иностранных лиц в Российской Федерации, является Конституция РФ 1993 г., ст. 46 которой гарантирует каждому в России судебную защиту его прав и свобод.

Эта конституционная норма получает свое развитие в ст. 398 ГПК РФ 2002 г. и в ст. 254 АПК РФ 2002 г., в соответствии с которыми иностранные лица пользуются процессуальными правами и несут процессуальные обязанности наравне с российскими гражданами и организациями. Процессуальные льготы предоставляются иностранным лицам, если они предусмотрены международным договором Российской Федерации. При этом АПК РФ, исходя из особенностей субъектного состава и характера подведомственных арбитражным судам дел, устанавливает, что иностранные лица, участвующие в деле, должны представить в арбитражный суд доказательства, подтверждающие их юридический статус и право на осуществление предпринимательской и иной экономической деятельности. В случае непредставления таких доказательств арбитражный суд вправе истребовать их по своей инициативе.

Единственная возможность ограничения процессуальных прав иностранных лиц в Российской Федерации предусмотрена в ст. 398 ГПК РФ 2002 г. и в ст. 254 АПК РФ 2002 г., в соответствии с которыми Правительством РФ могут быть установлены ответные ограничения в отношении иностранных лиц тех государств, в судах которых

¹ См.: *Петерский И. С.* Очерки международного частного права РСФСР. М., 1925. С. 63.

допускаются такие же ограничения процессуальных прав российских граждан и организаций. Помимо указанной нормы о реторсии, никаких ограничений процессуальных прав иностранных лиц в российском гражданском процессе не существует.

До 2002 года в российском процессуальном законодательстве не содержалось норм, специально посвященных процессуальной дееспособности иностранных лиц. Данный пробел был устранен с принятием ГПК РФ 2002 г., ст. 399 которого устанавливает, что гражданская процессуальная правоспособность и дееспособность иностранных граждан, лиц без гражданства определяются их личным законом. Здесь же законодатель уточняет данное правило применительно к различным категориям иностранных физических лиц.

Так, личным законом иностранного гражданина является право страны, гражданство которой гражданин имеет. В случае если гражданин наряду с гражданством Российской Федерации имеет и иностранное гражданство, его личным законом считается российское право. При наличии у гражданина нескольких иностранных гражданств его личным законом считается право страны, в которой гражданин имеет место жительства.

В случае если иностранный гражданин имеет место жительства в Российской Федерации, его личным законом считается российское право.

Личным законом лица без гражданства считается право страны, в которой это лицо имеет место жительства.

Вместе с тем в этой же статье ГПК РФ установлена важная новелла: лицо, не являющееся на основе личного закона процессуально дееспособным, может быть на территории Российской Федерации признано процессуально дееспособным, если оно в соответствии с российским правом обладает процессуальной дееспособностью.

Статья 400 ГПК РФ 2002 г. посвящена определению процессуальной правоспособности иностранных юридических лиц. В соответствии с ней личным законом иностранной организации считается право страны, в которой организация учреждена. На основе личного закона иностранной организации определяется ее процессуальная правоспособность. Иностранная организация, не обладающая в соответствии с личным законом процессуальной правоспособностью, может быть на территории Российской Федерации признана правоспособной в соответствии с российским правом.

Таким образом, законодатель установил, что иностранному физическому или юридическому лицу для участия в российском гражданском процессе достаточно обладать процессуальной дееспособностью либо по своему личному закону, либо по российскому праву.

В АПК РФ 2002 г. специальная норма об определении процессуальной правоспособности иностранных лиц отсутствует.

Особое процессуальное положение при рассмотрении судами трансграничных гражданских дел занимают государства и международные организации. Однако особенности их правового статуса как субъектов международного гражданского процесса рассматриваются в отдельной главе настоящего учебника, посвященной иммунитету государств и международных организаций.

22.3. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам

Одной из наиболее актуальных проблем в процессе защиты прав и свобод иностранных лиц является обеспечение их доступа к правосудию, необходимой предпосылкой которого является определение международной судебной юрисдикции по гражданским делам с их участием.

Правоотношения, осложненные иностранным элементом, связаны как с российским, так и с иностранным правом порядком. Поэтому в каждом случае, когда возникает трансграничный спор гражданско-правового характера, в первую очередь встает вопрос о том, компетентны ли российские суды рассматривать возникающие из этих правоотношений споры, т. е. вопрос о международной судебной юрисдикции¹. Таким образом, определение компетентной судебной системы того или иного государства является исходным моментом при рассмотрении каждого трансграничного гражданского дела.

Под *международной судебной юрисдикцией* понимается институт международного гражданского процесса, представляющий собой совокупность правовых норм, определяющих:

- во-первых, конкретные категории гражданских дел, рассмотрение которых входит в компетенцию судебной системы либо одного из государств — участников международного договора, когда юрисдикция определяется на основе норм этого международного договора; либо рассмотрение которых входит в компетенцию судебной системы своего государства, в случае когда юрисдикция определяется на основе национальных правовых норм;
- во-вторых, свойство трансграничного гражданского дела, в силу которого оно подлежит разрешению конкретным судом государства, имеющего юрисдикцию по вышеназванным основаниям.

Существующие в разных государствах нормы о международной судебной юрисдикции сложились в ходе длительного исторического

¹ См.: Международное частное право / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2004. С. 520; Бахрах Д. Н. Подведомственность юридических дел и ее уровни // Журнал российского права. 2005. № 4. С. 13.

развития и глубоко связаны с экономическим укладом, социально-политическим строем и культурными традициями стран. *Традиционно выделяют три основные системы определения международной судебной юрисдикции:*

1) так называемая латинская система, созданная в Кодексе Наполеона 1804 г. и заимствованная странами, национальное законодательство которых сложилось под непосредственным влиянием этого Кодекса (Бельгия, Италия, Алжир и др.);

2) система, основанная германским Уставом о гражданском процессе 1877 г. и оказавшая существенное влияние на процессуальное законодательство других государств (Россия, Австрия, Япония и др.);

3) система англо-американского общего права (*common law*).

Исходным принципом французского права при определении юрисдикции по гражданским делам с участием иностранных лиц является принцип суда гражданства сторон (*forum nationalis*). Этот принцип закреплен в ст. 14 и 15 Французского гражданского кодекса (ФГК), в соответствии с которыми по общему правилу французские суды признают себя компетентными рассматривать дело с иностранным элементом в том случае, когда хотя бы одной из сторон по делу является гражданин Франции¹. Французская судебная практика толкует эти статьи расширительно, распространяя их также на споры с участием юридических лиц («французским» признается юридическое лицо, орган управления которого находится во Франции).

В Германии нормы, регулирующие отношения международной судебной юрисдикции, содержатся в Уставе о гражданском процессе 1877 г. (*Zivilprozeßordnung*, далее — *ZPO*), который с изменениями и дополнениями введен в действие в ФРГ с 1950 г. Исходным принципом *ZPO* является распространение на международную судебную юрисдикцию основного начала внутренней территориальной подсудности, выраженного в § 12, 13 и 17: юрисдикция по гражданским делам с участием иностранных лиц определяется местом жительства ответчика (для физических лиц) либо местом его нахождения (для юридических лиц). Место нахождения юридического лица определяется по признаку места нахождения его административного центра (правления)².

Следовательно, если ответчик-иностранец имеет место жительства в ФРГ, то гражданские дела с его участием будут подсудны немецкому суду. В случае же если такой ответчик не имеет места жительства в Германии, немецкий суд признает себя некомпетентным рассматривать

¹ См.: *Елисеев Н. Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2004. С. 104.

² *Nagel E.* Auf dem Wege zu einem europäischen Prozeßrecht. Baden-Baden, 1963. § 28; *Gedachtnisschrift für Peter Arens.* München. 1993. P. 105–106; *Елисеев Н. Г.* Гражданское процессуальное право зарубежных стран. М.: Проспект, 2004. С. 31.

дело. Аналогично решается вопрос определения юрисдикции по делам с участием иностранных юридических лиц.

Большим своеобразием отличается институт международной судебной юрисдикции по гражданским делам в англо-американской правовой системе. В Англии указанные отношения регулируются Законом о судах графств (*County Courts Act*) 1984 г., Правилами гражданского судопроизводства (*Civil Procedure Rules*) 1998 г., Законом о Верховном суде (*Supreme Court Act*) 1981 г., постановлением о юрисдикции Высокого суда и Суда графства 1991 г. и другими многочисленными правовыми актами и судебными прецедентами¹.

Основной принцип определения юрисдикции английских судов по делам с участием иностранных лиц заключается в следующем: согласно концепциям общего права английский суд уполномочен разрешить абсолютно любое гражданское дело, если истец сумел вручить лично иностранному ответчику, когда последний находился в Англии, копию приказа о явке ответчика в суд².

Юрисдикция английских судов по гражданским делам с участием иностранных юридических лиц определяется следующим образом. Если компания зарегистрирована в Англии, она считается, как и физическое лицо, «присутствующей» в Англии, и судебный приказ в этом случае направляется в зарегистрированную контору компании.

Указанные основания международной судебной юрисдикции значительно эволюционировали начиная с 70-х гг. XX в., когда английские суды при определении своей компетенции стали придавать первоочередное значение *пророгационным соглашениям* — *соглашению об определении суда того или иного государства для рассмотрения спора, заключенное сторонами спорного правоотношения*. Кроме того, с этого же времени многочисленными судебными прецедентами было установлено правило *forum non conveniens* — *неудобный суд*, которое в настоящее время является одним из основных принципов определения юрисдикции судов Великобритании. В соответствии с этим правилом английский суд по ходатайству ответчика может признать себя некомпетентным рассматривать трансграничное гражданское дело, если признает, что рассмотрение этого дела в иностранном суде будет более удобным для сторон. В частности, английский суд может признать себя неудобным форумом, если спорное материальное правоотношение более тесно связано с территорией иностранного государства; если в этом иностранном государстве находится большинство доказательств по делу; если рассмотрение дела в иностранном суде будет более быстрым для

¹ См.: Елисеев Н. Г. Указ. соч. С. 54–59; Кудрявцева Е. В. Судебное решение в английском гражданском процессе. М., 1998. С. 14–19.

² См.: Пучинский В. К. Обращение в суд в английском гражданском процессе. М., 1983. С. 21; Чейшир Дж., Норт П. Указ. соч. С. 76–79.

сторон и повлечет для них меньше судебных издержек. Удобство или же неудобство рассмотрения дела в Великобритании английский суд определяет в каждом конкретном случае, исходя из фактических обстоятельств дела¹.

Существующие в английском праве основания международной судебной юрисдикции в значительной мере трансформировались после того, как Великобритания стала участником Луганской конвенции 1988 г. о юрисдикции и принудительном исполнении иностранных судебных решений по гражданским и коммерческим делам, а также Регламента Совета Европы от 22 декабря 2000 г. № 44/2001 о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам. Генеральным правилом определения юрисдикции в соответствии с этими международными актами, является домицилий ответчика. Поэтому в настоящее время нормы общего права при определении суда, компетентного рассматривать трансграничное гражданское дело, с учетом принципа *forum non conveniens* применяются в Великобритании лишь в тех случаях, когда это не противоречит нормам международных договоров с ее участием.

Правовое регулирование международной судебной юрисдикции по гражданским делам, осуществляемое разд. 28 Свода законов (Кодекса) США «Судоустройство и судопроизводство», Федеральными правилами гражданского процесса для окружных судов США 1938 г., Правилами процедуры Верховного суда 1989 г., гражданскими процессуальными кодексами и положениями отдельных штатов США, а также многочисленными юридическими прецедентами, базируется на тех же процессуальных концепциях общего права, что и в Англии².

Однако во второй половине XX в. параллельно с Великобританией в практике судов США при определении международной судебной юрисдикции укоренилось правило *forum non conveniens*, аналогичное соответствующему английскому правовому институту. Кроме того, как и в Великобритании, суды США, решая вопрос о своей компетенции по трансграничному гражданскому делу, стали уделять значительное внимание пророгационным соглашениям сторон по спору³.

Особенностью американской системы определения международной судебной юрисдикции является закрепление в практике судов США принципа «минимальных контактов». В соответствии с этим принципом суд штата признает себя компетентным рассматривать трансграничное гражданское дело, если спор имеет необходимое количество и качество

¹ Note from the Delegation of the United Kingdom on forum non conveniens. P. 2–11 // [http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd03\(1996\).pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd03(1996).pdf)

² См.: *Елисеев Н. Г.* Указ. соч. С. 68–72; *Пучинский В. К.* Гражданский процесс США. М., 1985. С. 6–7; *Фолсом Р. Х., Гордон М. У., Спаногл Дж. А.* Указ. соч. С. 426–430.

³ The doctrine of forum non conveniens in the United States. P. 1–28 // [http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd03\(1996\).pdf](http://www.hcch.net/upload/wop/jdgm_pd03(1996).pdf)

«минимальных контактов» с территорией этого штата: в частности, если ответчик проживает в пределах юрисдикции суда; если спор возник из деятельности ответчика в пределах этого штата; если имущество, являющееся объектом спора, находится на территории данного штата; либо исполнение будущего судебного решения будет наиболее эффективным на территории именно этого штата. Наличие или же отсутствие «минимальных контактов» с территорией штата при определении международной судебной юрисдикции решается судом в каждом случае по его дискреционному усмотрению¹.

В России международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам регламентируется Гражданским процессуальным и Арбитражным процессуальным кодексами Российской Федерации 2002 г. Глава 44 ГПК РФ и гл. 32 АПК РФ содержат детальные положения, устанавливающие, в каких случаях отечественные суды общей юрисдикции и арбитражные суды являются компетентными рассматривать гражданские дела с иностранным элементом.

Исходя из анализа норм ГПК и АПК РФ о международной судебной юрисдикции можно сказать, что для нее характерны те же критерии классификации, что и для внутригосударственной подсудности, поскольку с формально-юридической стороны они являются схожими по содержанию правовыми конструкциями. *Следует выделить следующие виды международной юрисдикции: генеральная (основная), альтернативная, автономная (договорная) и исключительная.*

Правило *генеральной международной судебной юрисдикции на принципе места жительства (домицилия)*. Оно закреплено в ч. 2 ст. 402 ГПК РФ и в п. 1 ч. 1 ст. 247 АПК РФ: суды в Российской Федерации рассматривают дела с участием иностранных лиц, если гражданин-ответчик имеет место жительства в Российской Федерации или организация-ответчик находится на территории Российской Федерации.

Процессуальные кодексы 2002 г. содержат широкий перечень оснований *альтернативной судебной юрисдикции*, при наличии которых отечественные суды вправе признать себя компетентными рассматривать гражданское дело с иностранным элементом, когда ответчик не имеет места жительства или местонахождения в Российской Федерации.

Так, российские суды вправе рассматривать гражданские дела с участием иностранных лиц:

1) если орган управления, филиал или представительство иностранного лица находится на территории Российской Федерации (п. 1 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ и п. 2 ч. 1 ст. 247 АПК РФ);

2) если ответчик имеет имущество на территории Российской Федерации (п. 2 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ и п. 1 ч. 1 ст. 247 АПК РФ);

¹ Conflict of Laws: cases, comments, questions / by Roger C. Cramton, David P. Currie, Herma Hill Kay and Larry Cramer. 5 ed. 2001. P. 368.

3) если полное или частичное исполнение по договору должно иметь место или имело место на территории Российской Федерации (п. 3 ч. 1 ст. 247 АПК РФ, п. 6 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ);

4) если на территории России имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для предъявления требования о возмещении вреда (п. 5 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ).

Факт наступления вредоносных последствий на территории Российской Федерации правового значения не имеет. Однако по искам из причинения вреда имуществу (п. 4 ч. 1 ст. 247 АПК РФ) данное основание альтернативной юрисдикции более широко: арбитражные суды рассматривают такие требования не только если на территории России имело место противоправное действие или иное обстоятельство, но и при наступлении вреда на территории Российской Федерации;

5) если спор возник из неосновательного обогащения, имевшего место на территории Российской Федерации (п. 7 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ, п. 5 ч. 1 ст. 247 АПК РФ).

Кроме того, альтернативная юрисдикция судов РФ устанавливается по отдельным категориям трансграничных гражданских дел: если спор возник из отношений, связанных с обращением ценных бумаг, выпуск которых имел место на территории Российской Федерации (п. 7 ч. 1 ст. 247 АПК РФ); если истец по делу о защите чести, достоинства и деловой репутации имеет место жительства в Российской Федерации (п. 9 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ); если спор возник из отношений, связанных с государственной регистрацией имен и других объектов и оказанием услуг в международной ассоциации сетей Интернет на территории Российской Федерации (п. 9 ч. 1 ст. 247 АПК РФ); если по делу о взыскании алиментов и об установлении отцовства истец имеет место жительства в Российской Федерации (п. 3 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ); если по делу о расторжении брака истец имеет место жительства в Российской Федерации или хотя бы один из супругов является российским гражданином (п. 8 ч. 3 ст. 402 ГПК РФ).

Традиционно в процессуальном законодательстве разных государств устанавливаются различные основания *исключительной международной судебной юрисдикции* по делам, которые должны рассматриваться исключительно своими, отечественными судами.

К исключительной компетенции российских судов относятся прежде всего дела о праве на недвижимое имущество, находящееся на территории Российской Федерации (п. 1 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 248 АПК РФ).

Помимо этого, только российские суды компетентны рассматривать трансграничные гражданские дела: по спорам в отношении находящегося в государственной собственности Российской Федерации имущества, в том числе по спорам, связанным с приватизацией государственного имущества и принудительным отчуждением имущества для государственных нужд (п. 1 ч. 1 ст. 248 АПК РФ); по спорам, связанным с регистрацией или выдачей патентов, регистрацией и выдачей свидетельств на товарные знаки, промышленные образцы, полезные модели или регистрацией других прав на результаты интеллектуальной деятельности, которые требуют регистрации или выдачи патента либо свидетельства в Российской Федерации (п. 3 ч. 1 ст. 248 АПК РФ); по спорам о признании недействительными записей в государственных реестры (регистры, кадастры), произведенных компетентным органом Российской Федерации, ведущим такой реестр (регистр, кадастр) (п. 4 ч. 1 ст. 248 АПК РФ); по спорам, связанным с учреждением, ликвидацией или регистрацией на территории Российской Федерации юридических лиц и индивидуальных предпринимателей, а также с оспариванием решений органов этих юридических лиц (п. 5 ч. 1 ст. 248 АПК РФ); по спорам, возникающим из договора перевозки, если перевозчики находятся на территории Российской Федерации (п. 2 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ); об установлении факта, имеющего юридическое значение, если заявитель по делу об установлении такого факта имеет место жительства в Российской Федерации, или факт, который необходимо установить, имел или имеет место на территории Российской Федерации (п. 1 ч. 2 ст. 403 ГПК РФ), а также дела, возникающие из административных и иных публичных правоотношений (п. 4 ч. 1 ст. 403 ГПК РФ, ч. 2 ст. 248 АПК РФ).

Пункт 10 ч. 1 ст. 247 АПК РФ содержит важную новеллу в области международной судебной юрисдикции по гражданским делам: Арбитражные суды теперь вправе рассматривать трансграничные гражданские дела во всех случаях, если спорное правоотношение тесно связано с территорией Российской Федерации. Наличие или отсутствие тесной связи должно определяться самим судом с учетом норм, содержащихся, в частности, в ч. 2 ст. 1186 и ст. 1211 ГК РФ¹.

Автономная (или договорная) юрисдикция является одной из наиболее распространенных разновидностей международной судебной юрисдикции по гражданским делам (особенно в сфере предпринимательской деятельности): право сторон заключить соглашение о подсудности возникшего или могущего возникнуть между ними спора с «иностранном

¹ *Мамаев А. А.* Установление компетентного арбитражного суда по делам с участием иностранных лиц: новое в правовом регулировании // *Вестник ВАС РФ.* 2003. № 3. С. 130.

элементом» судебной системе того или иного государства (*пророгационное соглашение*).

В литературе, кроме термина «пророгационное», используется и термин «дерогационное соглашение». Под пророгационным понимается соглашение, по которому трансграничное гражданское дело становится подсудным судебной системе того или иного государства. Соглашение же, «в силу которого подлежащий разрешению данным учреждением на основании общих диспозитивных норм об определении компетенции суда спор изымается из сферы его юрисдикции и передается суду другого государства, именуется дерогационным»¹.

Однако следует признать, что дерогационные и пророгационные соглашения, по сути, представляют собой две стороны одной медали. Поскольку гражданско-правовой спор, осложненный иностранным элементом, потенциально связан с судебными системами разных государств, соглашение сторон о юрисдикции по этому спору будет одновременно пророгационным для судов одного государства и дерогационным для судов другого.

В соответствии со ст. 249 АПК РФ и ст. 404 ГПК РФ в случае, если стороны, хотя бы одна из которых является иностранным лицом, заключили соглашение, в котором определили, что суд в Российской Федерации обладает компетенцией по рассмотрению возникшего или могущего возникнуть спора, российский суд будет обладать исключительной компетенцией по рассмотрению данного спора при условии, что такое соглашение не изменяет исключительную компетенцию иностранного суда.

В силу территориального (национального) характера процессуальных норм о подсудности гражданское дело между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям может быть подсудным судам разных государств и по разным фактическим обстоятельствам реально может одновременно рассматриваться в судах разных государств (*lis alibi pendens*). Такая ситуация называется *параллельной юрисдикцией*.

Российское процессуальное законодательство по-разному регламентирует институт *lis alibi pendens* в ГПК РФ и АПК РФ. Нормы кодексов выделяют две ситуации:

- 1) когда иностранное судебное решение уже вынесено;
- 2) когда тождественное дело еще находится на рассмотрении в иностранном суде.

В *первом случае* российские суды общей юрисдикции обязаны отказать в принятии искового заявления к производству или прекратить производство по делу (ч. 1 ст. 406 ГПК РФ).

¹ Ануфриева Л. А. Международное частное право. Т. 3. М.: БЕК, 2001. С. 322; Международное частное право / под ред. Н. И. Марышевой. М.: ИНФРА-М, 2000. С. 465.

АПК РФ регламентирует подобную ситуацию иначе. Арбитражные суды в случае наличия иностранного судебного решения по тождественному делу обязаны принять заявление к производству, а затем в дальнейшем прекратить производство по делу (ч. 2 ст. 252 АПК РФ). Это обусловлено тем, что в АПК РФ, в отличие от ГПК РФ, отсутствует институт отказа в принятии заявления.

Вторая ситуация — когда судебный процесс по одному и тому же гражданскому уже идет параллельно в разных государствах и иностранное судебное решение еще не вынесено. Суд общей юрисдикции обязан в этом случае возвратить исковое заявление либо оставить заявление без рассмотрения, если в иностранном суде дело было возбуждено раньше (ч. 2 ст. 406 ГПК РФ). Ситуацию, когда российский суд возбудил гражданское дело раньше, чем в иностранном суде, ГПК РФ не регламентирует. Очевидно, в этом случае суд общей юрисдикции просто продолжит рассмотрение дела по существу.

Арбитражный суд в подобном случае обязан оставить иск без рассмотрения. Из этого правила есть только одно исключение — если дело относится к исключительной компетенции российских арбитражных судов, то иск принимается, и арбитражный суд продолжает рассмотрение дела в общем порядке (ч. 1 ст. 252 АПК РФ)¹.

В числе международных договоров Российской Федерации, регулирующих юрисдикцию судов по трансграничным гражданским делам, следует назвать Соглашение СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, от 20 марта 1992 г. (далее — Соглашение СНГ 1992 г.).

Общее правило о международной судебной юрисдикции по трансграничным гражданским делам содержится в ст. 4 Соглашения СНГ 1992 г. Суд государства — участника СНГ признается компетентным рассматривать хозяйственные дела, указанные в ст. 1 Соглашения, если на территории данного государства ответчик имел постоянное место жительства или место нахождения на день предъявления иска.

Основным видом международных договоров РФ, содержащих нормы о международной судебной юрисдикции, являются договоры об оказании правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам. Как правило, такие договоры являются двусторонними. В настоящее время существует ряд таких договоров, заключенных Российской Федерацией с разными государствами (Корейской Народно-Демократической Республикой — в 1958 г., Итальянской Республикой — в 1979 г., Республикой Кипр — в 1984 г., Китайской Народной Республикой — в 1992 г., Эстонской Республикой — в 1993 г. и др.).

¹ *Мамаев А. А.* Одновременное рассмотрение гражданского дела судами разных государств (*lis alibi pendens*) // *Внешнеторговое право.* 2006. № 2. С. 2–3.

Наиболее значительным международным договором такого типа по числу участников стала Конвенция СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 22 января 1993 г. (далее — Конвенция СНГ 1993 г.). В этой Конвенции наряду с другими вопросами содержатся правила определения юрисдикции судов по различным категориям трансграничных гражданских дел¹.

Статья 20 Конвенции СНГ 1993 г. содержит традиционное генеральное правило юрисдикции: иски к лицам, имеющим место жительства на территории одной из Договаривающихся Сторон, предъявляются независимо от их гражданства в суды этой Договаривающейся Стороны, а иски к юридическим лицам предъявляются в суды Договаривающейся Стороны, на территории которой находится орган управления юридического лица, его представительство либо филиал.

И Соглашение СНГ 1992 г., и Конвенция СНГ 1993 г. устанавливают ряд оснований *альтернативной юрисдикции*, в соответствии с которыми суды Договаривающейся Стороны признаются компетентными рассматривать трансграничные гражданские дела, если на ее территории:

1) осуществляется торговая, промышленная или иная хозяйственная деятельность предприятия (филиала) ответчика (п. «б» ч. 1 ст. 4 Соглашения; п. «а» ч. 2 ст. 20 Конвенции);

2) исполнено или должно быть полностью или частично исполнено обязательство из договора, являющегося предметом спора (п. «в» ч. 1 ст. 4 Соглашения; п. «б» ч. 2 ст. 20 Конвенции);

3) имеет постоянное местожительство или местонахождение истец по иску о защите чести, достоинства и деловой репутации (п. «д» ч. 1 ст. 4 Соглашения; п. «в» ч. 2 ст. 20 Конвенции);

4) имело место действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для требования о возмещении вреда (п. «г» ч. 1 ст. 4 Соглашения).

В указанных международных договорах РФ содержатся также правила *исключительной юрисдикции*. Иски о праве собственности и иных вещных правах на недвижимое имущество рассматриваются исключительно в судах договаривающейся стороны по месту нахождения имущества (ч. 3 ст. 4 Соглашения, ч. 3 ст. 20 Конвенции). Иски к перевозчикам, вытекающие из договоров перевозки грузов, пассажиров и багажа, предъявляются исключительно по месту нахождения управ-

¹ Данная Конвенция действует и в отношении России. Однако она после прохождения необходимых ратификационных процедур прекратит свое действие на основании п. 3 ст. 120 Конвенции о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам от 7 октября 2002 г. (Кишиневская конвенция). В настоящее время участниками Кишиневской конвенции являются Белоруссия, Азербайджан, Казахстан, Киргизия, Армения и Таджикистан. Правила о международной судебной юрисдикции, содержащиеся в Кишиневской конвенции, являются практически идентичными нормам Конвенции СНГ 1993 г.

ления транспортной организации, к которой в установленном порядке была предъявлена претензия (ч. 3 ст. 20 Конвенции).

Кроме того, суды Договаривающихся Сторон могут рассматривать дела и в других случаях, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этим судам (*автономная юрисдикция*). Указанное прогнационное соглашение не может нарушать правила исключительной юрисдикции, содержащиеся в Соглашении и Конвенции, а также во внутреннем законодательстве соответствующей Договаривающейся Стороны (ч. 2 ст. 4 Соглашения, ст. 21 Конвенции).

В условиях экономической интеграции государств становится объективно необходимым процесс унификации правовых норм, регулирующих вопросы международной судебной юрисдикции по гражданским делам. Так, в Европе в настоящее время действуют Брюссельская конвенция 1968 г. и Луганская конвенция 1988 г. о юрисдикции и принудительном исполнении иностранных судебных решений по гражданским и коммерческим делам, а также Регламент Совета Европы от 22 декабря 2000 г. № 44/2001 о юрисдикции, признании и принудительном исполнении судебных решений по гражданским и торговым делам, заменивший собой Брюссельскую конвенцию в отношениях между государствами — членами ЕС (кроме Дании)¹.

Обе конвенции и Регламент базируются на одинаковых правилах, которые заключаются в следующем:

- а) в конвенциях и Регламенте отправным пунктом при разграничении судебной юрисдикции является домицилий ответчика, а не его гражданство;
- б) отступление при определении юрисдикции от принципа домицилия ответчика, указанного в предыдущем пункте, возможно лишь в специально оговоренных в конвенциях и Регламенте случаях (при установлении правил альтернативной, исключительной и автономной юрисдикции).

22.4. Правовая помощь.

Исполнение иностранных судебных поручений

В ходе производства по делу с иностранным элементом перед судом зачастую встает необходимость осуществления отдельных процессуальных действий на территории иностранного государства: допрос свидетеля, вручение судебной повестки стороне по делу, производство экспертизы и т. д. Однако суд не может непосредственно произвести

¹ См.: *Елисеев Н. Г.* Указ. соч. С. 289—290; *Он же.* Унификация международной подсудности гражданских и торговых дел в странах Европейского союза // Актуальные проблемы международного частного и гражданского права. М.: Статут, 2006. С. 82—94.

эти действия на иностранной территории в силу того, что он обладает властной компетенцией лишь в пределах своего собственного государства. На иностранной территории, обладающей государственным суверенитетом, этот суд никаких процессуальных полномочий не имеет.

Осуществление процессуальных действий за рубежом производится посредством института международного процессуального права, получившего наименование «*международная правовая помощь*». Суд, рассматривающий трансграничное гражданское дело, именуемый *судом запрашивающего государства*, обращается с просьбой об оказании правовой помощи в *суд запрашиваемого государства*, и этот последний суд осуществляет на своей территории порученные ему процессуальные действия. После этого он направляет полученные результаты суду запрашивающего государства¹.

Правовая помощь осуществляется посредством иностранных судебных поручений. *Иностранное судебное поручение* — это поручение суда одного государства суду другого государства о проведении каких-либо процессуальных действий на территории этого другого государства.

На практике существует несколько основных разновидностей иностранных судебных поручений:

- вручение документов иностранным участникам процесса (исковые заявления, извещения о дате судебного заседания и т. д.);
- получение и представление из-за рубежа письменных доказательств по делу (свидетельств о браке, информации о движении денежных средств по счетам в иностранных банках и др.);
- заслушивание и фиксация показаний сторон, третьих лиц, свидетелей, экспертов об обстоятельствах, имеющих значение для дела, если указанные лица проживают за рубежом;
- судебный осмотр (например, места дорожно-транспортного происшествия), если предмет спора или иные интересующие суд обстоятельства имеют место за рубежом;
- проведение экспертиз (медицинской, санитарно-биологической, технической, почерковедческой и др.) в связи с тем, что субъекты или большинство необходимых для экспертизы материалов находятся в пределах юрисдикции иностранного государства;
- вызов свидетеля или эксперта из-за рубежа;
- получение от иностранных компетентных органов информации о действующем иностранном законодательстве, если спорное материальное правоотношение регулируется в силу российских коллизионных норм иностранным правом.

Начиная с XIX в. порядок оказания правовой помощи и исполнения иностранных судебных поручений регламентировался в каждом госу-

¹ См.: *Марышева Н. И.* Международная правовая помощь и ее виды. Проблемы международного частного права: сб. статей / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2000. С. 190–205.

дарстве нормами международных договоров и национального законодательства. Важнейшую роль в международно-правовой регламентации этих отношений сыграла Гагская конвенция по вопросам гражданского процесса 1954 г., в которой участвует значительное количество государств, в том числе Российская Федерация как правопреемник СССР, и которая установила в государствах-участниках единую процедуру оказания правовой помощи.

В настоящее время многие положения Гагской конвенции 1954 г. отменены в связи с принятием других универсальных международных договоров: Гагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 г., Гагской конвенции о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г., Европейской конвенции об информации относительно иностранного законодательства 1968 г. Российская Федерация также является участником этих конвенций. Порядок исполнения иностранных судебных поручений регламентируется также такими международными договорами РФ, как Соглашение СНГ 1992 г., Конвенция СНГ 1993 г., ряд двусторонних договоров о правовой помощи.

Наряду с этим в каждом государстве, включая Российскую Федерацию, существуют нормы национального процессуального законодательства, регламентирующие процедуру исполнения иностранных судебных поручений.

В результате *в мире сложилось несколько способов исполнения иностранных судебных поручений*, каждый из которых в той или иной степени применяется и в Российской Федерации. Рассмотрим эти способы.

Непосредственное обращение суда одного государства в суд другого государства. Этот порядок сообщения судов разных государств друг с другом в процессе рассмотрения трансграничного гражданского дела предусмотрен Соглашением СНГ 1992 г., применяется в отношениях между Российской Федерацией, Азербайджаном, Арменией, Беларуссией, Казахстаном, Кыргызстаном, Молдовой, Таджикистаном, Туркменистаном, Узбекистаном и Украиной при разрешении хозяйственных споров между субъектами предпринимательской и иной экономической деятельности. Статья 5 этого Соглашения предусматривает, что суд одного государства-участника посылает непосредственно в суд другого государства-участника судебное поручение почтовой связью, без перевода, заверенное официальной печатью суда. Суд запрашиваемого государства отправляет результаты исполнения тем же способом непосредственно в суд запрашивающего государства. Данный способ оказания правовой помощи является наиболее простым, быстрым и целесообразным с точки зрения эффективности рассмотрения трансграничного гражданского дела. Именно поэтому Международным протоколом от 28 марта 1997 г. к Конвенции СНГ 1993 г. о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам было уста-

новлено, что компетентные учреждения юстиции Договаривающихся Сторон могут сноситься друг с другом не только через свои центральные, но и через свои территориальные и иные органы, в том числе и непосредственно (ст. 5 Конвенции).

Направление судебного поручения за рубеж через специально уполномоченные центральные органы. В Российской Федерации в качестве такого органа выступает Министерство юстиции РФ. Этот способ исполнения иностранных судебных поручений применяется в России в отношениях с государствами — участниками Конвенции СНГ 1993 г. (в качестве общего правила), а также с рядом государств, с которыми Российская Федерация заключила двусторонние договоры о правовой помощи по гражданским и семейным делам: Албания (1958, 1995 гг.), Болгария (1975 г.), Венгрия (1958 г.), Вьетнам (1981 г.), Иран (1996 г.), КНР (1992 г.), КНДР (1957 г.), Куба (1984 г.), Латвия (1993 г.), Литва (1992 г.), Монголия (1988 г.), Польша (1996 г.), Румыния (1958 г.), государства — правопреемники Чехословакии (по договору 1982 г.) и Югославии (по договору 1962 г.), Эстония (1993 г.).

Механизм исполнения иностранных судебных поручений в соответствии с указанными международными договорами РФ следующий. Суд запрашивающего государства направляет поручение о выполнении за рубежом каких-либо процессуальных действий в свой центральный орган юстиции. Тот в свою очередь пересылает данное поручение в центральный орган юстиции запрашиваемого государства, уже оттуда это поручение поступает в компетентный иностранный суд для исполнения. Результаты исполнения направляются в суд запрашивающего государства в обратном порядке.

Направление судебного поручения за рубеж через дипломатические каналы. Этот порядок осуществления правовой помощи используется Россией в отношениях со странами — участниками Гаагской конвенции по вопросам гражданского процесса 1954 г. (не участвующими в вышеуказанных Гаагских конвенциях 1965 и 1970 гг.): Австрией, Боснией и Герцеговиной, Ливаном, Македонией, Марокко, Словенией, Суринамом, Хорватией, Бельгией, Египтом, Японией. Помимо этого, данный порядок исполнения иностранных судебных поручений предусмотрен двусторонними договорами между Российской Федерацией и Алжиром (1982 г.), Грецией (1981 г.), Ираком (1973 г.), Италией (1981 г.), Кипром (1984 г.), Народной Демократической Республикой Йемен (1985 г.), Тунисом (1984 г.) и Финляндией (1978 г.).

В соответствии с указанными международными договорами РФ российский суд должен был отправить поручение о выполнении процессуальных действий за рубежом в Министерство юстиции РФ. Оттуда поручение направлялось в МИД России, который пересылал это поручение в иностранные дипломатические органы. И уже оттуда посредством компетентных органов иностранного государства поручение

поступало в иностранный суд. Результаты исполнения направлялись в Российскую Федерацию в обратном порядке.

Эта процедура направления судебного поручения за рубеж является наиболее сложной, длительной по времени и многоступенчатой. В связи с этим на уровне судебной практики закреплено, что в настоящее время у судов есть возможность адресовать поручение непосредственно в МИД России, минуя Министерство юстиции Российской Федерации.

Упрощенный порядок направления судебного поручения за рубеж. Он используется в отношениях между российскими судами и судами государств — участников Гаагской конвенции о вручении за границей судебных и внесудебных документов по гражданским и торговым делам 1965 г. и Гаагской конвенции о сборе за границей доказательств по гражданским и торговым делам 1970 г.

В соответствии с Конвенцией 1965 г. суд запрашивающего государства может передавать поручение о вручении процессуальных документов суду запрашиваемого государства непосредственно, минуя центральные органы юстиции и дипломатические каналы. Кроме того, российский суд имеет право вручать процессуальные документы непосредственно лицам, находящимся на территории иностранного государства, через российское посольство или консульство в этом государстве. Равным образом иностранные посольства и консульства по поручению своих судов имеют право вручать соответствующие документы непосредственно лицам, находящимся на территории Российской Федерации.

Конвенция 1970 г. также предусматривает возможность для судов государств-участников непосредственно передавать друг другу поручения о сборе за границей доказательств по трансграничным гражданским делам. Помимо этого, Конвенция уполномочивает дипломатические и консульские учреждения, находящиеся за рубежом, а также уполномоченных представителей выполнять отдельные процессуальные действия в помощь судебному разбирательству. Однако совершение этих процессуальных действий возможно лишь при наличии разрешения компетентного органа страны пребывания и при соблюдении указанных этим органом условий.

В соответствии со ст. 407 ГПК и ст. 256 АПК РФ российские суды исполняют поручения иностранных судов и компетентных органов иностранных государств о выполнении отдельных процессуальных действий, а также обращаются к иностранным судам с аналогичными поручениями в порядке, установленном международным договором РФ или федеральным законом. При этом суды руководствуются собственными процессуальными нормами. Из этого правила законодатель установил одно исключение: если международным договором РФ предусмотрено иное, то российские суды могут исполнять такие судебные поручения в соответствии с иностранными процессуальными нормами. Так, на-

пример, ст. 8 Конвенции СНГ 1993 г. предусматривает, что по просьбе запрашивающего учреждения запрашиваемый суд может применить процессуальные нормы запрашивающей Договаривающейся Стороны, если это не противоречит публичному порядку запрашиваемой Договаривающейся Стороны.

Международный гражданский процесс признает возможность исполнения поручений иностранных судов и в отсутствие международного соглашения, на принципах международной вежливости (*comitas gentium*). Российская судебная практика также использует этот принцип. Так, п. 20 постановления Пленума ВАС РФ от 11 июня 1999 г. № 8 «О действии международных договоров Российской Федерации применительно к вопросам арбитражного процесса» говорит о том, что «направление судебного поручения в порядке правовой помощи возможно и на условиях международной вежливости в отсутствие международного договора об оказании правовой помощи»¹.

Отечественное законодательство предусматривает исчерпывающие основания, при наличии которых иностранное судебное поручение не может быть исполнено на территории России:

- исполнение поручения может нанести ущерб суверенитету Российской Федерации или угрожает безопасности Российской Федерации (п. 1 ч. 2 ст. 407 ГПК РФ);
- исполнение поручения нарушает основополагающие принципы российского права или иным образом противоречит публичному порядку Российской Федерации (п. 1 ч. 2 ст. 256 АПК РФ);
- исполнение поручения не входит в компетенцию суда (п. 2 ч. 2 ст. 407 ГПК РФ, п. 2 ч. 2 ст. 256 АПК РФ);
- не установлена подлинность документа, содержащего поручение о выполнении отдельных процессуальных действий (п. 3 ч. 2 ст. 256 АПК РФ).

22.5. Признание и исполнение иностранных судебных решений

Исполнение судебного решения является заключительной стадией гражданского процесса. Для надлежащей защиты субъективных прав и законных интересов участников международного гражданского оборота недостаточно одного только вынесения решения и его вступления в законную силу. Исполнительное производство является формой окончательной реализации прав заинтересованных лиц на судебную защиту, поскольку только после реального исполнения судебного решения законные интересы взыскателя будут окончательно удовлетворены.

Между тем в международном гражданском процессе исполнение судебного решения на территории иностранного государства сталкивается

¹ Вестник ВАС РФ. 1999. № 8.

с той же проблемой, что и исполнение судебного поручения. Решение, вынесенное судом, в соответствии с принципом государственного суверенитета обладает юридической силой лишь в стране суда, его вынесшего. Для того чтобы это судебное решение было реализовано на территории иностранного государства, оно должно быть в соответствии с правом этого иностранного государства или нормами международного договора либо признано (если оно не подлежит принудительному исполнению), либо признано и принудительно исполнено.

После того как иностранное судебное решение признано в государстве, оно наделяется такой же юридической силой, что и вступившие в законную силу решения отечественных судов, и наделяется такими же свойствами: неопровержимость, окончательность, исполнимость и др.

Признание и принудительное исполнение иностранного судебного решения — это урегулированная правовыми нормами каждого государства специальная процедура по приданию иностранному судебному решению равной юридической силы со вступившими в законную силу решениями отечественных судов, а также дальнейшее осуществление действий по фактическому исполнению этого решения на территории признавшего его государства. В каждом государстве, включая Российскую Федерацию, признание и принудительное исполнение иностранных судебных решений регулируются в силу принципа *lex fori*, своими процессуальными нормами, содержащимися в международных договорах Российской Федерации и национальном законодательстве.

В настоящее время в мире сложились четыре основные системы признания и принудительного исполнения иностранного судебного решения:

— пересмотр иностранного судебного решения по существу и вынесение нового решения отечественным судом (в Великобритании, кроме решений судов государств — бывших британских доминионов, а также государств, с которыми заключен соответствующий международный договор);

— регистрация судебного решения в особом реестре (в Великобритании в отношении всех остальных иностранных судебных решений, которые регистрируются в Высоком суде, и на основании этой регистрации выдается исполнительный документ, при этом невозможен пересмотр дела по существу);

— производство в отечественном суде по вопросу о признании и принудительном исполнении решения иностранного суда, проверка этого решения на соответствие формальным процессуальным признакам и непротиворечие публичному порядку и последующая выдача экзекватуры, т. е. разрешения отечественного суда на принудительное исполнение иностранного судебного решения (большинство государств, включая США, страны Европейского союза и Россию, кроме случаев, установленных международным договором);

– автоматическое признание иностранного судебного решения без каких-либо дополнительных процедур (режим, установленный Соглашением СНГ 1992 г. о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности и Конвенцией СНГ 1993 г. о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам).

В настоящее время процедура признания и принудительного исполнения иностранного судебного решения регламентируется в России двумя основными международными договорами: Соглашением СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., и Конвенцией СНГ о правовой помощи и правовых отношениях по гражданским, семейным и уголовным делам 1993 г.

Наиболее простой механизм признания иностранных судебных решений предусмотрен Соглашением СНГ 1992 г. и Конвенцией СНГ 1993 г. В соответствии с этими международными договорами Российской Федерации государства, участвующие в них, приняли на себя обязательство взаимно признавать вступившие в законную силу решения компетентных судов любой из Договаривающихся Сторон без какой-либо дополнительной судебной процедуры. В ст. 9 Соглашения и в ст. 55 Конвенции предусматривается лишь судебное производство по отказу в признании решения при наличии обстоятельств, указанных в этих международных договорах Российской Федерации (например, если решение было вынесено некомпетентным судом)¹.

В соответствии со ст. 52 Конвенции СНГ 1993 г. вынесенные судами каждой из Договаривающихся Сторон и вступившие в законную силу решения, не требующие по своему характеру исполнения, признаются на территориях других Договаривающихся Сторон без специального производства при условии, если:

– учреждения юстиции запрашиваемой Договаривающейся Стороны не вынесли ранее по этому поводу решения, вступившего в законную силу;

– дело согласно Конвенции, а в случаях, не предусмотренных ею, — согласно законодательству Договаривающейся Стороны, на территории которой решение должно быть признано, не относится к исключительной компетенции учреждений юстиции этой Договаривающейся Стороны.

Более сложна процедура принудительного исполнения иностранного судебного решения в соответствии с Соглашением СНГ 1992 г. и Конвенцией СНГ 1993 г. В отличие от признания, которое происходит автоматически, принудительное исполнение иностранного судебного

¹ *Нешатаева Т. Н.* Указ. соч. С. 529–531.

решения в соответствии с Конвенцией СНГ 1993 г. требует специальной судебной процедуры по выдаче экзекватуры.

Заинтересованное лицо должно подать ходатайство о признании и разрешении принудительного исполнения решения в компетентный суд Договаривающейся Стороны, на территории которой должно быть осуществлено принудительное исполнение. Этот суд не пересматривает решение по существу. В признании и принудительном исполнении иностранного судебного решения может быть отказано лишь при наличии строго установленных в ст. 55 Конвенции процессуальных формальных оснований. Эти основания идентичны требованиям российского национального законодательства, поэтому более подробно они будут изложены ниже. В отсутствие этих оснований компетентный суд запрашиваемой Договаривающейся Стороны выносит определение о признании и приведении к принудительному исполнению решения иностранного суда, на которое выдается исполнительный документ и которое в дальнейшем исполняется в соответствии с процессуальным законодательством запрашиваемой Договаривающейся Стороны.

На национальном уровне процедура признания и принудительного исполнения иностранного судебного решения регламентируется нормами ГПК и АПК РФ 2002 г., которые в некоторых отношениях существенно отличаются друг от друга.

ГПК РФ воспринял традицию, заложенную Конвенцией СНГ 1993 г. В соответствии со ст. 413 ГПК РФ решения иностранных судов, которые не требуют принудительного исполнения, признаются без какого-либо дальнейшего производства, если со стороны заинтересованного лица не поступят возражения относительно этого.

К числу иностранных судебных решений, не требующих вследствие своего содержания дальнейшего производства, ст. 415 ГПК РФ относит решения:

- относительно статуса гражданина государства, суд которого принял решение;
- о расторжении или признании недействительным брака между российским гражданином и иностранным гражданином, если в момент рассмотрения дела хотя бы один из супругов проживал вне пределов Российской Федерации;
- о расторжении или признании недействительным брака между российскими гражданами, если оба супруга в момент рассмотрения дела проживали вне пределов Российской Федерации;
- в других предусмотренных федеральным законом случаях.

Такие иностранные судебные решения признаются в Российской Федерации автоматически. Заинтересованное лицо в течение месяца после того, как ему стало известно о поступлении в Россию такого решения иностранного суда, может заявить в суд общей юрисдикции субъекта Российской Федерации (края, области и пр.) по месту своего

жительства или месту нахождения возражения относительно признания этого решения. Возражения рассматриваются в открытом судебном заседании, и после рассмотрения судом этих возражений относительно признания решения иностранного суда выносится соответствующее определение. Иностранное судебное решение при этом не пересматривается по существу. Отказ в признании этого решения допускается лишь при наличии формальных процессуальных оснований, предусмотренных п. 1–5 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ.

Судебного разбирательства и выдачи экзекватуры судами общей юрисдикции требуют лишь иностранные судебные решения, которые по своему характеру подлежат принудительному исполнению.

В соответствии со ст. 410 ГПК РФ ходатайство взыскателя о принудительном исполнении решения иностранного суда рассматривается, как и в вышеприведенном случае, судом общей юрисдикции субъекта Российской Федерации, но на этот раз по месту жительства или месту нахождения должника в Российской Федерации, а в случае если должник не имеет места жительства или места нахождения в Российской Федерации либо место его нахождения неизвестно — по месту нахождения его имущества. Решение иностранного суда может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет со дня его вступления в законную силу. Пропущенный по уважительной причине срок может быть восстановлен судом в Российской Федерации в общем порядке (п. 3 ст. 409 ГПК РФ).

АПК РФ исходит из других принципов. В соответствии с его ст. 241 решения судов иностранных государств, принятые ими по спорам и иным делам, возникающим при осуществлении предпринимательской и иной экономической деятельности, признаются и приводятся в исполнение в Российской Федерации арбитражными судами. Вопросы признания и приведения в исполнение решения иностранного суда разрешаются арбитражным судом по заявлению стороны в споре, рассмотренном иностранным судом.

Заявление о признании и принудительном исполнении решения иностранного суда подается стороной в споре, в пользу которой состоялось решение (взыскателем) в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или месту жительства должника, либо, если место нахождения или место жительства должника неизвестно — по месту нахождения имущества должника (п. 1 ст. 242 АПК РФ).

Как видно, *в отличие от судов общей юрисдикции арбитражные суды в Российской Федерации обязательно рассматривают дело в процессуальном порядке и выдают экзекватуру не только на принудительное исполнение иностранного судебного решения, но и на его признание.*

Еще одним важным различием в процедуре признания и принудительного исполнения решений иностранных судов между нормами ГПК РФ и АПК РФ является следующее. В соответствии с п. 1 ст. 409 ГПК

РФ решения иностранных судов признаются и исполняются на территории Российской Федерации судами общей юрисдикции, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации.

Арбитражные же суды выносят определение о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда, если это предусмотрено международным договором Российской Федерации и федеральным законом. Федеральными законами может предусматриваться возможность исполнения иностранных судебных решений в Российской Федерации и в отсутствие международного договора Российской Федерации на основании принципа взаимности.

Справедливости ради необходимо отметить, что и суды общей юрисдикции на практике также признают и приводят в исполнение иностранные судебные решения на основании взаимности. Однако напрямую ГПК РФ им такой возможности не дает. Можно подчеркнуть, что вопрос о признании иностранных судебных решений в отсутствие международного договора Российской Федерации не решен. Процессуальное отрицание принципа взаимности таит в себе потенциальную опасность непризнания решений российских судов на основе реторсий.

Такие различия между ГПК РФ и АПК РФ в правовом регулировании признания и приведения в исполнение иностранных судебных решений свидетельствуют о существовании в настоящее время двух правовых режимов признания и принудительного исполнения этих решений — в арбитражном судопроизводстве и гражданском судопроизводстве.

Заявление и ходатайство о признании и приведении в исполнение решения иностранного суда подается в письменной форме, подписывается взыскателем или его представителем и должно содержать обязательные реквизиты, установленные в п. 2 ст. 242 АПК РФ и п. 1 ст. 411 ГПК РФ (наименование взыскателя и должника, их место нахождения или место жительства; сведения о решении иностранного суда и т. д.).

К заявлению (ходатайству) обязательно должны быть приложены документы, перечень которых установлен в п. 3 ст. 242 АПК РФ и п. 2 ст. 411 ГПК РФ. К их числу относятся, в частности, копия решения иностранного суда; документ, подтверждающий вступление этого решения в законную силу, если это не указано в тексте самого решения; документ, подтверждающий, что должник был своевременно и в надлежащей форме извещен о разбирательстве дела в иностранном суде. Все документы, представляемые в российский суд, должны быть надлежащим образом удостоверены. Помимо этого, в суд должен быть представлен надлежащим образом удостоверенный перевод этих документов на русский язык.

Заявление и ходатайство о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения рассматриваются в открытом судебном заседании. Неявка заявителя, надлежащим образом уведомленного о дате и месте судебного заседания, не препятствует рассмотрению заявления (ходатайства). По результатам рассмотрения дела суд выносит определение о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения либо от отказе в этом (п. 4 ст. 411 ГПК РФ, ст. 245 АПК РФ).

И суды общей юрисдикции, и арбитражные суды не вправе пересматривать иностранное судебное решение по существу. Они имеют право вынести определение об отказе в признании и приведении в исполнение решения иностранного суда лишь при наличии следующих оснований:

- решение по закону государства, на территории которого оно принято, не вступило в законную силу (п. 1 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, п. 1 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ);
- сторона, против которой принято решение, не была своевременно и надлежащим образом извещена о времени и месте рассмотрения дела или по другим причинам не могла представить в суд свои объяснения (п. 2 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, п. 2 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ);
- рассмотрение дела в соответствии с международным договором РФ или федеральным законом относится к исключительной компетенции суда в Российской Федерации (п. 3 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, п. 3 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ);
- имеется вступившее в законную силу решение суда в Российской Федерации, принятое по спору между теми же лицами, о том же предмете и по тем же основаниям (п. 4 ч. 1 ст. 244 АПК РФ);
- в производстве суда в Российской Федерации имеется дело, возбужденное по спору между теми же сторонами, о том же предмете и по тем же основаниям до возбуждения дела в иностранном суде (п. 5 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, п. 4 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ);
- истек срок давности приведения решения иностранного суда к принудительному исполнению, и этот срок не восстановлен судом (п. 6 ч. 1 ст. 244 АПК РФ, п. 6 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ);
- исполнение решения иностранного суда противоречило бы публичному порядку Российской Федерации (п. 7 ч. 1 ст. 244 АПК РФ) либо может нанести ущерб суверенитету Российской Федерации или угрожает безопасности Российской Федерации (п. 5 ч. 1 ст. 412 ГПК РФ).

В отсутствие этих оснований российский суд выносит определение о признании и приведении в исполнение иностранного судебного решения, выдает на него исполнительный лист, и в дальнейшем исполнительное производство по нему осуществляется в соответствии с процессуальным законодательством Российской Федерации, как и в отношении вступивших в законную силу отечественных судебных решений.

Дополнительная литература

Ертылева Н. Ю. Актуальные проблемы теории и практики международного гражданского процесса // Арбитражный и гражданский процесс. 2003. № 11, 12.

Мамаев А. А. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам. М.: Проспект, 2008.

Марышева Н. И. Международная правовая помощь и ее виды // Проблемы международного частного права: сб. статей / под ред. Н. И. Марышевой. М., 2000.

Федосеева Г. Ю. Риторика вопроса о месте международного гражданского процесса в системе права Российской Федерации // Lex Russica. Научные труды Московской государственной юридической академии. 2005. № 1.

Глава 23

МЕЖДУНАРОДНЫЙ КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ

Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. (Россия участвует); Европейская конвенция о внешнеторговом арбитраже 1961 г. (Россия участвует); Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества, 1972 г. (Россия участвует); Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1962 г. (Россия участвует); Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г.; Согласительный регламент ЮНСИТРАЛ 1980 г.; Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже 1985 г. (в ред. 2006 г.); Закон Российской Федерации «О международном коммерческом арбитраже» 1993 г.; Регламент Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации 2006 г.

23.1. Понятие и правовая природа международного коммерческого арбитража

Возникновение споров между участниками международной хозяйственной деятельности в принципе неизбежно. Даже если стороны стремились максимально обеспечить надлежащее исполнение обязательств, неисполнение может произойти. Тогда сторона, в отношении которой обязательство не было выполнено, стремится получить адекватную компенсацию. В таких случаях положение на внутреннем рынке достаточно определено: в большинстве стран действуют развитые национальные судебные и правовые системы, обеспечивающие интересы потерпевшей стороны и гарантирующие восстановление ее нарушенных прав.

В международной сфере дела обстоят иначе. Очевидно, что международное предпринимательство развивается в обширном и неустойчивом пространстве. Не существует ни особого международного суда, ни иной международной процедуры по рассмотрению коммерческих споров, ни даже общепризнанного и общеприменяемого права. Как мы видели, действует лишь несколько конвенций в области права международной

торговли, да и те не ратифицированы многими государствами и применяются лишь в ограниченных сферах торговли и иной хозяйственной деятельности.

В этих условиях сложился особый механизм рассмотрения международных коммерческих споров, который получил название «международный коммерческий арбитраж». Термин «международный коммерческий арбитраж» используется, во-первых, для обозначения в целом механизма рассмотрения коммерческих споров; во-вторых, для обозначения органа (организации), созданного для рассмотрения таких споров; в-третьих, для обозначения конкретного состава арбитров (либо единоличного арбитра), рассматривающего конкретный спор. В последних двух случаях часто используют дополнительный термин «арбитражный (третейский) суд». Термины «арбитражный суд» и «третейский суд» равнозначны.

Обычно необходимость указания на то, что арбитражный суд является третейским судом, возникает в тех государствах, где существуют арбитражные суды, входящие в единую государственную судебную систему. Например, в России согласно Федеральному конституционному закону «О судебной системе Российской Федерации» в судебную систему входят Высший Арбитражный Суд РФ, федеральные арбитражные суды округов, арбитражные суды субъектов РФ, составляющие систему федеральных арбитражных судов (ст. 3). Эти суды созданы главным образом для разрешения споров между российскими хозяйственными организациями, а также с участием иностранных хозяйственных организаций. Поэтому дополнительное указание «третейский суд» должно подчеркнуть негосударственную природу международного коммерческого арбитража. С учетом изложенных замечаний названные термины используются как равнозначные.

Международный коммерческий арбитраж следует отличать от механизма рассмотрения хозяйственных споров между государствами, предусмотренного нормами международного (публичного) права, например в рамках Международного суда ООН, Постоянной палаты третейского суда и пр. В отличие от международно-правовых институтов, рассматривающих межгосударственные споры, *международный коммерческий арбитраж — это механизм рассмотрения коммерческих (хозяйственных) споров между частными лицами (физическими и юридическими), т. е. трансграничных частноправовых споров.* Стороной спора может быть и государство, но спор по своему содержанию является частноправовым и второй стороной спора является физическое или юридическое лицо.

Отметим также, что термин «международный» в понятии международного коммерческого арбитража носит условный характер, поскольку такой арбитраж допускается или учреждается по национальному праву и руководствуется в своей деятельности определенными нормами на-

ционального права¹. В конечном итоге по своей природе он является национально-правовым институтом, поскольку споры между физическими и юридическими лицами относятся к национальной юрисдикции. Термин «международный» относится лишь к характеру рассматриваемых споров — *коммерческие споры международного характера*, т. е. споры, вытекающие из международной торговой и иной экономической деятельности частных лиц. Иными словами, это споры, возникающие между сторонами международных коммерческих сделок. И все то, что было рассмотрено в гл. 12 по поводу критерия «международности» сделок, в равной мере применимо для критерия «международности» коммерческого арбитража.

Таким образом, международный коммерческий арбитраж — это механизм (организация, орган) по рассмотрению международных коммерческих споров.

Все сказанное не означает, что международный коммерческий арбитраж — это единственный способ рассмотрения международных коммерческих споров. Во-первых, они могут рассматриваться и в системе государственных арбитражных судов, если законодательство соответствующей страны это разрешает. В соответствии с Арбитражным процессуальным кодексом РФ 2002 г. арбитражный суд рассматривает не только внутренние экономические споры, но и споры с участием иностранных организаций, организаций с иностранными инвестициями, международных организаций, иностранных граждан (п. 5 ст. 27)². Этот подход был предусмотрен уже в предыдущем Арбитражном процессуальном кодексе 1995 г. (п. 6 ст. 22)³.

Во-вторых, международные коммерческие споры могут рассматриваться и национальными третейскими (негосударственными) судами.

Так, Временное положение о третейском суде для разрешения экономических споров, утвержденное постановлением Верховного Совета РФ от 24 июня 1992 г., предусматривало возможность передачи на разрешение третейским судом экономических споров, подведомственных арбитражным судам. Часть 2 ст. 1 Положения специально оговаривала, что при наличии соглашения сторон третейскому суду могут быть переданы споры, когда одна из сторон находится на территории другого государства либо является предприятием с иностранными инвестициями⁴.

¹ Основным правовым актом, регламентирующим деятельность международного коммерческого арбитража в России, является Закон о международном коммерческом арбитраже от 7 июля 1993 г. // Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

² См.: РГ. 2002. 27 июля.

³ См.: СЗ РФ. 1995. № 19. Ст. 1710.

⁴ См.: Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1790.

Федеральный закон от 24 июля 2002 г. «О третейских судах в Российской Федерации», прекративший действие Временного положения, не содержит прямого указания о правомочии третейского суда на рассмотрение международных коммерческих споров. Однако по его содержанию это право подразумевается: во-первых, в третейский суд может быть передан «любой спор, вытекающий из гражданских правоотношений» (п. 2 ст. 1), а во-вторых, наделяя арбитражные суды некоторыми процессуальными правомочиями при рассмотрении дел в третейских судах, Закон ограничивает их спорами, подведомственными арбитражным судам (абз. 8 ст. 2). К таким спорам, как указано выше, относятся и экономические споры международного характера¹.

В отличие от этих двух арбитражей международный коммерческий арбитраж создается для рассмотрения исключительно коммерческих споров международного характера².

Наконец, международные коммерческие споры во многих государствах могут рассматриваться и национальными судами общей юрисдикции в соответствии с правилами о подсудности, установленными национальным законодательством государства, в суд которого обращаются с иском, или международными договорами с участием этого государства. Однако стороны предпочитают международный коммерческий арбитраж.

Арбитражный порядок рассмотрения международных коммерческих споров имеет *существенные преимущества* по сравнению с судебным. Прежде всего арбитраж носит чрезвычайно демократический характер. Он является общественным формированием, не входящим в систему судебных, административных и иных государственных органов. Обращение к последнему дает возможность сторонам не подчиняться строго регламентированному национальному порядку в отношении и юрисдикции определенного суда, и применимого права, и самой процедуры рассмотрения спора. *Стороны имеют возможность оказывать влияние на все стадии арбитражного разбирательства*: согласие сторон является обязательным условием для обращения в арбитраж; стороны могут избирать арбитров, доверить решение дела одному лицу, не обязательно юристу (главное, чтобы арбитр знал соответствующую область хозяйственных отношений); стороны избирают место проведения арбитража и язык арбитражного разбирательства; стороны вправе определять полностью или частично саму арбитражную процедуру; стороны могут изъять спор из-под действия права и предложить решить его по справедливости (*ex aequo et bono*).

¹ См.: РГ. 2002. 27 июля.

² Примечательно, что Закон о третейских судах прямо устанавливает, что он не распространяется на международный коммерческий арбитраж (п. 1 ст. 3).

Процедура арбитражного разбирательства проста, она не регламентируется многочисленными процессуальными нормами, регулирующими судебную процедуру, что обеспечивает рассмотрение дел в относительно короткие сроки.

Рассмотрение споров арбитражем происходит, как правило, на закрытых заседаниях, это гарантирует сохранение производственных и коммерческих тайн сторон спора. В большинстве стран запрещается публикация арбитражных решений без согласия сторон. Арбитры обязаны хранить в тайне информацию о разрешаемых спорах.

Наконец, фундаментальным принципом коммерческого арбитража является окончательный характер арбитражного решения — *res judicata*, согласно которому арбитражное решение окончательно и обязательно для сторон, оно не подлежит изменению, не может быть пересмотрено по существу и подлежит исполнению в принудительном порядке. Более того, возможность принудительного исполнения арбитражных решений дополнительно обеспечивается значительным числом межгосударственных договоров о взаимном признании и исполнении иностранных арбитражных решений.

Все это делает привлекательным для участников международной хозяйственной деятельности международный коммерческий арбитраж как механизм разрешения их коммерческих споров. В Руководстве по арбитражу, изданном Международной торговой палатой, отмечается: «Арбитраж является средством, с помощью которого разрешаются споры с использованием процедуры, о которой договорились стороны контракта. Арбитражное решение является обязательным для сторон, имеет силу закона и может быть исполнено сходным с исполнением судебного решения путем. Арбитраж в настоящее время стал основным способом урегулирования международных коммерческих споров»¹.

Международный коммерческий арбитраж не является элементом государственной судебной системы и в своей деятельности почти не зависит от нее. Обращение сторон в арбитраж или даже только наличие соглашения сторон об этом исключает судебную юрисдикцию. Это значит, что если одна из сторон все же обратится в суд, последний должен либо по своей инициативе, либо по заявлению другой стороны отказать в принятии искового заявления или прекратить уже начатое производство по делу. Государственные судебные органы в принципе не вправе вмешиваться в деятельность арбитража.

Однако не существует полной изоляции арбитража от национальных государственных судебных систем. По крайней мере два процессуальных действия, связанных с арбитражным рассмотрением споров, могут выполнить суды. Первое — это осуществление принудительных мер по предварительному обеспечению иска. Как правило, арбитраж может само-

¹ См.: Guide to Arbitration. International Chamber of Commerce. Paris, 1983. P. 27.

стоятельно при наличии соответствующего обращения заинтересованной стороны принять такие меры. Но если заинтересованная сторона обратится с аналогичной просьбой к судебному органу, то такая просьба не рассматривается как несовместимая с арбитражной процедурой и суд имеет право необходимые меры предпринять.

Второе действие связано с исполнением арбитражного решения. Если оно не исполняется сторонами добровольно, лишь национальный суд имеет полномочия по принудительному исполнению решения. Кроме того, в строго определенных случаях, связанных с процессуальными нарушениями, национальный суд наделен полномочиями отменить арбитражное решение при наличии соответствующего ходатайства заинтересованной стороны спора. За пределами этих исключений арбитраж рассматривает дела полностью самостоятельно.

Международной арбитражной практике известны *два вида арбитража: арбитраж ad hoc (разовый арбитраж) и институционный арбитраж.* Институционный, или постоянно действующий, арбитраж создается при национальных торговых (торгово-промышленных) палатах, биржах, ассоциациях, союзах, обществах и любых других организациях, в том числе функционально являющихся международными. *Для институционного арбитража характерны наличие постоянно действующего органа, который, не принимая участия в разрешении споров, выполняет некоторые административно-технические, консультативные и контрольные функции; наличие положения о нем (или устава) и регламента, устанавливающих правила арбитражного процесса; наличие списка арбитров, из которого стороны выбирают арбитров.*

Арбитраж *ad hoc* образуется сторонами для рассмотрения конкретного спора, после разбирательства которого и вынесения решения он прекращает свое существование. Стороны выбирают место проведения арбитражного разбирательства, устанавливают правила избрания арбитров и арбитражную процедуру. Стороны пользуются практически неограниченной автономией в выборе процедуры решения спора. Они могут детально согласовать ее между собой, могут взять за основу регламент какого-либо существующего институционного арбитража. Наконец, стороны могут договориться о применении одного из типовых арбитражных регламентов, разработанных в международных (межправительственных) организациях специально для арбитража *ad hoc*.

Есть три арбитражных регламента, разработанных под эгидой ООН: Арбитражный регламент Экономической комиссии ООН для Европы 1966 г., Правила международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока 1966 г. и Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ 1976 г. Все они имеют факультативный характер и применяются только в том случае, если стороны сделали ссылку на них в своем соглашении. Причем стороны вправе договориться о внесении любых изменений в правила регламентов.

Как показывает практика, арбитраж *ad hoc* бывает более успешным по спорам, связанным с фактическими обстоятельствами дела: качеством товара, определением его цены и пр. Большинство таких дел рассматривается быстро и эффективно. Однако при наличии сложных и запутанных разногласий, особенно проблем, связанных с применением права, использование данного вида арбитража может привести к неуверенности сторон, особенно по процедурным вопросам, и к принятию неудовлетворительного решения. В сложных делах институционный арбитраж становится более предпочтительным.

В наше время число постоянно действующих арбитражей неуклонно растет. Существует более 100 международных коммерческих арбитражей, из которых наиболее известными являются Арбитражный суд Международной торговой палаты (Париж), Лондонский международный третейский суд, Американская арбитражная ассоциация (Нью-Йорк), Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты. В России это Международный коммерческий арбитражный суд и Морская арбитражная комиссия при Торгово-промышленной палате РФ.

23.2. Международно-правовые основы международного коммерческого арбитража

Возрастающее значение арбитражного способа разрешения международных коммерческих споров, с одной стороны, и существенные различия в национальном праве, регулирующем деятельность международного коммерческого арбитража, — с другой, порождают потребность в упорядочении этой деятельности и достижении единообразия. В результате увеличивается роль международного права, прежде всего международных договоров в обеспечении нормального функционирования арбитражного института.

Роль международного права в разрешении международных коммерческих споров проявляется в трех направлениях: а) унификация процедурных норм в целях обеспечения единообразия в процедуре рассмотрения международных коммерческих споров в арбитражах разных государств; б) создание международно-правовой основы для признания и принудительного исполнения решений арбитража одного государства на территории других; в) создание и определение правовых основ деятельности специализированных международных центров по рассмотрению определенных видов коммерческих споров.

Унификации правил арбитражного разбирательства международное сообщество уделяет значительное внимание. Существует ряд международных актов в этой области. Они отличаются и по содержанию, и по юридической силе, и по способу применения. Многие из них были подготовлены в рамках ООН. Прежде всего отметим Европейскую конвенцию о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Она была разработана под

эгидой Экономической комиссии ООН для Европы, принята в Женеве 21 апреля 1961 г. и вступила в силу 7 января 1964 г. Конвенция вышла за региональные рамки в результате присоединения неевропейских государств. Россия участвует в ней с 1962 г.¹

Конвенция содержит правила, определяющие порядок формирования арбитража, рассмотрения дела, вынесения решений, а также условия и последствия признания арбитражного решения недействительным. Конвенция применима как к арбитражу *ad hoc*, так и к «постоянным арбитражным органам» при условии, что стороны, передающие свой спор на арбитражное разбирательство, имеют местонахождение на территории разных договаривающихся государств (ст. 1).

Несколько важных правил для международного коммерческого арбитража закреплено в Конвенции: 1) при рассмотрении дела арбитрами могут быть не только граждане страны, где спор рассматривается, но и иностранные граждане (ст. 3); 2) предусмотрено право юридических лиц, которые по своему национальному закону относятся к «юридическим лицам публичного права», также передавать свои споры на арбитражное разбирательство. По национальным законам юридические лица публичного права часто такой возможности лишены и могут обращаться лишь в государственные суды (ст. 2); 3) установлен принцип неограниченной автономии воли сторон по выбору применимого права; если стороны право не выбрали, то арбитраж выбирает право в соответствии с коллизионными нормами, которые арбитры сочтут применимыми; наконец, арбитры могут по договоренности между сторонами вынести решение в качестве «дружеских посредников» (ст. 7).

Конвенция довольно подробно регламентирует порядок взаимоотношений между арбитражем и государственным судом (ст. 6). Она *устанавливает общий принцип, согласно которому государственный суд обязан отказаться от рассмотрения спора, по которому между сторонами заключено арбитражное соглашение.* Кроме того, установлены порядок отвода государственного суда, порядок рассмотрения государственным судом вопроса о наличии или действительности арбитражного соглашения и правила выбора права, по которому этот вопрос должен решаться.

При всей важности предусмотренных в ней решений Конвенция не получила широкого применения; даже в Европе она не является общеприменимой (например, Великобритания до сих пор не присоединилась к ней). Конечно, она не может претендовать на роль своеобразного международного арбитражного кодекса, но она способствует эффективности коммерческого арбитража.

Нежелание государств связывать себя юридическими обязательствами по правилам арбитражного разбирательства, что показала история существования Европейской конвенции, *привело к использованию иной*

¹ Ведомости ВС СССР. 1964. № 44.

формы сближения арбитражной процедуры — был создан Типовой закон ЮНСИТРАЛ о международном коммерческом арбитраже. Он разработан в Комиссии ООН по праву международной торговли, одобрен Генеральной Ассамблеей ООН 11 декабря 1985 г. и рекомендован государствам в качестве модели соответствующего национального закона. В июне — июле 2006 г. на 39-й сессии ЮНИСТРАЛ Типовой закон был пересмотрен и утверждена новая редакция Закона с изменениями и дополнениями¹.

Типовой закон не является международным договором и, следовательно, не обладает обязательной юридической силой. Тем не менее он сможет сыграть важную роль в сближении арбитражной процедуры. Единообразие будет достигаться в процессе принятия национальных законов, основанных на одинаковых, одобренных мировым сообществом правилах, сформулированных в Типовом законе. Многие страны уже приняли соответствующие законы, включая Россию и восточноевропейские страны².

В международной коммерческой практике довольно часто применяются арбитражные регламенты, разработанные в рамках ООН: Арбитражный регламент Экономической комиссии ООН для Европы 1966 г., Правила международного коммерческого арбитража Экономической комиссии ООН для Азии и Дальнего Востока 1966 г., Арбитражный регламент Комиссии ООН по праву международной торговли (ЮНСИТРАЛ) 1976 г. Все три документа представляют собой унифицированные правила арбитражной процедуры, прежде всего для арбитража *ad hoc*.

Наибольшее распространение в международной практике получил Регламент ЮНСИТРАЛ, принятый резолюцией Генеральной Ассамблеи ООН 15 декабря 1976 г. в качестве рекомендации для использования в международной торговле путем ссылок на него в контрактах³.

Порядок формирования арбитража и процедура рассмотрения спора составлены таким образом, что если стороны договорились о рассмотрении спора арбитражем *ad hoc*, то он не может не состояться. Так, если сторона (стороны) уклоняется от назначения арбитра

¹ См.: Доклад Комиссии ООН по праву международной торговли о работе ее 39-й сессии. 19 июня — 7 июля 2006 г. // Официальные отчеты Генеральной Ассамблеи. 61-я сессия. (A/67/17).

² Таких стран уже 67, например Азербайджан, Австралия, Бангладеш, Белоруссия, Бахрейн, Болгария, Венгрия, Германия, Гонконг, Египет, Канада, Кипр, Мексика, Нигерия, Перу, Российская Федерация, Сингапур, Тунис, Украина, Финляндия, Шотландия, ряд штатов США и др.

³ В литературе отмечается довольно высокий профессиональный уровень данного документа, благодаря чему даже постоянные арбитражи допускают его применение в дополнение к своим собственным арбитражным регламентам (см.: *Шмиттгофф К.* Указ. соч. М., 1993. С. 348).

в течение 30 дней после получения от другой стороны предложения о формировании арбитража или стороны не пришли к соглашению о составе арбитража, то по просьбе любой из сторон это делает компетентный орган, согласованный сторонами (например, торговая палата какого-либо государства); если компетентный орган не назначил арбитров (арбитра), независимо по каким причинам, или стороны не договорились о компетентном органе в течение 60 дней после поступления соответствующего предложения, то любая сторона может обратиться к Генеральному секретарю Постоянного третейского суда в Гааге с просьбой назначить компетентный орган, который и сформирует состав арбитража (ст. 6–8). Как правило, арбитраж состоит либо из одного арбитра, либо из трех.

Так же гибко решаются и все вопросы процедуры арбитражного разбирательства: место и язык арбитражного разбирательства; подача искового заявления, возражений по нему и представление доказательств по делу; порядок слушания дела; виды решений арбитража и правила их вынесения и пр. Например, место арбитражного разбирательства определяется сторонами; если стороны его не определили, то место разбирательства определяется арбитражем с учетом обстоятельств дела; если стороны определили город или страну, то арбитраж определяет конкретное место в пределах города, страны; независимо от места разбирательства арбитраж имеет право проводить слушания или осуществлять отдельные процессуальные действия в любом месте, которое он найдет надлежащим с учетом обстоятельств разбирательства (ст. 16). Подобная гибкость и многовариантность направлена на создание условий для быстрого и эффективного рассмотрения дела.

ЮНСИТРАЛ, кроме Арбитражного регламента, разработал и Согласительный регламент, рекомендованный Генеральной Ассамблеей ООН 4 декабря 1980 г. Согласительная процедура в отличие от арбитражной, которая завершается вынесением обязательного решения, направлена на поиски компромиссного варианта решения, устраивающего обе стороны. Если компромисс не найден и примирение сторон не состоялось, ничто не мешает сторонам прибегнуть к арбитражному разбирательству. Однако члены согласительной комиссии (посредники) не могут быть арбитрами по тому же спору между теми же сторонами (ст. 19).

Рассмотренные регламенты так же, как и Типовой закон, не являются международными договорами и *не имеют обязательной юридической силы. Они применяются только тогда, когда стороны прямо оговорили это в контракте*¹. Однако их роль в сближении (гармонизации) арби-

¹ Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ содержит типовую арбитражную оговорку, которую сторонам рекомендуется включать в контракт, если они намереваются воспользоваться этим Регламентом. Любой спор, разногласие или требование, возникающие из

тражной процедуры значительна, она может даже превосходить роль международных договоров и Типового закона. Частое обращение участников международных хозяйственных связей к регламентам для рассмотрения конкретных споров, особенно к Арбитражному регламенту ЮНСИТРАЛ *в силу его высокого авторитета, приводит к формированию единообразной арбитражной процедуры* рассмотрения международных коммерческих споров на практике.

В области международного коммерческого арбитража действует *несколько региональных международных договоров*. Один из них — Конвенция о разрешении арбитражным путем гражданско-правовых споров, вытекающих из отношений экономического и научно-технического сотрудничества, подписанная в Москве 26 мая 1972 г. странами — членами СЭВ (Московская конвенция). Конвенция в измененном составе продолжает действовать и в настоящее время. Главной *отличительной особенностью* Московской конвенции является *закрепление двух взаимосвязанных правил: об обязательности арбитражного рассмотрения споров и о подсудности*.

Статья 1 устанавливает обязательное рассмотрение споров между хозяйственными организациями стран — участниц Конвенции в арбитражном порядке с исключением подсудности таких споров государственным судам. Это расходится с основополагающим принципом международного коммерческого арбитража о добровольности арбитражного разбирательства: обязательной предпосылкой такого разбирательства является наличие соглашения сторон о передаче спора в арбитраж.

Правило об обязательности арбитражного рассмотрения сочетается с правилом об обязательной подсудности: компетентным арбитражным судом является суд при торговой палате страны-ответчика (ст. 2). И это положение расходится с общепринятой практикой, согласно которой стороны вольны в выборе арбитражного суда для передачи ему своего спора. Наличие в Конвенции оговорки, что стороны могут отступить от общего правила и передать спор в арбитражный суд при торговой палате третьей страны-участницы, смягчает общий императив, но ничего не меняет по существу. *В результате в арбитраже могут рассматриваться международные коммерческие споры без наличия соглашения между сторонами спора и без выбора ими конкретного арбитражного суда.*

данного договора или касающиеся его либо его нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в арбитраже в соответствии с действующим в настоящее время Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ.

Примечание. Стороны могут по своему желанию добавить к этому:

- a) компетентный орган, (название учреждения или имя лица);
- b) число арбитров. (один или три);
- c) место арбитража. (город или страна);
- d) язык (языки) арбитражного разбирательства.

В советское время Московская конвенция имела широкое применение: на ее основе рассматривались все внешнеэкономические споры между организациями стран — членов СЭВ. В настоящее время указанные особенности Конвенции, серьезно расходящиеся с общепринятыми принципами международного коммерческого арбитража, делают ее применение сомнительным (Венгрия, Польша и Чехия денонсировали ее). Тем не менее юридически она сохраняет свое действие.

В рамках СНГ 20 марта 1992 г. в Киеве было подписано *Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности* (вступило в силу 8 апреля 1993 г.)¹. В целом Соглашение не может быть отнесено к международным актам, направленным на унификацию процедуры международного коммерческого арбитража. Оно решает комплекс вопросов, связанных с рассмотрением любых хозяйственных споров между хозяйствующими субъектами стран СНГ не только в арбитраже, но и в государственных судах общей юрисдикции и государственных арбитражных судах. Что касается коммерческого арбитража, то Соглашение так же, как и Московская конвенция, исходит из возможности арбитражного разбирательства без договоренности между сторонами спора о передаче его в арбитраж и без выбора ими конкретного арбитража. В нем сформулирован ряд правил, определяющих компетентный суд, но стороны могут выбрать компетентный суд и по письменной договоренности между ними (ст. 4). Соглашение содержит широкий круг коллизионных норм, определяющих применимое право к рассматриваемым хозяйственным спорам (ст. 11), правила оказания взаимной правовой помощи, а также нормы о признании и принудительном исполнении судебных решений.

К региональным международным соглашениям в области арбитража относятся Межамериканская конвенция о международном коммерческом арбитраже, заключенная в Панаме 30 января 1975 г., Арабская конвенция о международном коммерческом арбитраже 1987 г.

Таким образом, рассмотренные международные документы осуществляют ощутимую поддержку международному коммерческому арбитражу; их цель — создание национального арбитражного законодательства, определяющего юрисдикцию арбитража и процедуру разбирательства.

Важным направлением международно-правового регулирования коммерческого арбитража является создание правовой основы для признания и исполнения решений, вынесенных арбитражем на территории одного государства, на территории другого государства (иными словами, ино-

¹ Оно было дополнено 6 марта 1998 г. Соглашением о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов государств — участников Содружества.

странных арбитражных решений). Принудительное исполнение решения иностранного арбитража в случае уклонения стороны от его добровольного исполнения имеет особую значимость для участников международного хозяйственного оборота, но оно сталкивается с большими сложностями. Эта проблема в значительной мере решается с помощью международного права. Существует специальная конвенция по данной проблеме, но, кроме того, практически в любом международно-правовом акте по международному коммерческому арбитражу есть статьи, предусматривающие признание и исполнение иностранных арбитражных решений.

10 июля 1958 г. на Конференции ООН в Нью-Йорке была принята *Конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений*. Нью-Йоркская конвенция пользуется большим признанием, в ней участвует более 130 государств. Россия в порядке правопреемства СССР является ее участницей с 10 августа 1960 г.¹ На территории России Конвенция действует с оговоркой, что в отношении решений, вынесенных на территории государств, которые не являются участниками Конвенции, ее правила будут применяться лишь на условиях взаимности.

Нью-Йоркская конвенция обязывает государства признавать и исполнять иностранные арбитражные решения так же, как и решения собственных арбитражей. Подробный ее анализ будет дан ниже в разд. 4 настоящей главы. В целом Конвенция устанавливает довольно надежные гарантии для исполнения иностранных арбитражных решений, вынесенных не только в другой стране-участнице, но в любой иной стране, а также гарантии признания соглашений об арбитраже, исключающих споры из юрисдикции государственных судов.

Третьим направлением сотрудничества государств в рассматриваемой области является создание специализированных международных арбитражных центров для разрешения определенных видов коммерческих споров, представляющих повышенный интерес для развития международных торгово-экономических отношений. В частности, на основе Конвенции о разрешении инвестиционных споров между государствами и лицами иных государств был учрежден *Международный центр по разрешению инвестиционных споров (МЦРИС)*. Конвенция была разработана под эгидой Международного банка реконструкции и развития, принята 18 марта 1965 г. и вступила в силу 14 октября 1966 г. (ее обычно называют Вашингтонской конвенцией). В ней участвует более 100 государств. Россия подписала ее, но пока не ратифицировала.

МЦРИС — *уникальный постоянно действующий арбитражный орган, созданный в форме организации, обладающей международной-правовой правосубъектностью* (ст. 18), со своей специальной юрисдикцией. Центр

¹ Ведомости ВС СССР. 1960. № 46. Ст. 421.

разрешает споры, отвечающие одновременно трем условиям: а) разрешаются только споры между государством — участником Конвенции и физическим или юридическим лицом другого государства — участника Конвенции; б) спор должен быть инвестиционным, т. е. правовой спор, возникающий непосредственно из инвестиций; в) необходимо наличие соглашения в письменной форме, заключенного между сторонами спора, о передаче его на рассмотрение в Центр (ст. 25). Конвенция не предусматривает обязательной передачи инвестиционных споров в Центр.

Вашингтонская конвенция устанавливает два механизма разрешения инвестиционных споров: примирительную процедуру и арбитражную процедуру. Они не соподчинены между собой: стороны спора вправе избрать любую из них либо использовать обе процедуры. Отличительной чертой Конвенции является то, что она обеспечивает *создание относительно законченной системы арбитражного процесса.* В ней содержатся нормы, регулирующие порядок формирования арбитражного суда для рассмотрения конкретного спора; нормы, определяющие его компетенцию, а также соотношение его компетенции с компетенцией национальных судов; нормы, решающие вопросы выбора применяемого права; нормы, устанавливающие порядок признания и исполнения арбитражных решений, вынесенных в соответствии с Конвенцией, и др.

Положения об арбитраже содержат многие двусторонние договоры с участием России. Это торговые договоры, договоры об экономическом и научно-техническом сотрудничестве, договоры об оказании взаимной правовой помощи. За последнее время Россия стала участницей значительного числа двусторонних соглашений о взаимной защите иностранных инвестиций. Все они содержат норму о том, что споры между иностранным инвестором и принимающим государством, касающиеся размера и порядка осуществления компенсации за принудительно изъятые капиталовложения, разрешаются либо в арбитраже *ad hoc*, либо в каком-либо постоянно действующем арбитраже.

Таким образом, сложилась целая система межгосударственных договоров и иных международных актов, предусматривающих решение широкого комплекса вопросов, связанных с арбитражным рассмотрением коммерческих споров. С одной стороны, это свидетельствует о значимости коммерческого арбитража для развития международного торгово-экономического сотрудничества, а с другой — это способствует созданию надежно и эффективно функционирующей системы рассмотрения международных коммерческих споров.

23.3. Арбитражное соглашение

Одним из основополагающих принципов международного коммерческого арбитража является принцип добровольности обращения к арбитражному разбирательству. Арбитраж может принять дело к своему производству

только при наличии согласия сторон об этом. Соглашение, выражающее согласованную волю сторон о передаче спора между ними в арбитраж, называется арбитражным соглашением.

Практике известны *три вида арбитражных соглашений*: арбитражная оговорка, третейская запись и арбитражный договор. *Арбитражная оговорка* — это соглашение сторон контракта, прямо включенное в его текст, об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть в будущем из этого контракта. *Третейская запись* — это отдельное от контракта соглашение сторон об арбитражном разбирательстве уже возникшего между ними спора. *Арбитражный договор* — самостоятельное соглашение между сторонами об арбитражном разбирательстве споров, которые могут возникнуть между ними в будущем или в связи с каким-то конкретным контрактом, или в связи с группой конкретных контрактов между ними, или даже в связи с сотрудничеством между ними в целом. Как правило, арбитражное соглашение независимо от вида должно быть составлено в письменной форме.

Третейская запись для сторон может быть более предпочтительной. Она заключается тогда, когда уже возникли разногласия и стороны достаточно определенно представляют, какой спор они передают на арбитражное разбирательство. Однако заключение третейской записи на практике часто труднодостижимо. Сторона, не исполнившая свои обязательства по контракту, может уклоняться от передачи спора в арбитраж, а у потерпевшей стороны чаще всего нет никаких средств, которые могли бы побудить ее дать согласие на обращение в арбитраж. Обычно арбитражное соглашение заключается в виде арбитражной оговорки, включаемой непосредственно в контракт. Тем самым стороны гарантируют возможность квалифицированного разбирательства спора и принудительного исполнения арбитражного решения. Кроме того, включение в контракт арбитражной оговорки само по себе служит определенным дисциплинирующим фактором и тем самым является своеобразным обеспечительным средством выполнения договорных обязательств.

Что касается третьего вида арбитражного соглашения в виде самостоятельного договора о порядке разрешения споров, которые могут возникнуть в будущем, то он в практике встречается редко. Такой договор заключается либо тогда, когда этого требует внутреннее законодательство государства (речь идет о соглашении по одному контракту), либо когда между сторонами существуют устойчивые и разнообразные внешнеэкономические связи.

Все три вида арбитражных соглашений по своей сути ничем не отличаются; они представляют собой три формы одного и того же явления — соглашения сторон об арбитражном разбирательстве. Как пра-

вило, и внутреннее законодательство, и международные договоры не проводят никаких юридических различий между отдельными видами арбитражных соглашений, пользуясь одним термином — «арбитражное соглашение». Так, в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. устанавливается, что каждое государство-участник «признает письменное соглашение, по которому стороны обязуются передавать в арбитраж все или какие-либо споры, возникшие или могущие возникнуть между ними в связи с каким-либо конкретным договором или иным правоотношением, объект которого может быть предметом арбитражного разбирательства» (п. 1 ст. 2). Как видно, в этом тексте просматриваются все три вида арбитражных соглашений и все они имеют одинаковую юридическую силу. Такое же определение дано в Типовом законе о международном коммерческом арбитраже и в российском Законе 1993 г. (ст. 7).

Таким образом, наличие арбитражного соглашения между сторонами коммерческого спора в том или ином виде является обязательным условием для их рассмотрения в арбитраже. *Однако иногда юрисдикция арбитража основывается на правилах международного договора — арбитражного соглашения между государствами.* Такой межгосударственный договор обязателен как для сторон коммерческого спора, так и для арбитражного органа, указанного в договоре. При наличии договора стороны не могут уклониться от передачи спора в арбитраж, и именно в тот арбитраж, который указан в договоре; с другой стороны, арбитраж не может отказать в рассмотрении спора, ссылаясь на отсутствие согласия сторон.

В отношении нашего государства действуют два международных договора, устанавливающих обязательную юрисдикцию арбитража, которые уже назывались выше: Московская конвенция 1972 г. и Соглашение о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, заключенное государствами — участниками СНГ в 1992 г.

Так, согласно Московской конвенции хозяйственные споры между организациями стран — участниц Конвенции *подлежат рассмотрению в арбитражном порядке и компетентным арбитражным судом будет арбитражный суд при торговой палате страны ответчика.* Следовательно, если в процессе экспортно-импортных операций между российским и болгарским предприятием возникли разногласия, которые не урегулированы путем переговоров, то истец — болгарское предприятие — обязан обратиться с иском к российскому предприятию-ответчику в Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате РФ, а последний обязан рассмотреть этот спор независимо от того, было ли на это согласие сторон¹. Правда,

¹ Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ в своей практике следует этому правилу и отклоняет возражения ответчика против компетенции Суда, основанные на отсутствии арбитражного соглашения между сторонами, считая, что его

стороны могут договориться о *передаче спора в арбитраж при торговой палате третьего государства — участника Конвенции*. Но если такого соглашения нет, то действует правило об обязательной юрисдикции арбитража страны ответчика.

В Соглашении 1992 г. правила подсудности хозяйственных споров иные, но из них также вытекает возможность принудительной юрисдикции арбитража, т. е. арбитражного разбирательства без арбитражного соглашения между сторонами спора. Как уже указывалось, в Соглашении использован общий термин «компетентные суды», который объединяет «суды, арбитражные (хозяйственные) суды, третейские суды». Следовательно, «компетентный суд» охватывает как государственные, так и негосударственные арбитражные суды.

Подсудность хозяйственных споров между субъектами, которые находятся в разных государствах — участниках СНГ, определена в ст. 4 Соглашения 1992 г. В соответствии с п. 1 суды будут компетентны, если на их территории ответчик имеет постоянное место жительства в момент предъявления иска; или ответчик осуществляет хозяйственную деятельность; или исполнено (должно быть исполнено) договорное обязательство; или имело место действие, послужившее основанием для требования о возмещении вреда; или истец имеет постоянное место жительства по иску о защите деловой репутации; или находится контрагент-поставщик (подрядчик) по спору о заключении, изменении и расторжении договора.

Вместе с тем п. 2 этой статьи предусматривает возможность рассмотрения спора судом любого другого государства-участника, если имеется письменное соглашение сторон о передаче спора этому суду. Как видим, п. 2 закрепляет общепринятое право сторон заключать арбитражное соглашение о выборе арбитража по собственному усмотрению. Но если такого соглашения нет, то автоматически применяются правила об обязательной юрисдикции, предусмотренной в п. 1 рассматриваемой статьи. И тогда согласия ответчика на арбитражное разбирательство не требуется.

Арбитражное разбирательство международных коммерческих споров без наличия арбитражного соглашения предусмотрено в договорах, заключаемых Россией с иностранными государствами о взаимной защите

компетенция вытекает из Московской конвенции. Например, решение МКАС от 7 декабря 1994 г. по делу № 421 (1993) (см.: Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // *Розенберг М. Г. Контракт международной купли-продажи. Современная практика заключения. Разрешение споров*. М., 1996. С. 30) или решение по делу № 263/1997 (см.: Арбитражная практика Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ за 1998 г. / сост. М. Г. Розенберг. М., 1999. С. 124–125).

иностранных инвестиций. Так, в Межправительственном соглашении между Российской Федерацией и Венгерской Республикой о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенном 6 марта 1995 г., устанавливается общее правило, что споры между инвестором и принимающей договаривающейся стороной, возникающие в связи с капиталовложением, должны рассматриваться путем переговоров. Но если в течение шести месяцев спор таким образом не будет решен, *инвестор имеет право передать спор на рассмотрение одному из трех арбитражей*: арбитражу принимающего договаривающегося государства (правда, инвестор не обязательно должен обращаться в арбитраж, он может передать спор компетентному суду общей юрисдикции этого государства); в *Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты*; в арбитраж *ad hoc*, создаваемый в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (ст. 8)¹.

Аналогичный порядок предусмотрен и в Соглашении России с Правительством Королевства Швеция о поощрении и взаимной защите капиталовложений, заключенном 19 апреля 1995 г. Правда, в нем инвестору предоставляется только один вариант — обращение в арбитраж *ad hoc*, создаваемый в соответствии с Арбитражным регламентом ЮНСИТРАЛ (ст. 8)².

В обоих договорах передача инвестиционного спора в арбитраж не ставится в зависимость от арбитражного соглашения между сторонами спора. *Инвестор обращается к арбитражному разбирательству по собственной инициативе, а арбитраж, указанный в международном договоре, обязан принять такой спор к своему производству*, не спрашивая согласия на это у второй стороны.

Правда, следует отметить, что такая обязанность арбитража определяется международным договором, который имеет юридическую силу только на территории государств — участников договора. Поэтому невозможно представить, каким образом инвестор по собственной инициативе, без согласия принимающего государства, сможет передать свой инвестиционный спор в Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, как это следует из российско-венгерского соглашения. Для этого Арбитражного института подобный договор не имеет никакой юридической силы, а согласно шведскому праву он принимает для рассмотрения споры лишь при наличии арбитражного соглашения между сторонами спора. Рассматриваемые положения российско-венгерского соглашения (подобные положения встречаются и в других соглашениях о защите иностранных инвестиций) *следует толковать следующим образом: ответчиком инвестиционного спора является принимающее государ-*

¹ См.: Бюллетень международных договоров. 1997. № 2. Соглашение вступило в силу 29 мая 1996 г.

² См. там же. Соглашение вступило в силу 7 июля 1996 г.

ство, которое одновременно является стороной международного договора и обязано выполнять его положения; поэтому принимающее государство обязано дать согласие на рассмотрение спора тем арбитражем, который выберет инвестор.

Понятно, что указанный порядок установлен для дополнительной защиты более слабой стороны (инвестор — это частное лицо, а ему противостоит иностранное государство). Однако такой подход не является общепризнанным. Например, участие в Вашингтонской конвенции 1965 г. не означает обязательности рассмотрения инвестиционных споров между государством — участником Конвенции и частным инвестором другого государства-участника в арбитражном Центре, созданном на основе Конвенции. Напротив, в качестве неперемennого условия передачи спора в Центр требуется наличие соглашения об этом между сторонами спора.

Таким образом, принцип добровольности обращения в арбитраж, выражаемый в наличии соглашения сторон об избрании этого способа разрешения споров, является основополагающим положением. Иной порядок устанавливается государствами в силу различных причин в международных договорах. Такие договоры обязательны для сторон международного коммерческого спора и для соответствующих арбитражных органов. Может ли Международный коммерческий арбитражный суд при ТПП РФ отказать в принятии иска от венгерской компании по инвестиционному спору с Правительством РФ на том основании, что между сторонами нет соглашения об обращении в этот суд, что требуется Законом РФ о международном коммерческом арбитраже? Ответ должен быть отрицательным. Несмотря на то, что Торгово-промышленная палата является общественной организацией, она и ее органы, в том числе МКАС, обязаны соблюдать международные договоры с участием России (п. 4 ст. 15 Конституции РФ).

Арбитражное соглашение, неся на себе бремя основополагающего принципа, порождает ряд юридических вопросов. Прежде всего принципиальной особенностью арбитражного соглашения является его юридическая автономность по отношению к контракту, в связи с которым у сторон возникли разногласия. Это означает, что судьба арбитражного соглашения, его юридическая действительность не зависят от действительности основного контракта. Особую значимость это положение приобретает, когда арбитражное соглашение включено непосредственно в текст контракта в виде арбитражной оговорки. Признание основного контракта недействительным автоматически вело бы к недействительности любой его части, в том числе и арбитражной оговорки. В результате стороны лишались бы самого права на неза-

висимое арбитражное разбирательство разногласий между ними, в том числе и по вопросу о действительности контракта и обязательств, из него вытекающих.

Сложившееся в международной практике положение о юридической автономности арбитражного соглашения преодолевает указанное противоречие и обеспечивает право участников международных торгово-экономических связей на арбитражную защиту их законных прав и интересов. *Юридическая автономность арбитражного соглашения наряду с принципом добровольности арбитражного разбирательства также является основополагающим принципом международного коммерческого арбитража*¹. Следовательно, любое арбитражное соглашение, в том числе включенная в текст международного коммерческого контракта арбитражная оговорка, рассматривается независимо от основного контракта, а признание контракта недействительным не ведет к аннулированию арбитражного соглашения и не лишает арбитра права рассмотреть все спорные вопросы, связанные с недействительностью контракта и вытекающие из этого последствия.

Рассмотренный принцип получил закрепление в нормативных актах (международных и национальных), нашел отражение в арбитражных решениях². Так, ч. 2 ст. 16 российского Закона о международном коммерческом арбитраже установлено, что «арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора. Решение третейского суда о том, что договор ничтожен, не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки».

Более того, признание юридической самостоятельности арбитражных соглашений привело к формированию коллизионных норм, определяющих, по законам какого государства должны рассматриваться все

¹ См.: Laurence Graig & others. International Chamber of Commerce Arbitration. L., 1990. P. 65.; *Хобер К.* Арбитражная реформа в Швеции // Международный коммерческий арбитраж. 2004. № 1. С. 3–64.

² Вопрос о юридической самостоятельности арбитражного соглашения неоднократно возникал в практике МКАС и решался однозначно: действительность арбитражного соглашения, в частности арбитражной оговорки, не может быть опорожена недействительностью основного контракта (например, решение от 25 июня 1994 г. по делу № 184/1993; от 17 ноября 1994 г. по делу № 493/1993). Особый интерес представляет решение от 25 апреля 1995 г. по делу № 161/1994: договор купли-продажи был расторгнут покупателем как ненадлежаще исполненный продавцом; в связи с возникновением спора о распределении между сторонами имущественных последствий расторжения договора истец (покупатель), основываясь на арбитражной оговорке, обратился в МКАС; ответчик оспаривал компетенцию МКАС на том основании, что с прекращением действия самого контракта купли-продажи арбитражная оговорка также прекратила свое действие; МКАС не согласился с этим, указав, что признание договора прекращенным (расторгнутым) не влияет на действительность включенной в него арбитражной оговорки (см.: Из практики Международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации... С. 34–36).

спорные вопросы, связанные исключительно с арбитражными соглашениями. Чаще всего предусматривается отсылка либо к праву, которое выбрали стороны (*lex voluntatis*), либо к праву, которое регулирует основной договор (*lex causae*), либо к праву государства, на территории которого вынесено решение (*lex loci arbitri*).

Например, согласно ст. 36 Закона РФ о международном коммерческом арбитраже недействительность арбитражного соглашения может быть признана «по закону, которому стороны его подчинили, а при отсутствии такого указания — по закону страны, где решение было вынесено...». Точно так же решен этот вопрос в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (п. 1 ст. 5) и в Европейской конвенции 1961 г. (ст. 9). Напротив, ст. 182 швейцарского Закона о международном частном праве предусматривает все три вышеперечисленных варианта: арбитражное соглашение признается действительным в соответствии с правом, избранным сторонами, при отсутствии такого выбора — в соответствии с правом, применимым к существу спора (в частности, с правом основного договора), или швейцарским правом.

Из наличия арбитражного соглашения вытекают два важных процессуально-правовых последствия. Во-первых, арбитражное соглашение обязательно для сторон, и они не вправе уклониться от передачи спора в арбитраж. Это приводит к исключению юрисдикции государственных судов по данному спору. *Арбитражное соглашение лишает суд его юрисдикции.* Если одна из сторон все же обратится в суд, то последний должен либо по собственной инициативе, либо по заявлению ответчика отказать в принятии искового заявления или прекратить уже начатое производство по делу. В равной степени это правило применяется и тогда, когда сторона арбитражного соглашения обращается с иском в арбитраж, но не в тот, который был согласован между сторонами.

Взаимосвязь арбитражного соглашения и юрисдикции государственных судов подчеркивается и в международных актах, и в национальном законодательстве. Так, согласно Нью-Йоркской конвенции 1958 г. суд при наличии арбитражного соглашения должен «направить стороны в арбитраж», но при соблюдении ряда условий: если иск касается вопроса, по поводу которого стороны заключили соглашение; если любая из сторон просит об этом; если суд не найдет, что арбитражное соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 3 ст. 2). Подобные правила содержатся и в Европейской конвенции 1961 г., и в Типовом законе о международном коммерческом арбитраже 1985 г. Причем в Типовом законе

есть существенное дополнение: решение судом всех этих вопросов никоим образом не препятствует арбитражу начать арбитражное разбирательство, продолжить, закончить его и вынести решение по делу (п. 2 ст. 8).

Рассмотренные положения закреплены и в российском законодательстве. В ст. 8 Закона о международном коммерческом арбитраже предусматривается, что «суд, в который подан иск по вопросу, являющемуся предметом арбитражного соглашения, должен, если любая из сторон попросит об этом не позднее представления своего первого заявления по существу спора, прекратить производство и направить стороны в арбитраж, если не найдет, что это соглашение недействительно, утратило силу или не может быть исполнено». Это правило закреплено и в новом АПК РФ (п. 5 ст. 148).

Второе процессуальное последствие наличия арбитражного соглашения связано с компетенцией арбитража: *арбитраж не должен выходить за рамки полномочий, возложенных на него сторонами соглашения*. Общая компетенция арбитража устанавливается законами соответствующего государства, международными договорами, регламентами институционных арбитражей. Однако при рассмотрении каждого конкретного спора сформированный сторонами арбитраж (коллегия арбитров или единоличный арбитр) *прежде всего должен вынести решение по вопросу о своей компетенции рассматривать данный спор*. В теории это явление получило название «компетенция компетенции». В пределах установленной законом общей компетенции решение арбитров о своей компетенции по конкретному спору должно быть основано на арбитражном соглашении. Такое решение выносится как по инициативе арбитров, так и при наличии возражений сторон относительно наличия, содержания и действительности арбитражного соглашения.

Компетенция арбитража может быть рассмотрена и в ходе арбитражного разбирательства по заявлению любой стороны о выходе какого-либо вопроса за пределы его компетенции.

Правда, следует обратить внимание на то, что решение арбитража о своей компетенции независимо от того, на какой стадии разбирательства оно выносится, не является окончательным. Мировая арбитражная практика придерживается следующих правил: во-первых, любая сторона может обжаловать решение арбитража о компетенции в суд того государства, на территории которого выносится решение (однако обращение в суд, как правило, не останавливает арбитражного процесса: арбитраж может продолжать разбирательство и вынести решение по существу спора); и, во-вторых, выход арбитража за пределы полномочий, установленных арбитражным соглашением, является общепри-

нятым основанием для отказа в признании и приведении в исполнение арбитражного решения. Данные правила зафиксированы в Законе РФ о международном коммерческом арбитраже (ст. 16, 34, 35), в Нью-Йоркской конвенции 1958 г. (ст. 5, п. 1-с), в Европейской конвенции 1961 г. (ст. 10, п. 1-с) и других актах.

Арбитражное соглашение должно быть заключено в письменной форме. Так, Нью-Йоркская конвенция 1958 г. предусматривает признание только письменных арбитражных соглашений и уточняет, что термин «письменное соглашение» включает арбитражную оговорку в договоре или арбитражное соглашение, подписанное сторонами или заключенное путем обмена письмами или телеграммами (п. 3 ст. 2). Менее жестко к форме арбитражного соглашения подходит Европейская конвенция 1961 г. К формуле, закрепленной в Нью-Йоркской конвенции, она добавляет, что в отношении между государствами, в которых ни один из законов не требует письменной формы для арбитражного соглашения, признается «всякое соглашение, заключенное в форме, разрешенной этими законами» (п. 2-а ст. 1).

Различия во внутреннем праве разных государств, особенно по вопросу о допустимости устной формы арбитражных соглашений, а также нечеткие и неконкретизированные формулировки международных договоров порождали многочисленные проблемы, связанные с толкованием и признанием действительными арбитражных соглашений¹. Решению их может способствовать Типовой закон о международном коммерческом арбитраже. Типовой закон 1985 г. содержит развернутое положение о форме арбитражного соглашения.

В п. 2 ст. 7 Закона закреплено общее правило: «Арбитражное соглашение заключается в письменной форме». Затем, в п. 3 предусмотрены те условия, при наличии которых «соглашение считается заключенным в письменной форме»:

если оно содержится в документе, подписанном сторонами; или заключено путем обмена письмами, сообщениями по телетайпу, телеграфу или с использованием иных средств электросвязи, обеспечивающих фиксацию такого соглашения; или

заключено путем обмена искомым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает; или

в договоре содержится ссылка на документ, содержащий арбитражную оговорку (например, на Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ или на какие-либо общие условия и пр.), но при условии, что договор заключен в письменной форме и данная ссылка такова,

¹ Подробнее об этом см.: *Минаков А. И.* Арбитражные соглашения и практика рассмотрения внешнеэкономических споров. М., 1985. С. 27 и след.

что делает упомянутую оговорку частью договора¹. Так же решен этот вопрос и в российском Законе о международном коммерческом арбитраже (ст. 7).

Однако с позиций современной практики международной торговли, стремящейся к большему либерализму, эти правила оказались излишне жесткими, применение которых может создавать неоправданные препятствия для обращения в международный коммерческий арбитраж. Они были пересмотрены. Типовой закон 2006 г., оставив приведенную в п. 2 формулировку, дополнил ее четырьмя пунктами. Новый подход к форме арбитражного соглашения отражен в п. 3 и 4 (п. 5 и 6 повторяют два последних абзаца из приведенной выше формулировки п. 2 ст. 7 Типового закона 1985 г.):

3. Арбитражное соглашение считается заключенным в письменной форме, если его содержание зафиксировано в какой-либо форме, независимо от того, заключено ли арбитражное соглашение или договор или нет в устной форме, на основании поведения сторон или с помощью других средств.

4. Требование о заключении арбитражного соглашения в письменной форме удовлетворяется электронным сообщением, если содержащаяся в нем информация является доступной для ее последующего использования; «электронное сообщение» означает любое сообщение, которое стороны передают с помощью сообщения данных; «сообщение данных» означает информацию, подготовленную, отправленную, полученную или хранимую с помощью электронных, магнитных, оптических или аналогичных средств, включая электронный обмен данными (ЭДИ), электронную почту, телеграмму, телекс или телефакс, но не ограничиваясь ими.

Таким образом, основное изменение требований к форме арбитражного соглашения закреплено в п. 3, который, хотя и упоминает «письменную форму», на самом деле никаких требований к форме не

¹ Представляет интерес дело, рассмотренное Федеральным судом штата Орегон (США), *Pacific Forest Products Co. v. Weist Panel Co*: продавец (японская компания) и покупатель (американская компания) заключили по телефону около 50 сделок; сделки были оформлены в виде заказов покупателя, акцептованных продавцом и вносимых в проформу контракта, подготовленную продавцом и подписанную агентом покупателя. В проформе содержалось условие о рассмотрении споров в японском арбитраже. Впоследствии, когда покупатель обратился с иском к продавцу в Федеральный суд штата Орегон, продавец заявил отвод суду, сославшись на наличие арбитражного соглашения. Суд удовлетворил ходатайство об отводе, указав, что покупатель знал или должен был знать от своего агента о том, что споры в случае их возникновения подлежат рассмотрению в японском арбитраже в соответствии с арбитражной оговоркой, содержащейся в проформе контракта (см.: *Минаков М. И.* Указ. соч. С. 32—33).

содержит; главное его требование — чтобы *содержание арбитражного соглашения было зафиксировано*¹.

Содержание арбитражного соглашения зависит от воли сторон: они сами определяют, из каких элементов оно будет состоять. Как правило, арбитражное соглашение состоит из следующих элементов:

— *выбор арбитражного способа рассмотрения спора* (можно использовать формулировку «с исключением подсудности общим судам, или судам общей юрисдикции, или государственным судам»);

— *выбор вида арбитража*: институционный арбитраж или арбитраж *ad hoc*. Если стороны решили выбрать институционный арбитраж, то следует указать его точное наименование, например Международный коммерческий арбитражный суд при Торгово-промышленной палате Российской Федерации, или Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты, или Лондонский международный коммерческий арбитраж и др. Без точного наименования избранного арбитража едва ли будет признано действительным арбитражное соглашение. Например, указание на то, что спор будет передаваться на рассмотрение в арбитраж в Москве, делает арбитражное соглашение недействительным, так как в Москве существует множество институционных арбитражей, как государственных, так и коммерческих;

— *место проведения арбитража*. Если избран институционный арбитраж, то указание места не обязательно, в этом случае разбирательство будет проходить по месту его официальной резиденции, если арбитры с учетом обстоятельств дела не определили иное место. Если стороны обращаются к арбитражу *ad hoc*, то желательно указать место проведения арбитража (страна, город);

— *выбор языка (языков) арбитражного разбирательства*. При выборе институционного арбитража указание языка не обязательно. При отсутствии данного указания арбитраж будет вести разбирательство на своем национальном языке. При обращении к арбитражу *ad hoc* желательно выбрать и указать язык разбирательства. Вопрос о языке практически значим, поскольку существует общепризнанное правило, что если сторона не владеет языком, на котором осуществляется арбитражное разбирательство, то она обеспечивает переводчика за свой счет;

— *определение числа арбитров*, которые будут рассматривать дело (как правило, три или один). Решение этого вопроса может иметь существенное значение при обращении в арбитраж *ad hoc*. Институционный арбитраж при отсутствии указания сторон будет решать вопрос в соответствии со своим регламентом;

¹ См.: Комаров А. С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИТРАЛ // Международный коммерческий арбитраж. 2007. № 2.

— *порядок арбитражного разбирательства* (порядок выбора, назначения и отвода арбитров, определение начала разбирательства и его порядок, процедура представления документов и других доказательств, форма разбирательства — устное или на основе документов и т. д.). В принципе если стороны выбрали институционный арбитраж, то он осуществляет разбирательство в соответствии с законами своей страны и своим регламентом. Однако отличительной особенностью арбитража является почти неограниченное право сторон (автономия воли) на установление процедуры разрешения споров. Поэтому *абсолютное большинство норм, определяющих процедуру, носит диспозитивный характер и применяется только тогда, когда стороны не договорились об ином*. Следовательно, стороны могут предусмотреть в арбитражном соглашении любое правило арбитражной процедуры, даже если они обращаются к институционному арбитражу. Ограничением такой свободы являются императивные нормы соответствующих законов и оговорка о публичном порядке, согласно которой стороны не могут установить такое процессуальное правило, которое нарушает публичный порядок страны, на чьей территории арбитраж осуществляет свою деятельность.

Если стороны передают спор арбитражу ad hoc, то непременно нужно определиться с арбитражной процедурой, так как у такого арбитража своего регламента нет. Здесь возможны несколько вариантов: либо достаточно подробное установление арбитражной процедуры в самом арбитражном соглашении, либо обращение к одному из типовых регламентов (например, Арбитражный регламент ЮНСИТРАЛ), либо обращение к регламенту какого-нибудь институционного арбитража. При этом стороны ограничены только публичным порядком страны, на чьей территории происходит арбитражное разбирательство. Но если стороны не решат процедурные вопросы в арбитражном соглашении, это не значит, что их спор не будет рассмотрен. *Назначенные ими арбитры (арбитр) будут руководствоваться такими процедурными правилами, какие сочтут подходящими*;

— *выбор права, которому подчиняется контракт, не обязательно включается в арбитражное соглашение*, часто этот вопрос решается в качестве самостоятельного условия контракта. Выбор права обращен не только к арбитражу, а прежде всего к самим сторонам, так как указывает, по законам какого государства будут определяться права и обязанности сторон по контракту, независимо от того, возникнет ли потребность в арбитражном разбирательстве. Однако нет препятствий для решения этого вопроса и в арбитражном соглашении. Иногда стороны предпочитают, чтобы их спор рассматривался арбитражем не по законам какого-то конкретного государства, а либо по «справедливости» (*ex aequo et bono*), либо по обычаям международной торговли (*lex mercatoria*). В этом случае необходимо включить соответствующее указание в арбитражное соглашение.

Разумеется, стороны могут включить в арбитражное соглашение и любые другие вопросы. В практике часто *используют различные типовые арбитражные оговорки*. Типовые оговорки прилагаются к типовым арбитражным регламентам (например, типовая оговорка при обращении к Регламенту ЮНСИТРАЛ приведена в сноске на с. 601), типовые оговорки содержатся в регламентах институционных арбитражей. Существует практика соглашений между торговыми палатами или арбитражными ассоциациями разных стран. В таких соглашениях сформулированы в качестве рекомендаций типовые арбитражные оговорки. Так, Торгово-промышленная палата РФ имеет подобные соглашения с соответствующими организациями Австрии, Бельгии, Индии, Италии, США, Японии и др.¹

23.4. Исполнение иностранных арбитражных решений

Одним из преимуществ международного коммерческого арбитража является наличие довольно разработанной системы признания и принудительного *исполнения арбитражных решений, вынесенных на территории иностранного государства, называемых обычно иностранными арбитражными решениями*. Уверенность участников международной торговли в возможности принудительного исполнения решений становится важным фактором повышения эффективности международного коммерческого арбитража.

Основу этой системы составляет Нью-Йоркская конвенция о признании и приведении в исполнение иностранных арбитражных решений 1958 г. Но и в других арбитражных конвенциях есть нормы, предусматривающие признание и исполнение арбитражных решений, например: в Европейской конвенции 1961 г., в Московской конвенции 1962 г., в Вашингтонской конвенции 1965 г., в Соглашении о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, 1992 г., в Соглашении о порядке взаимного исполнения решений арбитражных, хозяйственных и экономических судов на территориях государств — участников Содружества 1998 г. Нормы об исполнении арбитражных решений могут встречаться в межгосударственных торговых договорах, в договорах об оказании правовой помощи и некоторых других.

В более чем 140 государствах исполнение иностранных арбитражных решений обеспечивает Нью-Йоркская конвенция², согласно которой под «иностранное арбитражное решение» понимается решение,

¹ Тексты соглашений см.: ТПП РФ. Международный коммерческий арбитражный суд: сборник нормативных документов и справочных материалов. М., 2008.

² По состоянию на 12 июля 2007 г. 141 государство были участниками Конвенции // Международный коммерческий арбитраж. Комментарий законодательства. СПб., 2007. С. 246–249.

вынесенное на территории государства иного, чем то государство, где испрашивается признание и приведение его в исполнение (ст. 1). Как видим, *Конвенция для определения «иностранности» арбитражного решения использует только один критерий: место его вынесения*. Решение будет иностранным, если оно вынесено на территории иностранного государства. Причем это положение в равной степени относится к решениям институциональных арбитражей и арбитражей *ad hoc*.

Из территориального критерия исходит АПК РФ, устанавливающий правила производства по делам о признании и приведении в исполнение решений иностранных судов и арбитражей. В соответствии с п. 1 ст. 241 под иностранными арбитражными решениями понимаются решения «третейских судов и международных коммерческих арбитражей, принятые ими на территориях иностранных государств...» (курсив наш. — Г. Д.)

Однако в связи с тем, что во внутреннем праве государств встречаются иные подходы к определению «иностранности» арбитражных решений (например, в ФРГ к иностранным решениям относятся и решения, вынесенные на территории ФРГ тогда, когда они были вынесены с соблюдением иностранных процессуальных норм), в ст. 1 Нью-Йоркской конвенции содержится дополнительное правило: *под иностранное подпадает и решение, которое не считается внутренним в том государстве, где оно исполняется*.

Особенностью Нью-Йоркской конвенции является то, что она предусматривает исполнение иностранных арбитражных решений независимо от того, входит ли государство, на территории которого оно вынесено, в круг ее участников. Благодаря этому территориальная сфера действия Конвенции значительно шире формального количества государств-участников. Фактически Конвенция создает возможность исполнения арбитражного решения, вынесенного на территории любого из существующих государств.

Правда, государство при присоединении может сделать оговорку, ограничивающую возможность применения правового режима Конвенции к решениям, которые вынесены на территории государства, не являющегося ее участником. Такую оговорку сделал СССР. Так как Россия не сделала никакого заявления по этому поводу, то оговорка сохраняет свою силу. В соответствии с ней РФ применяет «положения настоящей Конвенции в отношении арбитражных решений, вынесенных на территории государств, не являющихся участниками Конвенции, лишь на условиях взаимности»¹. При признании и исполнении арбитражных решений, вынесенных на территории Договаривающихся Государств, установление взаимности не обязательно, она презюмируется Конвенцией.

¹ См.: Ведомости ВС СССР. 1960. № 46. Ст. 421.

Взаимность может быть: договорной, при которой обязанность исполнения решений вытекает из какого-либо другого договора России с соответствующим государством (например, из торгового договора); фактической, при которой Россия обеспечивает исполнение решений, вынесенных на территории государства, не участвующего в Нью-Йоркской конвенции, если оно, в свою очередь, обеспечивает исполнение решений, вынесенных на российской территории.

Содержание Нью-Йоркской конвенции заключается в том, что она обязывает договаривающиеся государства признавать иностранные решения как обязательные, приводить их в исполнение и создает для этого правовые основы. Они сводятся к следующему:

1) *государство признает и исполняет иностранные арбитражные решения в соответствии со своим процессуальным правом*; национальное право государства, где испрашивается исполнение, определяет судебный орган, который компетентен исполнить решение и правила такого исполнения;

2) *заинтересованная сторона обращается в компетентный орган государства, где испрашивается исполнение, с просьбой*, совместно с которой подаются: а) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенная его копия; б) подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенная его копия; в) перевод этих документов на официальный язык той страны, где испрашивается исполнение;

3) *в признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано только по тем основаниям, которые изложены в ст. 5 Конвенции*. Основания разделены на две группы: во-первых, основания, *которые могут быть применены только по просьбе стороны*, против которой вынесено решение, и если она докажет их наличие, и, во-вторых, основания, *которые могут быть применены по инициативе компетентного органа*, рассматривающего просьбу об исполнении.

Первая группа оснований связана главным образом с арбитражным соглашением. В признании и исполнении арбитражного решения может быть отказано, если: а) арбитражное соглашение недействительно, или б) решение арбитража вышло за пределы арбитражного соглашения, или в) состав арбитража и арбитражный процесс не соответствовали арбитражному соглашению; кроме того, в этой группе есть еще два основания, по которым можно отказать в исполнении решения: г) если сторона, против которой вынесено решение, не была должным образом уведомлена о назначении арбитра или об арбитражном разбирательстве либо по другим причинам не могла представить свои объяснения (иначе говоря, нарушены процессуальные права этой стороны, в частности ее право на равное участие в арбитражном разбирательстве); д) если реше-

ние не стало окончательным (например, оно было приостановлено или отменено компетентной властью страны, где решение было вынесено).

Ко второй группе относятся только два основания. Компетентная власть страны, в которой испрашивается исполнение, может отказать в этом, если найдет, что *объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства* по законам этой страны и если признание и приведение в исполнение решения *противоречит публичному порядку этой страны.*

Европейская конвенция 1961 г. не содержит специальных правил о признании и приведении в исполнение арбитражных решений. Но в ней есть ст. 9, предусматривающая возможность объявления арбитражного решения недействительным либо в том государстве, где решение было вынесено, либо в том государстве, по законам которого это решение было вынесено. Причем отмена решения будет являться причиной отказа в его признании или исполнении в других государствах (п. 1 ст. 9). Основания для отмены, предусмотренные в рассматриваемой статье Европейской конвенции, совпадают с основаниями отказа в признании и исполнении решения, которые должны быть доказаны стороной, против которой решение было вынесено, согласно ст. 5 Нью-Йоркской конвенции.

Соглашение СНГ о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности, и дополнительное Соглашение 1998 г. несколько иначе решают вопрос о признании и исполнении арбитражных решений. *Различия предопределены особенностями подхода к рассмотрению хозяйственных споров*, о чем говорилось выше: во-первых, предусмотренный Соглашением порядок рассмотрения хозяйственных споров распространяется не только на коммерческие арбитражи, но и на государственные арбитражные суды и суды общей юрисдикции; во-вторых, Соглашение закрепляет обязательную юрисдикцию независимо от согласия сторон.

Соглашение *различает признание решения от исполнения.* Государства — участники СНГ взаимно признают вступившие в законную силу решения компетентных судов (ч. 1 ст. 7). *Никакой дополнительной процедуры для признания Соглашение не предусматривает.* Из этого можно предположить, что права и обязанности сторон, вытекающие из вступившего в законную силу решения, которое вынесено на территории одного государства, будут признаваться всеми заинтересованными лицами, а также органами власти и управления на территории любого другого государства-участника без какого-либо решения или распоряжения со стороны компетентных органов.

Для исполнения решения предусматривается дополнительная процедура в виде подачи заинтересованной стороной ходатайства об этом. К хо-

датайству должны быть приложены следующие документы: должным образом заверенная копия решения, официальный документ о том, что решение вступило в законную силу, доказательства извещения другой стороны о процессе и исполнительный документ.

По просьбе стороны, против которой вынесено решение, компетентный суд по месту, где испрашивается исполнение, может отказать в исполнении по основаниям, предусмотренным в ст. 9 Соглашения. В отличие от Нью-Йоркской конвенции среди возможных причин для отказа отсутствуют причины, связанные с арбитражным соглашением. *Суд может отказать в исполнении*, если: 1) существует вступившее в законную силу решение по делу между теми же сторонами, о том же предмете и по тому же основанию, вынесенное компетентным судом одного из государств — участников Соглашения; 2) в соответствии с правилами Соглашения спор разрешен некомпетентным судом; 3) другая сторона не была извещена о процессе; 4) истек трехгодичный срок давности для предъявления решения к принудительному исполнению¹.

Так же, как и Нью-Йоркская конвенция, Соглашение возлагает бремя доказывания существования обстоятельств, препятствующих исполнению решения, на сторону, против которой решение было вынесено.

Порядок исполнения иностранного арбитражного решения осуществляется в соответствии с процессуальным правом государства, на территории которого оно исполняется. К национальному процессуальному праву отсылает Нью-Йоркская конвенция: государство-участник «признает арбитражные решения как обязательные и приводит их в исполнение в соответствии с процессуальными нормами той территории, где испрашивается признание и исполнение этих решений...» (курсив наш. — Г. Д.). Национальное процессуальное право определяет «компетентную власть», т. е. орган, компетентный рассматривать вопрос о признании и исполнении решений, и устанавливает процессуальные правила их исполнения.

В России с исполнением иностранных арбитражных решений связаны два закона: *Закон о международном коммерческом арбитраже определяет правовые основы исполнения, Арбитражный процессуальный кодекс предусматривает компетентный орган и конкретный порядок исполнения решений.*

Закон 1993 г. о международном коммерческом арбитраже содержит разд. 8 «Признание и приведение в исполнение арбитражных решений». Особенностью раздела является то, что его положения применяются

¹ Дополнительное Соглашение 1998 г. не охватывает решения международного коммерческого арбитража. Если в Соглашении 1992 г. под «компетентным судом» понимаются «суды арбитражные» (хозяйственные), «третейские суды», то в Соглашении 1998 г. «третейские суды» не указаны (по природе международный коммерческий арбитраж является третейским судом). Облегченный порядок исполнения касается только решений государственных судов.

в равной степени как к арбитражным решениям по международным коммерческим спорам, вынесенным на территории России (независимо от того, является ли арбитраж институционным или арбитражем *ad hoc*), так и к иностранным арбитражным решениям, предъявляемым к исполнению в России.

Согласно ст. 35 Закона арбитражные решения, в том числе иностранные, признаются на территории России обязательными. *Признание решения, т. е. признание прав и обязанностей сторон, вытекающих из него, не требует никакой специальной дополнительной процедуры.* Сама статья приравнивает иностранное арбитражное решение к российскому. *Для принудительного исполнения решения предусматривается дополнительная процедура:* заинтересованная сторона должна обратиться с письменным ходатайством в компетентный суд. К ходатайству необходимо приложить следующие документы: 1) должным образом заверенное подлинное арбитражное решение или должным образом заверенную копию; 2) подлинное арбитражное соглашение или должным образом заверенную его копию; 3) должным образом заверенный перевод этих документов на русский язык.

Статья 36 Закона устанавливает строго ограниченный круг оснований, по которым компетентный суд может отказать в признании или в приведении в исполнение арбитражного решения. Практически эти основания повторяют основания для отказа в признании и приведении в исполнение, предусмотренные Нью-Йоркской конвенцией 1958 г., участницей которой является Россия. К первой группе относятся основания, которые могут быть применены судом лишь по просьбе стороны, против которой решение вынесено, и если она представит суду соответствующие доказательства. В этой группе пять оснований:

1) если арбитражное соглашение недействительно (либо одна из сторон была недееспособна, либо оно недействительно по другим причинам в соответствии с законом страны, которому стороны это соглашение подчинили, или в соответствии с законом страны, где решение было вынесено);

2) если нарушены процессуальные права стороны, против которой решение вынесено (например, она не была должным образом уведомлена о начале разбирательства, о необходимости назначения арбитра и пр.);

3) если решение не соответствует арбитражному соглашению (например, оно вынесено по спору, не предусмотренному в соглашении, и пр.);

4) если состав арбитража или арбитражный процесс не соответствовали соглашению сторон или при отсутствии такого соглашения — закону страны, где состоялся арбитраж;

5) если арбитражное решение не стало обязательным (одна из сторон обратилась с ходатайством об отмене решения в суд страны, где

оно было вынесено, либо оно было отменено или его исполнение было приостановлено таким судом). Правда, если одна из сторон обратилась в суд страны, где решение было вынесено, с ходатайством об отмене, российский суд не обязательно должен отказать в исполнении: он вправе приостановить процесс по приведению в исполнение и отложить вынесение своего решения до тех пор, пока не будет окончательно рассмотрен в суде соответствующего государства вопрос о возможной отмене этого решения (п. 2 ст. 36 Закона).

Ко второй группе относятся основания, при наличии которых суд может отказать в признании или исполнении по собственной инициативе. Их два: объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства по закону РФ; признание или исполнение арбитражного решения противоречит публичному порядку РФ.

Как видим, *Закон* о международном коммерческом арбитраже среди условий признания и приведения в исполнение иностранных арбитражных решений *не называет обязательное наличие международного договора между Россией и иностранным государством*, предусматривающего признание и исполнение подобных решений.

АПК РФ в ст. 241 устанавливает, что иностранные арбитражные решения признаются и приводятся в исполнение в России, если признание и исполнение предусмотрено международным договором и федеральным законом. Здесь нет противоречия с Законом 1993 г. При наличии международного договора, предусматривающего признание и исполнение решений, применяются соответствующие правила международного договора, что прямо вытекает из п. 4 ст. 15 Конституции РФ. Это особенно важно, если международный договор устанавливает условия признания и исполнения, отличающиеся от условий, определенных в Законе 1993 г. или АПК РФ (например, рассмотренные выше условия признания и исполнения по Соглашению о порядке разрешения споров, связанных с осуществлением хозяйственной деятельности 1992 г.). При отсутствии международного договора иностранные решения международного коммерческого арбитража также будут исполняться в России, поскольку это закреплено в Законе 1993 г.

Закон о международном коммерческом арбитраже, предписывая обращаться для принудительного исполнения арбитражного решения *с ходатайством в компетентный суд*, не конкретизирует, какой суд РФ компетентен рассматривать такое ходатайство. *Компетентный суд определен в Арбитражном процессуальном кодексе 2002 г.* в ст. 38: заявления о признании и исполнении иностранных арбитражных решений подаются стороной в споре, в пользу которой состоялось решение (зыскатель), в арбитражный суд субъекта Российской Федерации по месту нахождения или по месту жительства должника либо по месту нахождения его имущества, если его место нахождения (жительства)

неизвестно (п. 9). Это правило повторено в п. 1 ст. 242 АПК. Одновременно АПК предусматривает также положения о процессуальном порядке подачи и рассмотрения заявления и исполнения арбитражного решения (ст. 242–246).

Он сводится к следующему:

в заявлении должны быть указаны: наименование, местонахождение и состав иностранного международного коммерческого арбитража; наименование взыскателя с указанием его места жительства (нахождения) и наименование должника с указанием его места жительства (нахождения); сведения об иностранном арбитражном решении и ходатайство о его признании и приведении в исполнение;

заявление рассматривается в судебном заседании судьей единолично в месячный срок со дня его поступления в арбитражный суд с извещением участвующих в деле лиц, неявка которых не является препятствием для рассмотрения дела;

по результатам рассмотрения арбитражный суд выносит определение о признании и приведении в исполнение или об отказе в этом; оно может быть в течение месяца обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции;

арбитражный суд, вынесший определение о признании и приведении в исполнение иностранного арбитражного решения, выдает взыскателю исполнительный лист, на основании которого происходит его принудительное исполнение по правилам Федерального закона об исполнительном производстве;

иностранное арбитражное решение может быть предъявлено к принудительному исполнению в течение трех лет со дня его вступления в законную силу.

Кроме того, АПК РФ устанавливает перечень документов, которые прилагаются к заявлению о признании и приведении в исполнение иностранных судебных решений, и *исчерпывающий перечень оснований, по которым можно отказать в принудительном исполнении иностранного решения*. В отношении иностранных арбитражных решений АПК РФ (п. 4 ст. 242 и п. 2 ст. 244) повторяет правила, предусмотренные в Законе 1993 г., которые, в свою очередь, соответствуют правилам Нью-Йоркской конвенции 1958 г. Перечни могут быть иными, если это вытекает из международных договоров (например, Соглашения 1992 г., Московской конвенции 1972 г.). Однако к заявлению о признании и принудительном исполнении иностранного арбитражного решения дополнительно должен быть приложен документ, подтверждающий уплату государственной пошлины. *Документы, выданные, составленные или удостоверенные компетентными органами иностранных государств за рубежом, должны быть легализованы или апостилированы и переведены на русский язык* (ст. 255 АПК РФ).

23.5. Международный коммерческий арбитраж в России

Основными центрами рассмотрения международных коммерческих споров в России являются Международный коммерческий арбитражный суд (МКАС) и Морская арбитражная комиссия (МАК) при Торгово-промышленной палате РФ. Они действуют на основании Закона о международном коммерческом арбитраже от 7 июля 1993 г.¹ Его положения применяются также к арбитражу *ad hoc*, если место арбитража находится на территории Российской Федерации (ст. 1 Закона).

Закон был подготовлен на основе Типового закона о международном коммерческом арбитраже 1985 г. и с учетом положений международных договоров по арбитражу, в которых участвует Россия. Благодаря этому *предусмотренная Законом модель арбитража соответствует международным стандартам* и отвечает существенным особенностям и тенденциям рассмотрения международных коммерческих споров на современном этапе. До принятия Закона 1993 г. арбитражная процедура обладала значительной спецификой, что порождало нежелание иностранных контрагентов обращаться к арбитражному разбирательству в Москве. Принятие нового законодательства на фоне политического и экономического реформирования России подняло авторитет Москвы как важного центра по рассмотрению международных коммерческих споров.

Кроме системы арбитражей, созданных или создаваемых в соответствии с Законом 1993 г. исключительно для рассмотрения международных коммерческих споров, последние могут быть рассмотрены и другими арбитражными судами. Прежде всего государственными арбитражными судами, действующими в соответствии с Федеральным конституционным законом «Об арбитражных судах в Российской Федерации» от 28 апреля 1995 г.² и Арбитражным процессуальным кодексом от 24 июля 2002 г.³ К ним относятся Высший Арбитражный Суд РФ, федеральные арбитражные суды округов, арбитражные суды субъектов РФ. Арбитражные суды предназначены для разрешения хозяйственных споров между российскими субъектами правоотношений.

Вместе с тем они *в соответствии с п. 5 ст. 27 Арбитражного процессуального кодекса могут рассматривать подведомственные им споры с участием организаций и граждан РФ, а также иностранных организаций, международных организаций, организаций с иностранными инвестициями, иностранных граждан, лиц без гражданства, осуществляющих предпринимательскую деятельность*. Иначе говоря, они вправе разбирать и международные коммерческие споры. Однако при этом *наличие*

¹ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1993. № 32. Ст. 1240.

² СЗ РФ. 1995. № 18. Ст. 1589.

³ РГ. 2002. 27 июля.

арбитражного соглашения сторон не является обязательным условием компетенции арбитражного суда по рассмотрению такого спора.

Статья 247 АПК устанавливает *компетенцию* арбитражных судов по делам с участием иностранных лиц достаточно жестко — *при помощи определенного перечня критериев*. Так, арбитражные суды рассматривают дела, если: 1) ответчик находится или проживает на территории РФ либо его имущество находится на территории РФ; 2) филиал или представительство иностранного лица находится на территории РФ; 3) иск вытекает из договора, по которому исполнение должно иметь место на территории РФ; 4) действие или иное обстоятельство, послужившее основанием для предъявления требования о возмещении вреда, имело место на территории РФ; 5) иск вытекает из неосновательного обогащения, имевшего место на территории РФ; 6) истец находится на территории РФ по делу о защите деловой репутации и в некоторых других случаях. Кроме того, *арбитражный суд рассматривает дело и в том случае, когда есть соглашение между организацией или гражданином РФ и иностранным лицом о передаче спора между ними в арбитражный суд* (п. 3 ст. 247 АПК РФ). Как видим, наличие арбитражного соглашения расценивается не как обязательное основание для признания юрисдикции арбитража, а как один из критериев определения юрисдикции наряду с другими критериями.

Кроме того, АПК РФ *предусматривает исключительную компетенцию арбитражных судов* по некоторым категориям споров с участием иностранных лиц, *которая не может быть изменена соглашением сторон*. Это споры: в отношении российской государственной собственности, включая приватизацию и принудительное отчуждение; по поводу недвижимого имущества, находящегося на российской территории; связанные с регистрацией прав на интеллектуальную собственность; о признании недействительными записей в государственные реестры; связанные с учреждением и ликвидацией юридических лиц и индивидуальных предпринимателей на российской территории; возникающие из административных и иных публичных интересов (ст. 248).

Объясняется такое положение сущностной характеристикой арбитражных судов. Они являются арбитражами только по названию, а по природе это государственные судебные органы с законодательно закрепленной компетенцией.

Международные коммерческие споры *могут также рассматриваться третейскими судами*, созданными в соответствии с Временным положением о третейском суде для разрешения экономических споров от 24 июня 1992 г.¹, но которые начиная с 27 июля 2002 г. действуют и создаются на основании Федерального закона от 24 июля 2002 г. «О третейских судах в Российской Федерации».

¹ Ведомости СНД РФ и ВС РФ. 1992. № 30. Ст. 1790.

Подобного рода третейские суды получили довольно широкое распространение в России. Они образованы, например, при Торгово-промышленной палате РФ, при Ассоциации банков РФ, при Союзе юристов, при Московской межбанковской валютной бирже. Некоторые из них предусматривают в своих положениях и регламентах рассмотрение международных коммерческих споров как профильную деятельность. Примером может быть третейский суд при Международном независимом институте международного права¹.

Разумеется, основными центрами по рассмотрению международных коммерческих споров остаются МКАС и МАК при Торгово-промышленной палате РФ: у них накоплен богатый опыт по рассмотрению таких споров (МКАС является преемником Арбитражного суда при Торгово-промышленной палате СССР, который действовал с 1987 г. и был, в свою очередь, преемником Внешнеторговой арбитражной комиссии, созданной в 1932 г.²; МАК с момента своего создания в 1930 г. не переименовывалась и является преемником МАК при ТПП СССР³); они имеют довольно высокий авторитет; в настоящее время правовая основа их деятельности соответствует мировой практике.

Их общей правовой базой, как уже указывалось, является Закон о международном коммерческом арбитраже. Кроме того, в качестве приложений к Закону даны два положения: Положение о МКАС при ТПП РФ и Положение о МАК при ТПП РФ. Каждый из них имеет свой регламент и положение об арбитражных расходах и сборах. Так, первый Регламент МКАС в соответствии с Законом 1993 г. утвержден приказом Торгово-промышленной палаты РФ и действовал с 1 мая 1995 г.; действующий Регламент МКАС вступил в силу 1 марта 2006 г.

Юрисдикция Арбитражного суда при ТПП РФ определяется двумя факторами: во-первых, соглашением сторон о передаче спора в арбитраж и, во-вторых, компетенцией суда, установленной Законом и другими нормативными актами.

В соответствии с общепринятой практикой и МКАС, и МАК *рассматривают спор при наличии соглашения между сторонами* об этом (п. 2 ст. 1 Закона)⁴. Однако в порядке исключения они принимают

¹ См.: Положение о третейском суде и его регламент // Московский журнал международного права. 1995. № 3. С. 191 и след.

² Как преемник Арбитражного суда при ТПП СССР МКАС вправе разрешать споры на основании соглашения сторон о передаче их в МАК при ТПП СССР (п. 4 Положения о МКАС при ТПП РФ).

³ Как преемник МАК при ТПП СССР МАК при ТПП РФ вправе разрешать споры на основании соглашений сторон о передаче их в МАК при ТПП СССР (п. 7 Положения о МАК при ТПП РФ).

⁴ Регламент МКАС рекомендует для включения в коммерческие договоры такой текст арбитражной оговорки: «Все споры, разногласия или требования, возникающие из настоящего договора (соглашения) или в связи с ним, в том числе касающиеся его

к своему рассмотрению споры и без соглашения сторон, если эти споры подлежат их юрисдикции *в силу международных договоров с участием РФ*, о чем подробно рассматривалось в разд. 20.3 настоящей главы. *Закон предусматривает все три вида арбитражных соглашений: арбитражную оговорку*, включенную в договор, самостоятельное арбитражное соглашение по спору, который уже возник (*третейская запись*), и *самостоятельное соглашение* по спорам, которые могут возникнуть между сторонами в связи с каким-либо конкретным правоотношением, независимо от того, носило оно договорный характер или нет (п. 1 ст. 7).

Арбитражное соглашение должно быть заключено *в письменной форме*. К письменной форме приравниваются: 1) документ, подписанный сторонами; 2) обмен письмами, сообщениями с использованием любых средств электросвязи; 3) обмен исковым заявлением и отзывом на иск, в которых одна из сторон утверждает о наличии соглашения, а другая против этого не возражает (п. 2 ст. 7 Закона).

Наличие арбитражного соглашения исключает компетенцию государственных судов, как общих, так и арбитражных. Если, несмотря на наличие арбитражного соглашения, подан иск в государственный суд, то он обязан прекратить производство и направить стороны в согласованный ими арбитраж. *Однако обязанность суда обусловлена следующим*: об этом должна быть просьба одной из сторон; просьба должна быть заявлена не позднее представления этой стороной своего первого заявления по существу спора; арбитражное соглашение должно быть действительным.

Эти правила нашли отражение в п. 5 ст. 148 АПК РФ, в котором предусматривается, что арбитражный суд оставляет иск без рассмотрения, если есть соглашение между сторонами о передаче спора в третейский суд и если любая сторона, возражающая против рассмотрения дела в арбитражном суде, заявит ходатайство о передаче спора в третейский суд не позднее подачи своего первого заявления по существу спора. Любые возражения ответчика о несогласии с юрисдикцией арбитражного суда, заявленные после представления его объяснений по делу, арбитражным судом не принимаются¹.

Данные положения неоднократно обсуждались в арбитражном суде. Так, Московский арбитражный суд рассмотрел спор, вытекающий из договора о совместной хозяйственной деятельности между российской и немецкой фирмой, в котором была арбитражная оговорка о рассмотрении споров в третейском суде. Вопреки оговорке российская сторона обратилась с иском в арбитражный

исполнения, нарушения, прекращения или недействительности, подлежат разрешению в Международном коммерческом арбитражном суде при Торгово-промышленной палате Российской Федерации в соответствии с его Регламентом».

¹ См.: Информационное письмо Президиума Высшего Арбитражного Суда РФ от 25 декабря 1996 г. Вестник ВАС, 1996. № 10. С. 2—7.

суд, который в соответствии с правилами о подсудности принял иск к рассмотрению, поскольку ответчик (немецкая фирма) имеет на территории РФ и имущество, и свое представительство; ответчик вступил в дело и участвовал в заседании арбитражного суда. Лишь после вынесения арбитражным судом решения в апелляционной жалобе ответчик оспорил юрисдикцию арбитражного суда, ссылаясь на наличие между сторонами соглашения о рассмотрении споров третейским судом. Решение арбитражного суда было оставлено в силе, так как возражение против юрисдикции было заявлено несвоевременно.

Более того, стороны вправе заключить соглашение о передаче спора на разрешение третейского суда во время судебного разбирательства до вынесения решения по существу. Арбитражный суд прекращает рассмотрение спора, если любая сторона заявит возражение о рассмотрении дела в арбитражном суде, ссылаясь на соглашение. Арбитраж не примет такое возражение, если посчитает, что соглашение о третейском разбирательстве недействительно, утратило силу или не может быть исполнено (п. 6 названной статьи).

Вторым фактором, обуславливающим юрисдикцию международного коммерческого суда, является его компетенция; при наличии арбитражного соглашения арбитраж примет к рассмотрению не всякий спор, а только такой, который охватывается категориями споров, составляющих его компетенцию. Последняя определяется Законом о международном коммерческом арбитраже, положениями о МКАС и МАК, а также международными договорами.

Общая компетенция арбитража устанавливается Законом о международном коммерческом арбитраже. Однако, по существу, компетенция, определенная Законом, относится лишь к МКАС (Положение о нем дословно повторяет соответствующую статью Закона и конкретизирует ее). Компетенция МАК носит специальный характер и определяется Положением о ней.

Согласно ст. 1 Закона и ст. 2 Положения МКАС компетентен рассматривать две группы споров. *Первая, основная группа соответствует общепринятой мировой практике и определяется двумя критериями: предметным и субъектным.* В МКАС можно передать споры, вытекающие из договорных и других гражданско-правовых отношений при осуществлении внешнеторговых и иных видов международных экономических связей, т. е. международные коммерческие споры. *Дополнительный субъектный критерий уточняет, в каких случаях споры являются международными:* если коммерческое предприятие хотя бы одной из сторон находится за границей. Для определения «международности» споров Закон использует критерий, получивший широкое признание, — «*местонахождение коммерческого предприятия в разных государствах*».

По установившейся международной практике под местом нахождения предприятия понимается не только местонахождение административного центра или головного предприятия, но и филиалов, складов готовой продукции и т. д. Понятно, что одна фирма может иметь несколько коммерческих предприятий, в том числе в разных странах. В таком случае принимается во внимание то коммерческое предприятие, «которое имеет наибольшее отношение к арбитражному соглашению» (п. 3 ст. 1 Закона). Если сторона не имеет коммерческого предприятия (например, физическое лицо), принимается во внимание ее постоянное место жительства.

В результате возможны споры между следующими участниками: между российским предпринимателем и иностранным, коммерческое предприятие которого находится за пределами России; между иностранными предпринимателями, коммерческие предприятия которых находятся за пределами РФ (причем в разных странах), хотя достаточно, чтобы одно из них имело предприятие за пределами России; и наконец, между российскими предпринимателями, если одно из них имеет коммерческое предприятие за рубежом.

Положение о МКАС конкретизирует гражданско-правовые отношения, споры из которых могут быть предметом разбирательства. Это, в частности, отношения по: купле-продаже (поставке) товаров, выполнению работ, оказанию услуг, обмену товарами и (или) услугами, перевозке грузов и пассажиров, торговому представительству и посредничеству, аренде (лизингу), научно-техническому обмену, обмену результатами творческой деятельности, сооружению промышленных и иных объектов, лицензионным операциям, инвестициям, кредитно-расчетным операциям, страхованию, совместному предпринимательству и другим формам промышленной и предпринимательской кооперации.

Вторая группа споров выделяется только по субъектному составу — это споры предприятий с иностранными инвестициями и международными объединениями и организаций, созданных на российской территории. Причем сюда включаются споры между самими субъектами, споры между их участниками и их споры с другими субъектами российского права. Так как Закон не указывает на характер споров данной группы (Положение о МКАС в отличие от споров первой группы их также не конкретизирует), то можно предположить, что арбитраж компетентен рассматривать любые споры между названными субъектами.

Закон о международном коммерческом арбитраже устанавливает общую компетенцию по рассмотрению международных коммерческих споров в России. Это не исключает наличие иных законодательных актов, которые могут запретить передачу в арбитраж каких-либо

определенных споров, хотя они и соответствуют изложенным общим характеристикам. Данная ситуация предусмотрена в п. 4 ст. 1 Закона: «Настоящий Закон не затрагивает действия какого-либо другого закона Российской Федерации, в силу которого определенные споры не могут передаваться в арбитраж или могут быть переданы только в соответствии с положениями иными, нежели те, которые содержатся в настоящем Законе». Например, Патентный закон РФ 1992 г. устанавливает, что споры, связанные с защитой прав патентообладателей и авторов, могут рассматриваться в судах, в том числе в арбитражных судах и третейских судах, кроме споров, относящихся к компетенции Высшей патентной палаты (ст. 31). К таким спорам относятся, например, споры, связанные с отказом в выдаче патента (п. 8 ст. 21), или споры о размере компенсации в случае, когда в интересах национальной безопасности Правительство РФ разрешило использовать объект промышленной собственности без согласия патентообладателя (п. 4 ст. 13), и др.

Следовательно, МКАС будет компетентен рассматривать дела, связанные с защитой прав патентообладателя, при соответствии их критериям, предусмотренным в Законе о международном коммерческом арбитраже, кроме споров, относящихся к компетенции Высшей патентной палаты.

Компетенция МАК носит более узкий, специальный характер. Она так же, как и МКАС, полномочна рассматривать *при наличии соглашения сторон* споры, вытекающие из договорных и других гражданско-правовых отношений, но не любых, а возникших только из торгового мореплавания. Кроме того, в отличие от МКАС *субъектный состав спора не играет никакой роли при определении компетенции МАК.* Она полномочна разрешать споры между российскими и иностранными субъектами, споры только между российскими субъектами и споры только между иностранными субъектами. Этот момент прямо подчеркивается в Положении о МАК.

Положение дает примерный перечень отношений, споры из которых МАК может рассматривать. Среди них отношения: по фрахтованию судов, морской перевозке грузов и перевозке грузов в смешанном плавании (река — море); по морскому страхованию; по лоцманской и ледовой проводке, агентскому и иному обслуживанию морских судов; по спасанию на море; отношения, связанные с куплей-продажей, залогом и ремонтом морских судов и иных плавучих объектов, и др. (ст. 2 Положения о МАК при ТПП РФ).

При разбирательстве конкретного дела сторона может заявить об отсутствии у арбитража (единоличного арбитра или коллегии арбитров) компетенции на рассмотрение этого дела. В таком случае *арбитраж имеет право вынести постановление о своей компетенции независимо от оснований возражения стороны*, в том числе любых возражений от-

носителем наличия или действительности арбитражного соглашения (ст. 16 Закона о международном коммерческом арбитраже).

Отметим *несколько моментов, связанных с правом арбитража на вынесение решения о своей компетенции. Прежде всего*, поскольку компетенция арбитража прямо связана с арбитражным соглашением, Закон впервые в российском праве закрепил общепризнанное в мировой практике *правило об автономии, юридической самостоятельности арбитражного соглашения*, существующего в виде арбитражной оговорки: при решении вопроса о компетенции арбитражная оговорка, являющаяся частью договора, должна трактоваться как соглашение, не зависящее от других условий договора; признание договора ничтожным не влечет за собой в силу закона недействительность арбитражной оговорки (подробнее данное положение было рассмотрено в § 23.3 данной главы).

Далее, Закон установил несколько правил, касающихся заявления стороны об отсутствии компетенции. *Предусмотрены два варианта заявлений: об отсутствии компетенции по делу в целом и о превышении арбитражем своей компетенции*. В первом случае заявление стороны должно быть сделано не позднее представления возражений по иску; при этом назначение стороной арбитра не лишает ее права сделать такое заявление. Во втором случае заявление должно быть сделано сразу же, как только вопрос, который, по мнению стороны, выходит за пределы компетенции, был поставлен в ходе разбирательства дела. Однако арбитраж может в обоих случаях принять заявление, сделанное с нарушением указанных сроков, если сочтет задержку оправданной.

Наконец, ст. 16 Закона устанавливает *несколько правил, касающихся самого постановления арбитража о своей компетенции*. Закон предусматривает два варианта постановлений. Арбитраж может вынести *отдельное постановление* по любому из указанных заявлений стороны как по вопросу предварительного характера, т. е. либо до рассмотрения спора по существу, либо до рассмотрения того вопроса, в отношении которого было сделано заявление о компетенции. Но арбитраж может вынести *такое постановление в решении по существу спора*.

Постановление арбитража о своей компетенции *не является окончательным*. Оно может быть *обжаловано заинтересованной стороной в суд общей компетенции*, решение которого по данному вопросу будет окончательным, не подлежащим обжалованию. Если арбитраж постановил, что он обладает компетенцией в предварительном порядке, то любая сторона может обратиться в суд с просьбой решить вопрос о компетенции в течение 30 дней после получения уведомления об этом. Причем пока вопрос решается в суде, арбитраж может продолжать разбирательство и вынести решение по существу спора. Если постановление о компетенции включено в решение арбитража по существу, то несогласие стороны с компетенцией арбитража в целом или по конкретному вопросу является основанием для оспаривания в суде арбитражного решения (ст. 34).

Применимое право. Установление права, применимого при разбирательстве спора в международном коммерческом арбитраже, имеет свою специфику, что отражено в п. 1 ст. 1186 ГК РФ: «Особенности определения права, подлежащего применению международным коммерческим арбитражем, устанавливаются законом о международном коммерческом арбитраже». *Это означает, что коллизионные нормы разд. VI ГК РФ, определяющие выбор компетентного правопорядка для договорных обязательств, неприменимы, если споры, вытекающие из таких обязательств, рассматриваются международным коммерческим арбитражем.*

Данное положение является отражением мировой практики разбирательства международных коммерческих споров.

Впервые юридически подобная практика нашла свое закрепление в Европейской конвенции о внешнеторговом арбитраже 1961 г. Статья VII, закрепив традиционное право сторон выбрать применимое право, предусмотрела, что «если не имеется указаний сторон о подлежащем применению праве, *арбитры будут применять закон, установленный в соответствии с коллизионной нормой, которую арбитры сочтут в данном случае применимой*». Кроме того, арбитры руководствуются положениями контракта и торговыми обычаями, а также вправе выносить решение в качестве «дружеских посредников», если стороны об этом договорились или применимый закон это разрешает. Почти дословно данное правило включено в Типовой закон 1985 г.; оно осталось неизменным в редакции Типового закона 2006 г.

Следуя сложившейся практике, рассмотренное положение было включено в ст. 28 российского Закона о международном коммерческом арбитраже с небольшими изменениями:

«1. Третейский суд разрешает спор в соответствии с такими нормами права, которые стороны избрали в качестве применимых к существу спора. Любое указание на право или систему права какого-либо государства какого-либо государств должно толковаться как непосредственно отсылающее к материальному праву этого государства, а не к его коллизионным нормам.

2. При отсутствии какого-либо указания сторон третейский суд применяет право, определенное в соответствии с коллизионными нормами, которые он считает применимыми.

3. Во всех случаях третейский суд принимает решение в соответствии с условиями договора и с учетом торговых обычаев, применимых к данной сделке».

Из изложенного вытекают *две особенности установления применимого права в международном коммерческом арбитраже*. Первая особенность связана с формулировкой: «...решает спор в соответствии с *такими нормами права*, которые стороны избрали». Выражение «нормы права» в доктрине толкуются шире, чем нормы права конкретного государства, — они могут включать в себя нормы, которые не входят

в национальное право какого-либо государства, например Принципы международных коммерческих контрактов УНИДРУА (для сравнения напомним, что ст. 1210 ГК РФ говорит о выборе сторонами права, которое подлежит изменению).

Вторая особенность связана с п. 2 ст. 28: «Суд применяет право, определенное в соответствии с *коллизийными нормами, которые он считает применимыми*». Именно это положение принципиально отличает подход к определению применимого права в международном коммерческом арбитраже по сравнению с государственными судами: если последние обязаны применять национальные коллизийные нормы, то *международный коммерческий арбитраж не связан этими нормами*. Однако и в России, и других государствах международные коммерческие арбитражи при выборе применимого права чаще всего обращаются к коллизийным нормам своего государства¹.

Арбитражное разбирательство. Характерной особенностью арбитражного разбирательства является почти неограниченное право сторон (автономия воли) по установлению процедуры разрешения спора. Этот принцип лежит в основе и Закона о международном коммерческом арбитраже, и регламентов МКАС и МАК при ТПП РФ. *Абсолютное большинство норм, определяющих арбитражную процедуру, носит диспозитивный характер: они применяются только тогда, когда стороны не договорились об ином*. Автономия воли сторон является решающей при: формировании состава арбитражного суда для рассмотрения спора (определение общего числа арбитров, выбор конкретных арбитров); определении процедуры ведения разбирательства, спора (места, языка, даты начала разбирательства, порядка представления документов и других доказательств, подтверждающих искивые требования и возражения по иску, формы разбирательства — устное слушание или разбирательство на основе документов и др.).

Вместе с тем Закон о международном коммерческом арбитраже содержит *несколько императивных предписаний*, направленных на беспристрастное, справедливое разрешение спора, которые должны соблюдаться неукоснительно. Это своего рода принципы арбитражного процесса. Отметим некоторые из них.

Закон устанавливает *требования, которым в обязательном порядке должны отвечать арбитры: беспристрастность, независимость и уровень квалификации, обусловленный соглашением сторон* (ст. 12 и § 3 Регламента). Наличие обоснованных сомнений относительно соответствия арбитра этим требованиям является единственным основанием

¹ См., напр.: *Бардина М. П.* О новом регламенте Международного коммерческого арбитражного суда при ТПП РФ // Международное публичное и частное право. 2006. № 2 (29). С. 10; *Канашевский В. А.* Определение применимого права в практике Международного коммерческого арбитража // Международное публичное и частное право. 2006. № 6 (33).

для его отвода. Лицо, к которому обратились в связи с его возможным назначением арбитром, равно как и уже назначенное арбитром, обязано сообщить о любых обстоятельствах, которые могут вызвать обоснованные сомнения относительно его беспристрастности или независимости.

Регламент 2006 г. включил дополнительные положения, направленные на обеспечение разбирательства спора арбитрами, отвечающим высоким требованиям: 1) лицо, принимающее на себя функции арбитра (избранные, назначенные), заполняет и подписывает заявление о согласии; оно обязано сообщить в МКАС о любых обстоятельствах, которые могут вызвать сомнения в его беспристрастности или независимости в связи с конкретным делом, либо в самом заявлении, либо в процессе разбирательства, как только ему станут известны подобные обстоятельства; 2) при невыполнении указанных требований в 15-дневный срок с момента получения уведомления о его избрании такое лицо считается отказавшимся от выполнения функций арбитра или его назначение — несостоявшимся (§ 3); 3) в процессе разбирательства каждая сторона может заявить об отводе любого арбитра не позднее 15 дней после того, как ей стало известно об обстоятельствах, вызывающих обоснованные сомнения в его беспристрастности, независимости или недостаточной квалификации; при несогласии другой стороны вопрос об отводе решается Президиумом МКАС (§ 1).

Другие императивные предписания направлены на обеспечение равноправия сторон в процессе. Статья 18 устанавливает сам принцип равноправия: к сторонам должно быть равное отношение и каждой стороне должны быть представлены все возможности для изложения своей позиции. В ст. 24 конкретизируются обязанности арбитража, рассматривающего дело, в отношении сторон. Так, арбитраж должен заблаговременно направлять сторонам уведомление о любом слушании и о любом заседании, которое намеревается проводить арбитраж для осмотра товара, другого имущества или документов; передавать все документы или информацию, предоставляемые одной стороной, другой стороне, а также передавать сторонам заключения экспертов или другие документы, имеющие доказательственное значение.

Во всех остальных случаях процедура арбитражного разбирательства может определяться соглашением сторон. Реально за отсутствием подобных соглашений процедура определяется нормами Закона о международном коммерческом арбитраже и Регламентом. Кроме того, при отсутствии соглашения сторон арбитраж с соблюдением положений Закона и своего регламента может вести арбитражное разбирательство таким образом, как считает надлежаще (п. 2 ст. 19). Закон не предусматривает в подобных случаях обращения арбитража к общему гражданско-процессуальному законодательству или арбитражно-процессуальному.

Рассмотрим некоторые *правила арбитражной процедуры на примере МКАС, применяемые при отсутствии соглашения сторон об ином*. В обеспечении этих правил принимают участие такие органы МКАС, как Президиум МКАС, Председатель МКАС (заместители), Секретариат, возглавляемый ответственным секретарем.

Если стороны не договорились о передаче своего спора единоличному арбитру, то формируется арбитраж в составе трех арбитров. *Каждая сторона назначает своего арбитра и запасного арбитра*, если в споре участвуют два или более истцов или ответчиков. Президиум МКАС вправе решить вопрос о рассмотрении дела единоличным арбитром с учетом сложности дела, цены иска (как правило, не превышающей 25 000 долл. США) и других обстоятельств. Президиум МКАС назначает председателя состава арбитража и запасного председателя. Для облегчения поиска сторонами арбитров Президиум ТПП РФ утверждает список арбитров сроком на пять лет (в настоящее время в списке более 100 специалистов). Но этот список не является обязательным: в качестве арбитра может быть назначено лицо, не включенное в список, в том числе лицо, имеющее иностранное гражданство (п. 1 ст. 11 Закона и § 3 Регламента). Данное правило, соответствующее мировой практике, впервые было включено в российское законодательство. Председатель арбитражного состава назначается из списка арбитров.

Арбитры могут быть назначены Президиумом МКАС в двух случаях: 1) по просьбе стороны (сторон); 2) если ответчик не назначит своего арбитра в течение 30 дней с даты получения копии искового заявления или если назначенные сторонами арбитры не изберут суперарбитра в течение 30 дней. Председатель МКАС осуществляет назначение из списка арбитров.

Регламент МКАС предусматривает необходимость назначения запасных арбитров, включая суперарбитра. Запасные арбитры назначаются по тем же правилам, что и основной состав. Запасные арбитры выполняют свои функции, если арбитры (арбитр) основного состава были отведены или не могут участвовать в разбирательстве дела по иным причинам.

МКАС проводит слушания дел в Москве. В случае необходимости по решению состава арбитража и по соглашению сторон слушания могут проходить и в другом месте вне Москвы. В этом случае все дополнительные расходы возлагаются на стороны. Новый Регламент впервые не ограничил место слушания дела территорией России.

Слушание дела ведется на русском языке. По соглашению сторон разбирательство может проводиться на другом языке. Если сторона не владеет языком, на котором ведется разбирательство, то все расходы, связанные с переводом, несет сама сторона, в том числе и тогда, когда услуги по переводу обеспечиваются арбитражем.

Арбитражное разбирательство начинается с подачи искового заявления, в котором наряду с изложением фактических и правовых обстоятельств, обосновывающих искомые требования, истец должен обосновать компетенцию МКАС, а также может назвать своего арбитра и запасного арбитра или заявить просьбу Президиуму МКАС о их назначении. Ответственный секретарь МКАС направляет ответчику копию искового заявления и приложенных к нему документов и предлагает ему назначить арбитров. Сформированный состав арбитров проверяет готовность дела к слушанию. При необходимости он принимает дополнительные меры по подготовке дела (например, истребует от сторон дополнительные объяснения, документы и пр.), при этом он может давать поручения в связи с подготовкой дела ответственному секретарю.

Арбитраж проводит устное слушание дела. Стороны могут участвовать лично или через уполномоченных представителей. Неявка стороны, надлежащим образом извещенной о времени и месте слушания дела, не препятствует разбирательству и вынесению решения, за исключением случая, когда неявившаяся сторона ходатайствует в письменной форме об отложении слушания дела по уважительной причине. Обеспечивается сохранение коммерческой тайны: слушание проводится при закрытых дверях, не участвующие в процессе лица могут присутствовать только с согласия сторон и с разрешения состава арбитража; арбитры, докладчики и сотрудники секретариата обязаны не разглашать известную им информацию о спорах, разрешаемых в МКАС. По соглашению сторон разбирательство может проводиться без устных слушаний на основе только письменных материалов, но если представленные материалы недостаточны для разрешения спора по существу, арбитраж может назначить устное слушание.

Регламент МКАС предусматривает участие в деле докладчика, который по каждому делу назначается ответственным секретарем МКАС из списка, утверждаемого Президиумом МКАС. Пока не сформирован арбитражный состав по данному делу, докладчик выполняет поручения Председателя или ответственного секретаря МКАС, связанные с подготовкой арбитражного разбирательства. В дальнейшем он выполняет поручения сформированного арбитража, ведет протокол слушаний, присутствует на закрытых совещаниях арбитража.

Расходы, связанные с арбитражным разбирательством, несут стороны. К расходам относятся: регистрационный сбор, арбитражный сбор, дополнительные расходы арбитража, издержки сторон. Арбитражные расходы и сборы, их размеры и порядок их уплаты и распределения между сторонами определены в Положении об арбитражных расходах и сборах, которое является приложением к Регламенту МКАС.

Регистрационный сбор обязан уплатить истец при подаче искового заявления (в настоящее время — 1000 долл. США), до его уплаты иск

не считается поданным. Регистрационный сбор засчитывается в сумму арбитражного сбора.

Арбитражный сбор — это сбор для покрытия общих расходов, связанных с деятельностью МКАС (он включает в себя гонорарный сбор — для выплаты гонорара и административный сбор — для покрытия расходов по организации и проведению разбирательства). Его сумма определяется в зависимости от цены иска в рублях или долларах США (например, при цене иска до 10 000 долл. арбитражный сбор равен 1600 долл.; при цене иска до 50 000 долл. — 1600 долл. плюс 7% от суммы выше 10 000 долл. и т. д.). *Арбитражный сбор уплачивается истцом авансом: до уплаты дело остается без движения.* Впоследствии арбитражный сбор возлагается на сторону, против которой вынесено решение, если стороны не договорились об ином. Если иск удовлетворен частично, то сбор возлагается на ответчика пропорционально размеру удовлетворенных исковых требований.

Дополнительные расходы — это особые издержки, которые МКАС несет в связи с разбирательством конкретного дела (например, издержки по проведению экспертизы, по вознаграждению переводчиков, командировочные расходы и пр.). Сумма дополнительных расходов определяется МКАС в зависимости от обстоятельств. МКАС может потребовать от сторон или от одной из сторон внесения авансовых платежей по таким расходам. Например, в случае участия в разбирательстве арбитра, назначенного стороной, проживающего вне места проведения заседаний арбитража, эта сторона должна внести аванс на оплату расходов по его участию в арбитражном разбирательстве (проезд, проживание и пр.); если такое лицо избрано председателем арбитражного состава, то аванс должна внести каждая сторона в равной доле. При завершении дела дополнительные расходы распределяются между сторонами так же, как арбитражный сбор.

Издержки сторон — это расходы, которые несут стороны в связи с разбирательством дела, кроме указанных выше. Сторона, в пользу которой вынесено решение, может потребовать возложить на другую сторону возмещение понесенных ею в разумных пределах издержек, в частности расходов, связанных с защитой своих интересов через юридических представителей.

Решения международного коммерческого арбитража. Арбитражное разбирательство прекращается либо вынесением решения по существу спора, либо вынесением постановления о прекращении разбирательства. Постановление о прекращении выносится в трех случаях: когда истец отказывается от своих требований, когда стороны договорились о прекращении производства и когда арбитры придут к выводу, что продолжение разбирательства стало ненужным или невозможным (п. 2 ст. 32 Закона).

Решение по существу спора выносится составом арбитров на закрытом совещании большинством голосов, если стороны не договори-

лись об ином порядке (арбитр, не согласный с принятым решением, может изложить в письменном виде свое особое мнение). Решение выносится в письменной форме и подписывается единоличным арбитром или составом арбитров. Новый Регламент изменил правила о подготовке арбитражного решения. До подписания решения состав арбитража представляет проект в Секретариат МКАС, но не для проверки по существу. Секретариат не затрагивает независимость арбитров в принятии решения — он *лишь вправе обратить внимание арбитров на возможные несоответствия проекта требованиям по его оформлению, предусмотренным Регламентом*. По его возвращении решение подписывается арбитрами и представляется в необходимом числе экземпляров в Секретариат МКАС для направления сторонам. В 30-дневный срок с момента вынесения арбитражного решения любая сторона может просить арбитраж вынести дополнительное решение по требованию, которое было заявлено в ходе разбирательства, но в решении не было отражено. Арбитраж при согласии с просьбой должен в течение 60 дней вынести дополнительное решение.

Решение международного коммерческого арбитража по существу спора является окончательным и обязательным с даты его вынесения и не подлежит обжалованию. Это принципиальное положение, относящееся к характерным особенностям международного коммерческого арбитража в мировой практике. Российское право также следует этому принципу. Так, Регламент МКАС устанавливает, что решения МКАС исполняются сторонами добровольно в установленный в решении срок; если срок исполнения в решении не указан, то оно подлежит немедленному исполнению. Решение, не исполненное добровольно, подлежит принудительному исполнению в порядке, рассмотренном в предыдущем разделе.

Вместе с тем Закон о международном коммерческом арбитраже предусматривает возможность отмены арбитражного решения по ограниченному кругу оснований, *которые не связаны ни с существом рассмотренного спора, ни с вопросами применения права*. Согласно ст. 34 Закона заинтересованная сторона может обратиться с ходатайством о его отмене. *Такое ходатайство Закон рассматривает как исключительное средство оспариваний арбитражного решения*.

Решение *может быть отменено лишь при наличии одного из оснований, исчерпывающий перечень которых дан в ст. 34 Закона*. Они делятся на две группы: в первую входят основания, наличие которых должна доказать сторона, заявившая ходатайство; во вторую — основания, применяемые по инициативе суда. Основания для отмены практически совпадают с основаниями для отказа в принудительном исполнении арбитражного решения (при отказе в исполнении перечень оснований, входящих в первую группу, шире, так как он включает основания, связанные с возможной отменой решения).

Первая группа оснований для отмены арбитражного решения связана либо с арбитражным соглашением, либо с процессуальными правами сторон. Так, решение подлежит отмене, если сторона, заявившая ходатайство, докажет, что: арбитражное соглашение недействительно; или арбитраж вышел за пределы арбитражного соглашения (напри - мер, вынес решение по спору или по вопросу, не предусмотренному арбитражным соглашением); или арбитражный состав либо арбитражная процедура не соответствуют арбитражному соглашению. Решение также подлежит отмене, если ходатайствующая сторона докажет, что арбитраж не обеспечил ее право на равное участие в процессе (например, она не была должным образом уведомена о назначении арбитра или об арбитражном слушании).

Согласно *второй группе* оснований арбитражное решение подлежит отмене в двух случаях: объект спора не может быть предметом арбитражного разбирательства или решение противоречит публичному порядку Российской Федерации.

Оспаривание решений третейских судов АПК РФ 2002 г. включил в число дел, подведомственных арбитражным судам (ст. 31), и определил порядок производства по этим делам (гл. 30). Согласно ст. 230 заявление об оспаривании решений третейских судов, в том числе международных коммерческих арбитражей, принятых на территории РФ, подается лицом, участвующим в деле, в *арбитражный суд субъекта РФ, на территории которого принято решение*. При этом сделана оговорка: если иное не установлено международным договором или федеральным законом. «Иное», как было рассмотрено выше, установлено Законом 1993 г.

Однако АПК включил еще одну категорию решений международного коммерческого арбитража, оспаривание которых возложено на арбитражные суды. Эта категория решений не предусмотрена в Законе 1993 г. *Речь идет об иностранных арбитражных решениях, т. е. вынесенных на территории иностранного государства, но при принятии которых были применены нормы российского законодательства* (п. 5 ст. 230). Такое оспаривание возможно только в случае, если это предусмотрено международным договором с участием России. Заявление подается в арбитражный суд субъекта РФ по месту жительства или по месту нахождения должника; если место жительства (нахождения) неизвестно — то по месту нахождения имущества должника.

Возможность оспаривания подобного рода решений предусмотрена Европейской конвенцией о внешнеторговом арбитраже 1961 г., участницей которой является Россия. Статья IX Конвенции устанавливает правовые основы для отмены арбитражного решения в двух случаях: отмена производится в государстве, где решение было вынесено, или в государстве, «по закону которого это решение было вынесено». Второй случай и является основанием для применения п. 5 ст. 230 АПК.

Арбитражный суд может отменить решение международного коммерческого арбитража только при наличии оснований, предусмотренных или международным договором, или федеральным законом (п. 4 ст. 233 АПК). Эти основания рассмотрены выше. Определение арбитражного суда по делу об оспаривании решения может быть обжаловано в арбитражный суд кассационной инстанции в течение месяца со дня вынесения определения.

23.6. Международный коммерческий арбитраж за рубежом

Арбитражный суд Международной торговой палаты (далее — МТП) является одним из наиболее авторитетных центров по рассмотрению международных коммерческих споров. *МТП — это международная неправительственная организация, членами которой являются главным образом национальные комитеты (торговые, торгово-промышленные палаты).* Она расположена в Париже. Здесь же находится и штаб-квартира Арбитражного суда. *Особый статус МТП как международной организации обусловил некоторую специфику Арбитражного суда при ней.* Те основные качества института международного коммерческого арбитража, которые делают его привлекательным для участников международной коммерческой деятельности, как то: отстраненность его от национальной судебной и правовой системы, право сторон по собственному усмотрению назначать арбитров, определять место, язык и процедуру разбирательства, — у Арбитражного суда МТП особенно выражены.

Порядок рассмотрения споров в Арбитражном суде МТП определяется его *Регламентом, утверждаемом МТП.* Последняя редакция Регламента действует с 1 января 1998 г.¹

Арбитражный суд МТП *создан для рассмотрения международных коммерческих споров.* Статья 1 Регламента предусматривает, что Арбитражный суд (далее — Суд) обеспечивает арбитражное рассмотрение коммерческих споров международного характера, возникающих в сфере делового оборота, но не конкретизирует, какие споры относятся к «международным». На практике *признак «международности» толкуется широко, как любой спор, каким-либо образом связанный с международной коммерческой деятельностью.* В последнее время арбитраж достаточно часто принимал к своему рассмотрению и споры, не имеющие международного оттенка, что нашло отражение в ст. 1: *«Суд может распространять свою юрисдикцию на споры, не носящие международного характера, если его юрисдикция предусмотрена в арбитражном соглашении».* Причем количество «внутренних» дел, разбираемых в арбитраже,

¹ См.: Регламенты международных арбитражных судов. М., 2001. С. 57 и след.

неуклонно растет. Одной из причин этого является рост популярности данного арбитражного института среди предпринимателей и юристов¹.

Обязательным условием юрисдикции Арбитражного суда МТП является наличие между сторонами арбитражного соглашения о передаче спора в этот арбитраж.

Регламент Арбитражного суда МТП рекомендует для включения в договор следующую арбитражную оговорку: «Любые споры, возникающие из настоящего контракта или в связи с ним, подлежат окончательному урегулированию в соответствии с Арбитражным регламентом Международной торговой палаты, одним или несколькими арбитрами, назначенными в соответствии с этим Регламентом».

Дополнительно в Регламенте напоминает сторонам, что желательно для них предусмотреть в самой арбитражной оговорке право, применимое к договору, место и язык арбитражного разбирательства. Свобода сторон в выборе права, применимого к договору, места и языка арбитражного разбирательства Арбитражным регламентом МТП не ограничена. Обращается внимание также на то, что законодательство ряда стран требует от сторон принятия арбитражной оговорки в прямо выраженной форме, иногда специально предусмотренным для этого способом.

Стороны могут обращаться к нему независимо от того, представлены ли их страны в МТП. В принципе Регламент не устанавливает каких-либо жестких требований к форме соглашения. При отсутствии документальных подтверждений существования арбитражного соглашения важно, чтобы ссылка на МТП была достаточно определена. Суд всегда примет дело к рассмотрению при наличии «недвусмысленной ссылки» на МТП. Суд также примет к рассмотрению спор без наличия арбитражного соглашения, если ответчик недвусмысленно даст согласие на проведение разбирательства, рассматривая обращение истца и согласие ответчика как арбитражное соглашение².

При отсутствии указания сторон все вопросы по организации слушаний и сбору доказательств решаются по усмотрению арбитров при условии соблюдения или строгой конфиденциальности. Арбитры вправе самостоятельно решать, какие правила подходят к конкретному делу. Вместе с тем такая свобода арбитров сочетается с определенным контролем за арбитражным процессом со стороны Арбитражного суда.

Арбитражный суд — это институционный арбитражный орган при МТП. Суд не рассматривает споры, он осуществляет определенные

¹ См.: *Laurence Graig & others. International Chamber of Commerce Arbitration. L., 1990. P. 170.*

² *Ibid. P. 29.*

административные и контрольные функции при рассмотрении дел сформированным арбитражным составом с целью «обеспечения применения действующего Регламента». Суд возглавляется Председателем, функции которого могут осуществляться его заместителями. Помощь в деятельности Суда оказывает Секретариат Суда во главе с Генеральным секретарем.

Арбитражный процесс начинается *подачей искового требования в Секретариат Суда*. Оно может быть подано через национальный комитет заявителя либо непосредственно по месту нахождения Суда. Суд *устанавливает prima facie* (в порядке опровержимой презумпции) *наличие арбитражного соглашения*. Как и в любом международном коммерческом арбитраже, состав арбитров (единоличный арбитр или коллегия арбитров), сформированный для рассмотрения конкретного дела, вправе выносить решение о своей компетенции. Но если одна из сторон оспаривает существование или действительность арбитражного соглашения или ответчик не направляет отзыв на исковое заявление, Суд передает это соглашение на рассмотрение арбитров, если убедится, что есть достаточные основания для признания его существующим *prima facie*. *Окончательное решение о компетенции примут арбитры* (п. 2 ст. 6 Регламента).

Арбитров (единоличного арбитра) назначают стороны. Причем не существует никаких списков арбитров, которыми руководствовались бы стороны при назначении арбитров. Любой специалист, которому сторона доверяет, может быть арбитром без какого-либо согласования с Арбитражным судом. Если стороны (сторона) не назначили своих арбитров, включая суперарбитра, то члены арбитражного состава *назначаются Арбитражным судом*. Суд, как правило, не назначает конкретных арбитров, а лишь решает, к какому национальному комитету следует обратиться, и запрашивает его рекомендацию. Правда, Суд имеет право и самостоятельно назначить арбитров (п. 6 ст. 2 Регламента). Он может не согласиться с рекомендацией национального комитета, если считает, что предложенная кандидатура не обладает необходимыми профессиональными качествами и опытом в сфере международного коммерческого арбитража. В таком случае процедура повторяется до тех пор, пока не будет предложена приемлемая кандидатура.

Арбитры, избранные сторонами, формально должны быть одобрены Судом, который требует от кандидатов в арбитры сообщить обо всех известных им обстоятельствах, способных повлиять на их независимость (п. 3–6 ст. 9 Регламента). Причины, по которым Суд одобрил или отверг кандидатуру арбитров, не сообщаются. Суд может вынести решение об отводе некомпетентных или недобросовестных арбитров и в процессе арбитражного разбирательства. В таких случаях процедура назначения арбитров повторяется.

До начала слушаний арбитры готовят акт о компетенции, в который включают перечень спорных вопросов, передаваемых на разбирательство, и основные процедурные правила его проведения. Акт подписывается сторонами и передается в Суд для утверждения. Формально Суд должен утверждать акт о компетенции только тогда, когда одна из сторон откажется его подписать (п. 3 ст. 18). На практике Суд проверяет этот акт и при наличии подписей сторон и дает рекомендации о необходимых поправках и изменениях. Суд не вмешивается в вопросы существования спора, его рекомендации касаются только процессуальных положений. Окончательное решение по предложенным поправкам и изменениям принимают арбитры.

Важную контрольную функцию выполняет Арбитражный суд МТП и при вынесении арбитражного решения по спору. *Проект решения, подготовленный арбитрами (или единоличным арбитром), до его окончательного подписания передается в Арбитражный суд для проверки. Суд может внести изменения по форме решения, не затрагивая свободу арбитров в принятии решения. Суд может лишь «обратить внимание арбитров» на вопросы, касающиеся существования спора. Решение не подписывается, пока оно не было одобрено Судом по его форме. После утверждения Судом решение окончательно подписывается арбитрами и выдается сторонам. Подобная проверка решений Судом направлена на обеспечение возможности принудительного исполнения решения в той стране, где исполнение будет испрашиваться. Данная функция Суда осуществляется достаточно эффективно: по статистике МТП лишь 0,5% всех вынесенных Арбитражным судом решений было отвергнуто национальными судами.*

Арбитражный суд играет также решающую роль при решении следующих вопросов:

— при определении места арбитражного разбирательства, если стороны не предусмотрели место проведения арбитража в соглашении. Суд вправе выбрать подходящее место проведения арбитражного разбирательства. Несмотря на то, что штаб-квартира Арбитражного суда МТП находится в Париже, более 80% всех заседаний проводится в других государствах. *Решение считается вынесенным в месте проведения разбирательства;*

— при продлении процессуальных сроков. Так, Суд устанавливает окончательные сроки для представления сторонами своих первоначальных доказательств и замечаний по арбитражному соглашению или по исковым требованиям; Суд устанавливает окончательные сроки для представления Суду акта о компетенции и проектов решений, которые могут быть при необходимости продлены Судом.

Новый Регламент внес изменения в *правила о праве, применимом при рассмотрении спора* (ст. 27). Незыблемым остается автономия воли сторон: «Стороны свободны в достижении договоренности относительно

закона, который должен применяться составом арбитража по существу спора». При отсутствии соглашения сторон арбитры *применяют «нормы права, которые они сочтут подходящими»¹*: Новый Регламент *вообще не привязывает выбор права к коллизионным нормам*; арбитры сами решают, какие нормы права они будут применять. Это могут быть нормы национального права одного или нескольких государств, это могут быть правовые нормы международных договоров, в том числе не инкорпорированные в национальную систему. В любом случае речь идет о применении правовых норм. При этом арбитры принимают во внимание положения контракта и соответствующие торговые обычаи. Арбитраж может *принять на себя полномочия дружеского посредника* или решать спор *ex aequo et bono*, если стороны договорятся об этом.

Естественно, услуги Арбитражного суда МТП не бесплатны: стороны должны оплатить работу арбитров и нести все расходы, связанные с разбирательством дела. Арбитражные расходы обеспечиваются путем залога, вносимого сторонами до начала арбитражного разбирательства в равных долях. Окончательный расчет производится после вынесения решения.

Кроме Арбитражного суда, при МТП создан механизм для рассмотрения споров *в порядке согласительной процедуры*. Этот порядок определяется *Согласительным регламентом*. При МТП создана Административная комиссия по согласительной процедуре, в которую подается просьба стороны о применении согласительной процедуры. Такая просьба, как и исковое требование, может быть передана через национальный комитет либо непосредственно в Комиссию (в штаб-квартиру МТП в Париже). Председатель Комиссии формирует согласительный комитет из трех членов, задачей которых является вынесение взаимоприемлемого для сторон спора решения.

Согласительная процедура не является обязательной стадией арбитражного разбирательства спора. Сторона может, не заявляя просьбы о согласительной процедуре, прямо обратиться к арбитражному рассмотрению спора. Сторона вправе передать спор в арбитраж и тогда, когда примирительный процесс окончился неудачей. В таком случае *ни одно лицо, принимавшее участие в согласительном комитете, не может быть назначено арбитром*.

Международный коммерческий арбитраж в Швеции. Наиболее представительным постоянно действующим арбитражем в Швеции, рассматривающим международные коммерческие споры, является Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты. Обращение к Стокгольмскому арбитражу довольно часто встречается в деловой

¹ О толковании этой формулы см.: *Бардина М. П.* Определение права, примененного к существу спора, в практике МКАС // *Актуальные вопросы международного коммерческого арбитража*. М., 2002. С. 22–23.

практике российских предпринимателей. Более того, факультативная арбитражная оговорка, одобренная Торгово-промышленной палатой РФ, Стокгольмской торговой палатой и Американской арбитражной ассоциацией в 1992 г. для использования в сфере российско-американской торговли и инвестирования, предусматривает рассмотрение коммерческих споров в Стокгольме. Отсюда понятен интерес к этому арбитражу¹.

Арбитражный институт Стокгольмской торговой палаты был учрежден в 1917 г. В настоящее время *действует на основе Закона об арбитраже от 4 марта 1999 г.* Особенностью Закона является то, что он регулирует деятельность любого арбитража (третейского суда) в Швеции. Его нормы применяются и к международному коммерческому арбитражу. Вместе с тем в *Закон включен дополнительный раздел, называемый «Международные вопросы»*, который содержит специальные нормы, касающиеся арбитражного разбирательства международных коммерческих споров. В соответствии с Законом Стокгольмской торговой палатой был принят новый Регламент Арбитражного института, который действует с 1 апреля 1999 г.²

Институт имеет Правление из шести человек, назначаемых Советом директоров Торговой палаты. Возглавляется Правление Председателем и его заместителем (оба должны быть юристами). В составе института есть Секретариат, возглавляемый Генеральным секретарем. *С помощью этих органов Арбитражный институт оказывает помощь в формировании арбитражного состава и организации арбитражного процесса.* Институт обязан обеспечить конфиденциальность разбирательства и его проведение беспристрастно, экономно и без задержек (ст. 9 Регламента).

Шведское законодательство устанавливает компетенцию арбитража в самом общем виде: гражданско-правовые споры договорного характера. Обязательным условием рассмотрения дела в арбитраже является наличие арбитражного соглашения между сторонами о передаче своего спора в Арбитражный институт. Признается как арбитражное соглашение в виде оговорки, включенной в текст основного международного коммерческого контракта, так и самостоятельное арбитражное соглашение.

Примерный текст арбитражного соглашения: «Любой спор, разногласие или претензия в связи с настоящим контрактом либо его нарушением, прекращением или недействительностью будут оконча-

¹ Об арбитраже в Швеции подробнее см.: Международный коммерческий арбитраж в Швеции / под ред. В. С. Позднякова. ТПП СССР. М., 1984; *Кудряшов С. М.* Институционный арбитраж в Стокгольме // Московский журнал международного права. 1995. № 3.

² Новый Регламент см.: Регламенты международных арбитражных судов. М., 2001. С. 251 и след.

тельно разрешены путем арбитража в соответствии с Регламентом арбитражного института Торговой палаты г. Стокгольма.

По мере необходимости сторонам рекомендуется дать следующие дополнения к оговорке:

Состав арбитража будет включать, арбитров (единоличного арбитра)

Место проведения арбитража.

Языком арбитражного разбирательства будет.

Типовая оговорка о применимом праве.

Настоящий контракт регулируется нормами материального права.»

Выбирая арбитраж в Швеции, стороны могут предусмотреть как формирование разового арбитража *ad hoc*, так и обращение в постоянно действующий Арбитражный институт. Шведское арбитражное законодательство предоставляет сторонам большую свободу в выборе арбитражных процессуальных правил: они могут установить собственные арбитражные правила, обратиться к Регламенту Арбитражного института либо к любому другому действующему регламенту, например к *Регламенту ЮНСИТРАЛ* (в частности, отсылка к этому Регламенту предусмотрена в российско-американской факультативной арбитражной оговорке 1992 г.). Согласно п. 1 ст. 20 Регламента состав арбитража определяет порядок ведения разбирательства в соответствии с условиями, установленными арбитражным соглашением и настоящим Регламентом, и с учетом пожеланий сторон.

Однако никакой выбор не означает уход от шведского процессуального и, в частности, арбитражного законодательства. *Его императивные нормы будут применяться к разбирательству спора всегда, независимо от выбора сторон.* Например, норма, согласно которой при наличии нескольких арбитров один из них непременно должен быть председателем сформированного арбитражного суда; или норма, предоставляющая стороне спора право при наличии сомнений в арбитражном соглашении обратиться в шведский суд; или норма о судьбе арбитражного соглашения при уступке прав и обязанностей по основному договору: при уступке «арбитражное соглашение применяется между оставшейся стороной и новой стороной только в случае, если они достигли соглашения об этом» (ст. 3 Закона). Тем самым юридическая самостоятельность арбитражного соглашения по отношению к основному договору проявляется в еще большей степени. *Важной императивной нормой является норма Закона, предъявляющая требование к арбитру в беспристрастности.* Согласно ст. 8 арбитр должен быть беспристрастным; по требованию стороны он должен быть отозван, если существует какое-либо обстоятельство, которое с определенной степенью вероятности может уменьшить доверие к его беспристрастности. *Такие обстоятельства су-*

шествуют всегда в следующих случаях: 1) если арбитр или лицо, близкое ему, является стороной или может извлечь пользу или получить прибыль от спора; 2) если арбитр или лицо, близкое ему, является директором компании или другой ассоциации, которая является стороной или иным образом представляет сторону или другое лицо, которое может извлечь пользу или получить прибыль от спора; 3) если арбитр занимает позицию в споре как эксперт или другим образом помогает стороне в подготовке или ведении ее дела в споре; 4) если арбитр получил или договорился о компенсации от стороны.

Арбитражное соглашение обладает юридической автономностью от основного контракта, что неоднократно признавалось в решениях Верховного суда Швеции. В то же время *до арбитражного разбирательства или в процессе разбирательства сторона имеет право обратиться в суд с иском о признании недействительности арбитражного соглашения.* В случае если суд найдет убедительными доказательства этой стороны, он выносит распоряжение о запрете проведения арбитражного разбирательства.

Арбитражное соглашение определяет пределы компетенции сформированного состава арбитража. Арбитры не имеют права рассматривать вопросы, выходящие за его пределы. Если решение по такому вопросу все же будет вынесено, то заинтересованная сторона вправе оспорить его в судебном порядке.

Арбитражное разбирательство начинается с подачи исковых требований в секретариат Арбитражного института, в которых должны быть доказательства наличия арбитражного соглашения. Секретариат направляет исковые требования ответчику и предлагает назначить своего арбитра. Ответчик направляет свои объяснения.

Большинство правил, определяющих арбитражную процедуру, носит диспозитивный характер и применяется только тогда, когда стороны не договорились об ином. Согласно Регламенту формируется арбитражный суд из трех человек, если только Институт, принимая во внимание сложность дела, цену спора и другие обстоятельства, не решит, что спор подлежит разрешению единоличным арбитром (п. 1 ст. 16 Регламента). Каждая сторона назначает своего арбитра. Третьего арбитра, который будет выполнять функции председателя сформированного суда, назначает Институт. Стороны при назначении арбитров не связаны со списком арбитров; арбитром может быть назначен гражданин любого государства. Есть одно императивное требование, предъявляемое к арбитру: он должен быть независимым и беспристрастным (ст. 17 Регламента). Вместе с тем Арбитражный институт может освободить назначенного арбитра, если тот либо фактически не может выполнять свои функции, либо выполняет свои функции ненадлежащим образом (ст. 19 Регламента). Это явление называется в Регламенте *дисквалификацией арбитра*, однако четких оснований для ее применения в Регламенте нет.

В арбитражном разбирательстве различают *три стадии: первая — предварительное слушание*, на котором на основе материалов, представляемых в письменном виде, устанавливаются взаимные претензии и формулируются вопросы, подлежащие рассмотрению; *вторая — основное слушание*, осуществляемое *в устной форме*, на котором стороны доказывают свои позиции, заслушиваются свидетели; *третья — окончательное слушание*, на котором каждая сторона обобщает все факты, представляет все необходимые законодательные материалы той страны, на право которой она ссылается.

При решении вопроса, материальное право какого государства должно быть применено для разрешения спора, арбитраж прежде всего будет руководствоваться волей сторон (*lex voluntatis*), т. е. применит то право, которое стороны избрали. *При отсутствии соглашения сторон арбитраж применяет закон или правовые нормы, которые он считает наиболее подходящими* (ст. 24 Регламента). Аналогичное правило, как было рассмотрено выше, содержится в Регламенте Международного арбитражного суда при МТП. Арбитраж может также разрешать спор по справедливости или в качестве мирового посредника, если стороны уполномочили его действовать таким образом.

Решение принимается большинством голосов арбитров, подписывается всеми арбитрами. Если арбитр, присутствующий при вынесении решения, не поставил свою подпись, решение считается действительным. Согласно Регламенту *решение должно быть вынесено не позднее шести месяцев после того, как был сформирован состав арбитражного суда*, продление срока возможно только по решению Арбитражного института. Решение арбитражного суда является окончательным и не подлежит пересмотру по существу. *Но оно может быть оспорено стороной в течение трех месяцев со дня его получения*. Иск против решения принимается Окружным судом по месту проведения арбитража; если место проведения арбитража не указано в арбитражном решении, иск может быть подан в Окружной суд Стокгольма. Решение может быть оспорено как *по общепринятым мотивам* (нарушения арбитражного соглашения и нарушения процессуальных прав сторон), так и по некоторым дополнительным основаниям. Например, оно может быть оспорено, если арбитры вынесли его по истечении периода времени, оговоренного сторонами; если арбитр не обладал квалификацией исполнять свои обязанности арбитра; если документ, на который полагались как на доказательство, был подделан или содержал намеренно недостоверную информацию и др.

Дополнительная литература

Бардина М. Л. Определение применимого права в решениях МКАС при ТПП РФ // Третейский суд. 2005. № 4.

Бардина М. Л. О новом Регламенте международного коммерческого арбитражного суда при Торгово-промышленной палате Российской Федерации // *Международное публичное и частное право.* 2006. № 2.

Беннетт П. Г. Приведение в исполнение и оспаривание арбитражных решений по закону Англии 1999 г.: проблемы незаконности и публичного порядка // *Международный коммерческий арбитраж.* 2004. № 4.

Комаров А. С. Некоторые актуальные вопросы международного коммерческого арбитража в Российской Федерации // *Международный коммерческий арбитраж.* 2006. Специальный выпуск.

Комаров А. С. Международная унификация правового регулирования коммерческого арбитража: новая редакция Типового закона ЮНСИ-ТРАЛ // *Международный коммерческий арбитраж.* 2007. № 2.

Хироши Ода. Арбитражная реформа в Японии // *Международный коммерческий арбитраж.* 2005. № 1.

Хобер Кай. Арбитражная реформа в Швеции // *Международный коммерческий арбитраж.* 2004. № 1.

ОГЛАВЛЕНИЕ

Условные сокращения	3
Предисловие	4

Часть первая ОБЩИЕ ПОЛОЖЕНИЯ

Глава 1. Понятие международного частного права	7
1.1. Предмет международного частного права	7
1.2. Коллизия права и общий метод международного частного права	13
1.3. Способы и формы правового регулирования частноправовых отношений, осложненных иностранным элементом	15
1.4. Нормы международного частного права	22
1.5. Материальные правовые нормы и международное частное право	26
1.6. Международное частное право и международный гражданский процесс	29
1.7. Принципы международного частного права	32
1.8. Международное частное право как отрасль правоведения	35
1.9. Место международного частного права в юридической системе	37
<i>Дополнительная литература</i>	<i>39</i>
Глава 2. История российской науки международного частного права	40
2.1. Развитие науки международного частного права в дореволюционной России	40
2.2. Проблемы международного частного права в трудах российских ученых-эмигрантов (1918—1939 гг.)	49
2.3. Отечественная наука международного частного права в послеоктябрьский период	57
<i>Дополнительная литература</i>	<i>66</i>
Глава 3. Источники международного частного права	68
3.1. Понятие и виды источников международного частного права	68
3.2. Российское законодательство по международному частному праву	73
3.3. Законодательство зарубежных стран	80
3.4. Роль международных договоров в международном частном праве	85
3.5. Обычай как источник международного частного права. Судебная и арбитражная практика. Доктрина	90
<i>Дополнительная литература</i>	<i>95</i>

Глава 4. Унификация и гармонизация в международном частном праве	96
4.1. Унификация права	96
4.2. Гармонизация права	107
<i>Дополнительная литература</i>	111
Глава 5. Коллизионные нормы	112
5.1. Понятие коллизионных норм	112
5.2. Виды коллизионных норм	116
5.3. Основные коллизионные принципы	121
<i>Дополнительная литература</i>	133
Глава 6. Особенности правоприменения в международном частном праве	134
6.1. Проблемы, связанные с применением коллизионных норм	135
6.1.1. Обратная отсылка и отсылка к праву третьего государства	135
6.1.2. Квалификация юридических понятий при определении права, подлежащего применению	141
6.2. Проблемы, связанные с применением иностранного права	149
6.2.1. Общий подход к пониманию иностранного права	149
6.2.2. Установление содержания иностранного права	153
6.2.3. Применение и толкование иностранного права	156
6.2.4. Пределы применения иностранного права	160
<i>Дополнительная литература</i>	172

Часть вторая

СУБЪЕКТЫ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 7. Физические лица как субъекты международного частного права	173
7.1. Особенности правового положения физических лиц как субъектов международного частного права	173
7.2. Личный закон физического лица	176
7.3. Сфера применения личного закона физического лица	180
7.4. Личный закон физического лица и национальный режим	187
<i>Дополнительная литература</i>	189
Глава 8. Юридические лица в международном частном праве	190
8.1. Основные правовые категории, определяющие правовое положение иностранных юридических лиц	190
8.2. Личный закон (статут) юридического лица	192
8.3. Национальность юридического лица	197
8.4. Допуск иностранного юридического лица к хозяйственной деятельности и правовые режимы	200
8.5. Личный закон и правовые режимы иностранных юридических лиц в Российской Федерации	202
8.5.1. Личный закон юридического лица	202
8.5.2. Правовые режимы иностранного юридического лица	209

8.6. Международные (межправительственные) организации как субъекты международного частного права	213
8.7. Офшорные компании	217
8.8. Трансграничная несостоятельность	221
<i>Дополнительная литература</i>	228
Глава 9. Государство как субъект международного частного права	230
9.1. Особенности правового положения государства как субъекта международного частного права	230
9.2. Природа и содержание юрисдикционного иммунитета государства	236
9.3. Виды иммунитета государства	243
<i>Дополнительная литература</i>	253

Часть третья

ИНСТИТУТЫ И ПОДОТРАСЛИ МЕЖДУНАРОДНОГО ЧАСТНОГО ПРАВА

Глава 10. Вещное право в международном частном праве	254
10.1. Вещный статут	254
10.2. Сфера применения вещного статута	259
<i>Дополнительная литература</i>	265
Глава 11. Право иностранных инвестиций	266
11.1. Понятие трансграничных инвестиционных отношений	266
11.2. Виды трансграничной инвестиционной деятельности	269
11.3. Субъекты трансграничных инвестиционных правоотношений	274
<i>Дополнительная литература</i>	283
Глава 12. Договорные обязательства в международном частном праве	284
12.1. Понятие трансграничных договорных обязательств	284
12.2. Особенности правового регулирования международных коммерческих сделок	292
12.2.1. Характерные черты правового регулирования международных коммерческих сделок	292
12.2.2. Международное право в регулировании международных коммерческих сделок	294
12.2.3. Решения Совета Безопасности ООН и международные коммерческие сделки	297
12.3. Коллизионно-правовое регулирование трансграничных договорных обязательств	300
12.3.1. Обязательственный статут и сфера его применения	300
12.3.2. Автономия воли (lex voluntatis)	303
12.3.3. Закон наиболее тесной связи — Proper Law и другие коллизионные правила	310
12.4. Форма трансграничных коммерческих сделок	316
12.5. Договор международной купли-продажи	320

12.6. Трансграничные договоры с коммерческим финансированием.....	330
12.7. Договор трансграничного франчайзинга.....	334
12.8. Договор трансграничного подряда.....	341
12.9. Обычаи международной торговли. Lex mercatoria.....	343
12.10. Электронная торговля.....	360
<i>Дополнительная литература</i>	366
Глава 13. Денежные обязательства и расчетные отношения в международном частном праве	367
13.1. Трансграничные денежные обязательства	367
13.2. Регулирование валютных операций	371
13.3. Трансграничные расчетные правоотношения	375
13.3.1. Расчеты в форме аванса и платежа по открытому счету	380
13.3.2. Международные расчеты в форме документарного аккредитива	382
13.3.3. Расчеты в форме документарного инкассо	387
13.4. Вексель в международных расчетах.....	389
13.5. Чек в международных расчетах.....	395
13.6. Гарантии в трансграничных расчетных отношениях.....	398
<i>Дополнительная литература</i>	400
Глава 14. Право трансграничных перевозок	401
14.1. Понятие трансграничного транспортного правоотношения.....	401
14.2. Трансграничная морская перевозка	411
14.3. Трансграничная воздушная перевозка	421
14.4. Трансграничная железнодорожная перевозка	429
14.5. Трансграничная автомобильная перевозка.....	432
<i>Дополнительная литература</i>	436
Глава 15. Внедоговорные трансграничные обязательства	438
15.1. Основы коллизионно-правового регулирования внедоговорных обязательств	438
15.2. Коллизионное регулирование внедоговорных обязательств в российском международном частном праве	444
15.3. Международно-правовое регулирование гражданской ответственности за причиненный вред	453
<i>Дополнительная литература</i>	455
Глава 16. Наследственные отношения в международном частном праве	456
16.1. Особенности правового регулирования трансграничных наследственных отношений	456
16.2. Международные договоры как средство регулирования наследственных отношений	462
16.3. Коллизионное регулирование наследования в российском международном частном праве	467
<i>Дополнительная литература</i>	474

Глава 17. Трудовые отношения в международном частном праве	475
17.1. Трудовые отношения как объект международного частного права	475
17.2. Коллизионно-правовое регулирование трудовых отношений в Российской Федерации	478
17.3. Материально-правовое регулирование трансграничных трудовых отношений в Российской Федерации	484
17.4. Законодательство иностранных государств по международному частному праву в сфере регулирования трудовых отношений	488
17.5. Трудовые отношения иностранных граждан в Российской Федерации	490
<i>Дополнительная литература</i>	494
Глава 18. Брачно-семейные отношения в международном частном праве	495
18.1. Особенности правового регулирования брачно-семейных отношений международного характера	495
18.2. Коллизионные вопросы заключения и расторжения брака в Российской Федерации	500
18.3. Коллизионные вопросы взаимоотношений между супругами и другими членами семьи	504
18.4. Защита прав и интересов детей в международном частном праве	506
<i>Дополнительная литература</i>	512

Часть четвертая
ИНТЕЛЛЕКТУАЛЬНАЯ СОБСТВЕННОСТЬ
В МЕЖДУНАРОДНОМ ЧАСТНОМ ПРАВЕ

Общие особенности интеллектуальной собственности в международном частном праве	513
Глава 19. Международное авторское право	517
19.1. Основные международно-правовые источники	517
19.2. Объекты международно-правовой охраны авторского права	519
19.3. Основы международно-правовой охраны авторских прав	524
19.4. Права авторов в международном авторском праве	531
<i>Дополнительная литература</i>	537
Глава 20. Смежные права в международном авторском праве	538
20.1. Понятие смежных прав и основные международно-правовые источники	538
20.2. Предоставление и ограничение охраны смежных прав	540
20.3. Права субъектов смежных прав	544
<i>Дополнительная литература</i>	556
Глава 21. Международное право промышленной собственности	557
21.1. Международно-правовые источники и основы охраны промышленной собственности	557
21.2. Международно-правовая охрана прав на изобретения, полезные модели и промышленные образцы	562

21.3. Международно-правовая охрана прав на средства индивидуализации....	569
21.4. Охрана прав на средства индивидуализации в сети Интернет	580
<i>Дополнительная литература</i>	583

Часть пятая
**МЕЖДУНАРОДНЫЙ ГРАЖДАНСКИЙ
ПРОЦЕСС. МЕЖДУНАРОДНЫЙ
КОММЕРЧЕСКИЙ АРБИТРАЖ**

Глава 22. Международный гражданский процесс	584
22.1. Понятие международного гражданского процесса	584
22.2. Гражданская процессуальная правоспособность иностранцев лиц.....	588
22.3. Международная судебная юрисдикция по трансграничным гражданским делам	592
22.4. Правовая помощь. Исполнение иностранных судебных поручений.....	602
22.5. Признание и исполнение иностранных судебных решений.....	607
<i>Дополнительная литература</i>	614
Глава 23. Международный коммерческий арбитраж	615
23.1. Понятие и правовая природа международного коммерческого арбитража	615
23.2. Международно-правовые основы международного коммерческого арбитража	621
23.3. Арбитражное соглашение	628
23.4. Исполнение иностранных арбитражных решений.....	641
23.5. Международный коммерческий арбитраж в России	649
23.6. Международный коммерческий арбитраж за рубежом	665
<i>Дополнительная литература</i>	673